

LA PREFERENCIA DE LA VÍA CIVIL A LA PENAL PARA
RECOBRAR LA POSESIÓN EN LAS OCUPACIONES PACÍFICAS
DE INMUEBLES

*THE PREFERENCE OF THE CIVIL PROCEDURES OVER THE CRIMINAL
PROCEEDING TO RESOLVE PEACEFUL OCCUPATIONS OF REAL ESTATE*

Rev. Boliv. de Derecho N° 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 798-827



Federico
ARNAU MOYA

ARTÍCULO RECIBIDO: 26 de abril de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: En el presente artículo se analizar los motivos por los que en las ocupaciones pacíficas de inmuebles sin consentimiento el recurso a la vía civil es más eficaz que la penal para la recuperación de la posesión. Dos son las causas por los que estimamos preferible la vía civil: la negativa de un sector de la judicatura para aplicar el delito de usurpación de inmuebles del art. 245.2 CP en los casos que no son graves y la no aplicación de la medida cautelar de devolución anticipada de los inmuebles ocupados a sus dueños. La vía civil es la más efectiva para la recuperación de la vivienda ocupada desde que se modificó el interdicto de recobrar la posesión mediante la Ley 5/2018

PALABRAS CLAVE: Incidente de recuperar la posesión; ocupación ilegal; okupa; titular legítimo; viviendas; delito de usurpación de inmuebles.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to analyse the reasons why recourse to civil law is more effective than that of criminal law in recovering possession in peaceful occupations of property. Two are the reasons why we consider the civil procedure preferable: the refusal of a sector of the judiciary to apply the offense of usurpation of property (art. 245.2 CP) in non-serious cases and the non-application of the precautionary measure for the return of occupied property to its owners. The civil proceeding is the most effective for the recovery of occupied housing since the amendment of the injunction to recover possession through Law 5/2018..*

KEY WORDS: *Incident delivers immediate possession; illegal occupation; squatter; legitimate holder; housing; offence of usurpation of possession.*

SUMARIO.- I. LAS CAUSAS DE LA “OKUPACIÓN”.- II. LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE OCUPACIONES.- 1. Los allanamientos de morada.- 2. Las ocupaciones violentas de otros inmuebles.- III. LOS INCONVENIENTES DE LA VÍA PENAL PARA SOLUCIONAR LAS OCUPACIONES PACÍFICAS DE INMUEBLES.- 1. La limitada aplicación del art. 245.2 CP para las ocupaciones pacíficas graves.- 2. La inoperante medida cautelar de desalojo de vivienda ocupada.- IV. EL DESALOJO EXPRES COMO ALTERNATIVA A LA VIA PENAL.

I. LAS CAUSAS DE LA “OKUPACIÓN”.

La expresión “okupar” ha sido definida en el diccionario de la RAE como el hecho de “tomar una vivienda o un local deshabitados e instalarse en ellos sin el consentimiento de sus propietarios”. Este concepto amplio de la “okupación” coincide con la percepción que tiene el ciudadano medio sobre este fenómeno. Por el contrario, la solución que ofrece el ordenamiento jurídico frente a este problema es harto compleja, puesto que dentro del género “okupación” existen tres diferentes especies, y cada una de ellas recibe una diferente solución legal. En el primer grupo de ocupaciones de inmuebles, se encuentran las que tienen por objeto una vivienda que constituye la morada de una o varias personas físicas. En este grupo el reproche legal se produce con independencia de que exista o no violencia en el acto de la ocupación. Se trata de los supuestos que integran el delito de allanamiento de morada del art. 202 CP. En el segundo grupo se encuentran aquellas ocupaciones violentas (o realizadas con intimidación) de inmuebles que no tienen la condición de morada. Se trata del delito de usurpación violenta de inmuebles del art. 245.I CP. En el tercer grupo se encuentran las ocupaciones pacíficas de inmuebles que no constituyen morada. En este caso, como veremos más adelante, la reacción del ordenamiento jurídico es más compleja, de modo que en ocasiones estas conductas pueden ser calificadas como constitutivas de un delito de usurpación pacífica de inmuebles ex art. 245.2 CP y en otras, solo cabrá acudir a la vía civil para recuperar la posesión del inmueble ocupado. A su vez, dentro del ámbito civil, también hay que distinguir entre varios procedimientos recuperatorios de la posesión cuya utilización dependerá de los particulares supuestos de hecho concurrentes en cada caso.

El común denominador a todas las modalidades de “okupación” es la ilicitud de la entrada y/o de la permanencia en un inmueble ajeno, es decir realizada sin el consentimiento o tolerancia del dueño o de quien tenga cualquier derecho que

• **Federico Arnau Moya**

Profesor Contratado Doctor Derecho civil de la Universitat Jaume I de Castellón (España). Correo electrónico: arnauf@uji.es.

lleve aparejada la posesión sobre el inmueble. Como hemos visto la respuesta del legislador frente a la apropiación posesoria de un inmueble ajeno se encuentra en ordenamientos tan separados como el penal y el civil. A grandes rasgos podemos decir que en el Código penal se encuentra la respuesta para todos aquellos casos en los que el inmueble ocupado tenga la condición de morada de una persona o en aquellos casos en los que los inmuebles son ocupados con violencia o intimidación sobre las personas¹.

Nuestro trabajo va a recaer principalmente en aquellos supuestos del tercer grupo, la ocupación pacífica de inmuebles, en los que la respuesta legal frente a la "okupación" en algunos casos es difusa. En ocasiones puede recuperarse la posesión a través del art. 245.2 CP, pero sólo cuando se cumplan los requisitos que la jurisprudencia viene exigiendo para que una ocupación pueda ser reputada como delito de "usurpación pacífica de inmuebles", mientras que en la mayoría de las veces lo más aconsejable será la aplicación de las medidas propias del Derecho civil.

Una vez acotado el objeto sobre el que va a recaer nuestro trabajo -las ocupaciones pacíficas de inmuebles- se hace necesario un breve análisis de las causas que están en el origen del fenómeno de la "okupación" de inmuebles. El primer motivo se refiere a la particular situación inmobiliaria de España que se caracteriza por la existencia de un extenso parque de edificios, viviendas y locales de carácter principalmente privado que están vacíos y por lo tanto susceptibles de ser ocupados. La gran mayoría de estos inmuebles vacíos son propiedad de bancos y de empresas dedicadas a la especulación inmobiliaria como los conocidos "fondos buitres". En mucha menor medida, también existen viviendas de particulares que están vacías por distintos motivos: unas lo están con carácter temporal como las segundas viviendas. Otros inmuebles también están temporalmente vacíos porque existen procesos judiciales sobre su titularidad por cuestiones hereditarias o derivadas de procedimientos concursales. Finalmente, algunos inmuebles están vacíos por el miedo de algunos pequeños propietarios a ponerlos en alquiler y otros simplemente están abandonados como sucede con algunos edificios industriales en las grandes ciudades. En el otro lado de la moneda, se encuentra la

1 RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. J.: "Estudio jurisprudencial de las cuestiones más controvertidas en relación con el delito de usurpación del art. 245 CP", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 132, III, Época II, diciembre 2020, pp. 191-223. Disponible en: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/estudio-jurisprudencial-cuestiones-controvertidas-857503800>. (Consultado el 4-04-2020), p. 193, señala que el significado corriente de ocupación no coincide con el concepto penal de esta por ser autónomo y estar limitado jurisprudencialmente. Además, destaca que la ocupación que interesa al Derecho penal es aquella que "surge del apoderamiento de un bien inmueble o la usurpación de un derecho real sin traer causa de una situación de precario o de un escenario de tolerancia o liberalidad del propietario o poseedor legítimo. Situaciones estas que serán objeto de protección por otros cauces como la LEC".

vivienda social de la que España es altamente deficitaria en comparación con otros países de nuestro entorno².

El primer grupo de personas dispuestas a ocupar esos inmuebles vacíos está conformado por personas que simplemente se aprovechan de la situación. Se trata de un grupo que provoca una gran alarma social, dentro del que se encuentran quienes practican la ocupación como una forma de disponer de inmuebles donde dedicarse a toda una serie de actividades ilícitas, como el tráfico de drogas, como sucede con los conocidos como “narco-pisos” de las grandes ciudades. Incluso se puede hablar de mafias y profesionales de la “okupación” que se dedican a propiciar la ocupación para exigir rescates a los propietarios de los inmuebles ocupados para dejarlos libres o incluso para alquilarlos a terceros como sucede con las “inmobiliarias okupa”³. A los integrantes de este primer grupo se les ha denominado “ocupas con animus delictivo”⁴. Dentro de los que se aprovechan de la situación también estarían quienes ocupan inmuebles por convicciones personales o motivaciones políticas como los integrantes del movimiento “okupa”, a los que se ha definido como “ocupas con animus político” por lo que no tienen

- 2 Según el periódico CincoDías “España tiene menos de una vivienda social por cada 100 habitantes, lejos de las cuatro de la UE”, 24-09-2020. Disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/09/24/economia/1600970058_119777.html (Consultado el 26-04-2021). España tiene menos de una vivienda social (0,9) por cada 100 habitantes, lo que sitúa al país en uno de los últimos puestos de la Unión Europea, que de media cuadruplica a la tasa española, con un total de cuatro residencias protegidas por cada centenar de ciudadanos. Los datos, recopilados en el Boletín Especial de Vivienda Social, que fue presentado este jueves por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana (Mitma), confirman la grandísima brecha que separa a España no ya de la media de la UE, sino de los países punteros en protección social a través de la vivienda. Así, y siempre por cada 100 habitantes, Países Bajos se sitúa sin ninguna duda a la cabeza comunitaria, con más de 12 inmuebles sociales por centenar. Le siguen, también por encima de la media, Austria, con 10 viviendas, Dinamarca (9,5), Suecia (8), y Reino Unido y Francia, ambos con algo más de 7,5 por cada grupo de 100.
- 3 El preámbulo de la Ley 5/2018 dice que “han aparecido también fenómenos de ocupación ilegal premeditada, con finalidad lucrativa, que, aprovechando de forma muy reprochable la situación de necesidad de personas y familias vulnerables, se han amparado en la alta sensibilidad social sobre su problema para disfrazar actuaciones ilegales por motivaciones diversas, pocas veces respondiendo a la extrema necesidad. Incluso, se han llegado a ocupar ilegalmente viviendas de alquiler social de personas en situación económica muy precaria o propiedad de ancianos con pocos recursos y para abandonarlas se les ha exigido el pago de cantidades a cambio de un techo inmediato, o se ha extorsionado al propietario o poseedor legítimo de la vivienda para obtener una compensación económica como condición para recuperar la vivienda de su propiedad o que legítimamente venía poseyendo (...). Están identificadas verdaderas actuaciones organizadas, muy lucrativas y de carácter mafioso, que perturban y privan de la posesión de viviendas a las personas físicas a las que legítimamente corresponde, o dificultan e imposibilitan la gestión de aquellas viviendas en manos de organizaciones sociales sin ánimo de lucro y de entidades vinculadas a Administraciones públicas, que están dedicadas a fines sociales en beneficio de familias en situación de vulnerabilidad, pero que su ocupación ilegal impide que puedan ser adjudicadas a aquellas personas o familias a las que correspondería”.
- 4 BASTANTE GRANELL, V.: “Ocupación ilegal de viviendas: la necesaria delimitación jurídico-social de los sujetos “okupa” y “ocupado””, *Revista de Derecho Patrimonial*, num. 47/2018. Disponible en: <https://insignis.aranzadigital.es/> (Consultado el 19-04-2021), dentro de este grupo también se encuentran aquellos que ocupan viviendas vacías con la intención de alquilarlas a otras personas. Sería lo que se conoce con el nombre de inmobiliarias “okupas”. PÉREZ DAUDÍ, V.: “La okupación de bienes inmuebles y la protección efectiva del poseedor legítimo”, *Diario La Ley*, num. 10716, 2020, señala que en Holanda la Corte Suprema reconoció del derecho a la vivienda a los ocupantes ilegales de un bien inmueble, lo que impedía que en adelante la policía los pudiera desalojar tal como había venido sucediendo hasta ese momento. Asimismo, indica que existe cierta protección legal en el Reino Unido, por el contrario, ésta no existe ni en Alemania ni en Italia.

porque ser asimilados con la delincuencia organizada⁵. También estarían dentro del grupo de quienes se aprovechan de la situación algunos cuidadores de ancianos que habiendo fallecido aquellos continúan ocupando el piso del fallecido⁶.

El segundo motivo o causa de la ocupación se encuentra en la existencia de un gran número de personas que se ven en la necesidad de ocupar esos inmuebles que están vacíos por necesidades habitacionales. En este caso se habla de “ocupas con animus social” en el que se ocupa un inmueble ajeno por necesidad de vivienda.⁷ No obstante, dentro del perfil de los ocupas sociales podemos encontrar dos modalidades diferenciadas. En el primer grupo se encuentran aquellas personas que ha sufrido directamente las consecuencias de las distintas crisis de la vivienda que han venido sucediéndose desde 2008⁸. Hasta esa crisis muchas de estas personas contaban con empleo y vivienda y como consecuencia de la misma se han visto abocadas al desempleo. Al encontrarse sin empleo y con falta de recursos económicos han habido personas de las que vivían en régimen de alquiler que no han podido atender al pago de las rentas, y paralelamente, muchos de los quienes vivían en viviendas de su propiedad no han podido atender al pago de los plazos de los préstamos hipotecarios que gravaban las mismas⁹. En consecuencia, bastantes de estas personas y sus familias han sido objeto de procesos de desahucio. No obstante, algunos de ellos se niegan a abandonar las viviendas que estaban ocupando como arrendatarios o propietarios ante la falta de alternativa habitacional. En estos casos ha desaparecido el título (derecho de propiedad o contrato de arrendamiento) que justificaba su inicial derecho a poseer, de modo que se han convertido en “okupas” de la que incluso había venido siendo una casa de su propiedad de la que se han visto privados tras un procedimiento de

5 BASTANTE GRANELL, V.: “Ocupación ilegal”, cit., estima que el “movimiento okupa” surgido en los años sesenta en el Reino Unido, bajo el nombre de Squatters, criticaba la política urbanística e inmobiliaria considerando lícita la ocupación de toda clase inmuebles deshabitados. Este movimiento aparece en España en la década de los 80 del siglo pasado. En el Código Penal de 1995 se introduce el delito usurpación no violenta de inmuebles para combatir este tipo de ocupaciones de sesgo político. Este tipo de ocupa puede calificarse como “okupa” con animus político.

6 Este es el caso contemplado por la SAP Madrid (Sec.10ª) 29 enero 2020 (AC 2020,531) en el que la demandada en un juicio de desahucio por precario alega la existencia de un pacto verbal de arrendamiento para que la demandada Doña Flora, quien ha cuidado de Don Rodolfo, usufructuario de la vivienda, hasta su fallecimiento, la ocupara indefinidamente.

7 BASTANTE GRANELL, V.: “Ocupación ilegal”, se refiere a este tipo de personas como el “ocupa” (ahora con c) con animus social que busca cubrir una necesidad habitacional. Son motivos de pobreza y vulnerabilidad social la que empuja a determinados ciudadanos a la posesión ilegítima de inmuebles ajenos para cubrir su falta de vivienda.

8 GENER, A. Y GONZÁLEZ, E.: “Diálogo social tripartito en la nueva Ley de Vivienda”, *El País*, 18 de marzo 2021, señalan que hemos sufrido tres crisis de vivienda consecutivas: la gran crisis inmobiliaria que arrancó en 2007, las fuertes escaladas en los precios de alquiler a partir de 2014 y, finalmente, la nueva emergencia habitacional, causada por la crisis de la covid-19. Disponible en: <https://elpais.com/opinion/2021-03-18/dialogo-social-tripartito-en-la-nueva-ley-de-vivienda.html>

9 BASTANTE GRANELL, V.: “Ocupación ilegal”, se refiere a un subgrupo dentro de los “ocupas sociales”, se trata de las situaciones de posesión degenerada. Se trata de aquellos otros sujetos que de forma previa tenían un título (arrendatario o comodatario) o el beneplácito del dueño (posesión tolerada o precario) que amparaba su posesión. Con el tiempo puede cesar el título (impago del arrendamiento o revocación del uso del comodato) o el dueño manifiesta su voluntad de no continuar tolerando el uso de la vivienda. A partir de ese momento la posesión deviene ilegítima por carecer de título.

ejecución hipotecaria. Así pues, este primer grupo de potenciales “okupas” está conformado por personas sin recursos, verdaderamente necesitados de vivienda y, en consecuencia, son acreedores de medidas sociales que les garanticen el derecho a una vivienda digna, estable y de carácter legal¹⁰. La crónica falta de vivienda social y de alquileres baratos en nuestro país ha dejado mucha de estas personas ante la tesitura de “okupar” (o continuar ocupando) o vivir en la calle¹¹. En realidad, en esta modalidad de ocupación no es sino una muestra del fracaso de las administraciones públicas a la hora de proporcionar vivienda social suficiente.

La existencia de dos perfiles opuestos de ocupantes, a los que nos podríamos referir con una simplista calificación de “okupas buenos” (los ocupas con animus social) y “okupas malos” (el resto de ocupas) dificulta la adopción de medidas para combatir el fenómeno de la ocupación. Al mismo tiempo, los sujetos ocupados también se encuentran estereotipados, diferenciándose entre “ocupados buenos”, dignos de compasión, como son las personas físicas que disponen de una segunda vivienda con cuyo alquiler que pueden completar sus ingresos. Al lado de estos estarían aquellos a los que legalmente se les trata como si fueran “ocupados malos”, como son los bancos y los grandes tenedores de vivienda. Empleamos este término desde la ironía, pero lo cierto es que ha sido el propio legislador el que ha diferenciado entre sujetos ocupados que pueden utilizar (y otros que no) el nuevo procedimiento para la recuperación de la vivienda ocupada sido introducido por la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas. Además, es de todos conocido que en ciertos sectores de nuestra sociedad se ve con cierta simpatía la ocupación de las viviendas pertenecientes a estos colectivos conocidos como “grandes tenedores de vivienda”, sin embargo, no se es consciente de que esas viviendas ya han podido venderse a personas que también necesitan satisfacer su necesidad habitacional o incluso lo han sido a entidades públicas para ser destinadas a vivienda social. Por otro lado, también se olvida, que el hecho de que sean viviendas incluso pertenecientes a los denominados “fondos buitres” en muchas ocasiones no se trata de edificios enteros de viviendas sino de apartamentos o pisos situados en edificios en régimen de propiedad. En este último caso la ocupación ilegal suele generar muchísimos problemas de

10 PERARNAU MOYA, J.: “Desalojo de ‘okupas’”, *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 5. Desahucios y arrendamientos, mayo 2019, p. 60. Disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/desalojo-okupas-783754245>.

11 En el supuesto contemplado por la SAP Madrid (Sec. 17ª) 17 octubre 2014 (JUR 2014,297608) tenemos un ejemplo de una ocupación por necesidad: “los acusados Sonsoles y Ignacio, ambos mayores de edad, encontrándose en una situación de indigencia, y percibiendo una renta mínima de 500 euros al mes como único ingreso y teniendo dos hijos de 9 y 6 años de edad a su cargo, después de encontrarse la madre viviendo en la calle con ellos, rompió el cristal de la ventana de la casa situada en [...] ocupó la vivienda con sus hijos a la que luego se trasladó su marido, pasando posteriormente a introducir algunos muebles en ella, procediendo a cambiar la cerradura de la puerta. Llevan permaneciendo en ella 20 meses en el momento de dictarse esta sentencia. Tienen luz y agua que pagan sin que les den recibo alguno”. En este caso el tribunal estimo la eximente de estado de necesidad.

convivencia y de perjuicios económicos al resto de habitantes del inmueble¹². Así pues, la existencia de un gran sesgo político a la hora de contemplar el fenómeno de la ocupación provoca propuestas tan alejadas entre sí como las que pretenden la eliminación del delito de usurpación pacífica de inmuebles o las que persiguen acrecentar la dureza de las penas que ahora se proponen en el Código penal¹³. Encontrar el punto de equilibrio se hace difícil, no obstante, en el caso de los excluidos sociales por cuestiones económicas, parte de la solución al fenómeno de la ocupación pasaría por un aumento en la promoción de vivienda social por las autoridades junto con la intervención estatal de los alquileres. La ocupación es un fenómeno complejo de resolver puesto que se trata de una situación donde confluyen por una parte del derecho a la propiedad privada contemplado por el art. 33 de la Constitución Española y por otra el derecho de las personas a disfrutar de una vivienda digna establecido en el art. 47 CE. Este derecho a la vivienda digna ha sido invocado en numerosas ocasiones por los ocupantes ilegales de viviendas para evitar el desahucio, sin embargo, la jurisprudencia ha estimado que el mandato del art. 47 CE no impone a los poderes públicos el deber de proporcionar directa y físicamente una vivienda¹⁴. En todo caso el citado precepto

- 12 En nuestra opinión, la Ley 5/2018, al haber creado un cauce de protección de la posesión que solo puede ser utilizado por un determinado grupo de sujetos ocupados también está colaborando, en cierto modo a distinguir entre ocupados de primera, mercedores de una especial protección y de segunda categoría a los que no les cubre aquel paraguas protector.
- 13 RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. J.: "Estudio jurisprudencial", cit., p. 2, señala como en nuestro país en el año 2020 se han realizado cuatro proposiciones de ley y una no de ley: Así, la Proposición de Ley de garantías para la seguridad y convivencia ciudadanas frente a la ocupación ilegal de viviendas. Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos. Núm. 122/000066 Boletín Oficial De Las Cortes Generales. Núm. 97.1, de 17 de julio de 2020. Proposición de Ley Orgánica contra la ocupación ilegal y para la convivencia vecinal y la protección de la seguridad de las personas y cosas en las comunidades de propietarios. Presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. Núm. 122/000066 Boletín Oficial De Las Cortes Generales. Núm. 96.1, de 17 de julio de 2020. Proposición de Ley Orgánica relativa a la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para modificar el art. 245 a fin de agravar las penas a los delitos de usurpación de inmuebles, ofrecer mejores herramientas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y ampliar la protección de los legítimos titulares de derechos reales. Presentada por el Grupo Parlamentario VOX. Núm. 162/000386. Boletín Oficial De Las Cortes Generales Núm. 100, de 7 de septiembre de 2020. Proposición de Ley relativa a la modificación del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a fin de introducir los delitos de usurpación de inmuebles dentro de los recogidos en el art. 795 y para modificar el art. 553, en relación con esos mismos delitos. Presentada por el Grupo Parlamentario VOX. Boletín Oficial De Las Cortes Generales Núm. 101, de 7 de septiembre de 2020. Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos, sobre medidas encaminadas a prevenir y atajar el fenómeno de la "okupación". Núm. 162/000386. Boletín Oficial De Las Cortes Generales Núm. 147, de 25 de septiembre de 2020.
- 14 IBARRA SÁNCHEZ, J. L.: "La reforma procesal de la Ley 5/2018, de 11 de junio: la nueva tutela sumaria de la posesión de viviendas del artículo 250.1.4º LEC y el desalojo cautelar inmediato de los ocupantes", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2018. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/> (Consultado el 3-04-2021), señala que el derecho a la vivienda no se encuentra regulado entre los derechos fundamentales de la Constitución (CE) -Título I, Capítulo II, art. 14 y Sección primera, De los derechos fundamentales y de las libertades públicas, arts. 15 a 29 CE-, derechos cuya infracción supone la ilicitud de la prueba y que deben ser desarrollados a través de Ley orgánica. Derechos cuya violación podrá ser protegida a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por el contrario, el derecho a la propiedad privada está establecido en el art. 33, donde también se menciona su función social, mientras que el derecho a la vivienda se encuentra, como principio informador de la actuación de las Administraciones públicas, en el art. 47 CE. Ambos preceptos están situados fuera del primer bloque constitucionalidad de derechos fuertes y nucleares, dotados de una especial protección. El derecho a la propiedad privada se encuentra incluido en el segundo bloque de constitucionalidad, arts. 30 a 38 CE, mientras que el derecho a la vivienda, lo está en el tercer bloque, arts. 39 a 52 CE. Ambos derechos tienen menor entidad que los del primer bloque, y por ello el Estado no asegura a los ciudadanos su pleno disfrute.

constituye un principio rector de las política social y económica y un explícito mandato a los poderes públicos para hacer efectivo el derecho con los deberes de promover y regular que se contienen en el citado precepto constitucional¹⁵. De modo que una cosa es el derecho a disfrutar de una vivienda y otra la vulneración del derecho a la propiedad que en el caso de las moradas además están protegidas por el derecho a la inviolabilidad del domicilio ex art. art. 18.2 CE. Así pues, el derecho a la vivienda ha de ser procurado por los poderes públicos estableciendo los mecanismos adecuados, pero no puede ser satisfecho a través de la ocupación de viviendas ajenas que en ocasiones se ha intentado justificar como una autorrealización del derecho a la vivienda. En la doctrina predominante se ha mantenido que la ocupación ilegal no puede ampararse ni tolerarse bajo pretexto alguno ni aun en los casos en que los inmuebles tengan la condición de edificios públicos¹⁶.

II. LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE OCUPACIONES.

I. Los allanamientos de morada.

La inviolabilidad del domicilio está protegida por el art. 18.2 CE que establece que “ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito” lo que supone que nadie puede entrar en una morada ajena sin el consentimiento de su titular o sin una orden judicial. En aquellos casos en los que la ocupación sin consentimiento tenga lugar sobre una morada ajena el Código penal estima este hecho como constitutivo de allanamiento de morada del art. 202 CP. Este delito se encuentra dentro del Capítulo II “allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público” que a su vez está dentro del Título X “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”. En el delito de allanamiento de morada se trata de proteger el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) tanto de los particulares, en lo que se refiere a la morada (art. 202 CP), como de las personas jurídicas (art. 203 CP). En el art. 204 CP se contiene un tipo cualificado para la autoridad o funcionario público que cometiere estos delitos¹⁷.

Dentro del delito de allanamiento nos encontramos con dos subtipos que están castigados con pena de prisión. En el apartado 1º se contempla el supuesto de hecho en el que un particular entra en una morada ajena o se mantiene en

15 Así se ha repetido por las SSAP Barcelona (Sec. 13ª) 19 febrero 2021 (JUR 2021,99731), Barcelona (Sec.13ª) 11 diciembre 2020 (JUR 2021,5373), Barcelona (Sec.4ª) 30 noviembre 2020 (JUR 2021,9436) y Madrid (Sec.10ª) 29 enero 2020 (AC 2020,531) entre muchas otras.

16 RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. J.: “Estudio jurisprudencial”, cit., p.195, muestra su preocupación con la sensación de tolerancia o permisividad cuando los inmuebles ocupados son propiedad de bancos, promotoras o fondos de inversión.

17 MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal Parte Especial*, 22ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 271 y 272.

ella en contra de la voluntad de su morador. En este caso el tipo penal no exige la concurrencia de ningún género de violencia (en las personas o en las cosas) o intimidación para entrar o permanecer en casa ajena¹⁸. Este sería el supuesto de la anciana que se va de vacaciones y cuando regresa a su casa se encuentra con unos desconocidos que han aprovechado que la puerta estaba mal cerrada y, sin utilizar ningún tipo de violencia sobre las cosas ni sobre las personas, se han instalado dentro y se niegan a abandonar la vivienda. En el apartado 2º del art. 202 CP se regula el denominado subtipo agravado del delito de allanamiento de morada¹⁹. La diferencia con el anterior reside en que la entrada o permanencia en la morada ajena se produce con violencia o intimidación. Volviendo al ejemplo de la anciana se trataría del supuesto en el que mientras la mujer va a comprar al mercado un grupo de personas fuerza la puerta de su casa, entra y se instala en ella cambiando las cerraduras.

Así pues, para el Código penal la entrada en morada ajena, así como la permanencia en ella en contra la voluntad de quien reside en ella es suficiente para merecer reproche legal con independencia de la existencia o no de violencia o intimidación. La existencia de esta circunstancia lo es a los efectos de agravar la pena. Cuando el allanamiento se realiza sin violencia la pena es de prisión de 6 meses a 2 años (art. 202.I CP), por el contrario, cuando se realiza con violencia -sobre las personas o las cosas- o intimidación el allanamiento está castigado con prisión de 1 a 4 años y multa de 6 a 12 meses.

La respuesta que ofrece el Código penal frente al allanamiento de morada no ofrece ningún género de duda en cuanto a su aplicación cuando concurren los requisitos del tipo legal de cualquiera de ambos subtipos. Con el delito de allanamiento se produce la paradoja de que lo que para el ciudadano medio constituye el supuesto de la “okupación” por excelencia, tal vez influenciado por unas agresivas campañas televisivas de ventas de alarmas²⁰, o incluso por

18 La STS (2ª) 7 marzo 2007 (2007, 3248) establece que este subtipo agravado también comprende “supuestos en que la violencia o intimidación se hayan ejercitado para entrar o mantenerse en la morada ajena”. Por lo está equiparando la violencia o intimidación que se ejerce sobre las personas, con la que violencia material que se ejerce sobre las cosas siempre que esta suponga el medio de ejecución del allanamiento.

19 En el art. 203 CP se regula el allanamiento de domicilio de personas jurídicas: “1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a diez meses el que entrare contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura. 2. Será castigado con la pena de multa de uno a tres meses el que se mantuviere contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público. 3. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, el que con violencia o intimidación entrare o se mantuviere contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento, mercantil o local abierto al público”.

20 En la página web de una conocida empresa de alarmas podemos encontrar el siguiente slogan publicitario “Evita la ocupación en tu vivienda con la alarma de XX, actuamos de inmediato”. Disponible en: https://www.securitasdirect.es/lp/g/alarma-okupas.php?keyword=&gclid=CjwKCAjw6qqDBhB-EiwACBs6x-kQfiPqd3qzBYtYlnVh_6LGjHtUNkjkck2raS8zZ_jheaPXLwNkcxoCe-wQAvD_BwE&gclidrc=aw.ds (Consultado el 5-04-2021).

la utilización del supuesto de la anciana cuya vivienda es okupada mientras va a la compra en una reciente campaña electoral, sin embargo, no constituye un supuesto de ocupación para la doctrina que lo limita a los delitos de usurpación de inmuebles. Desde un punto de vista técnico jurídico en el Código Penal el allanamiento de morada y la usurpación de inmuebles se consideran como delitos perfectamente diferenciados puesto que afectan bienes jurídicos diferentes y comportan penas asimismo diferenciadas²¹. En el caso del delito de allanamiento el bien jurídico protegido es el derecho a la vivienda y a la intimidad del hogar²². Derecho que también se extiende a las segundas residencias²³. En el caso del delito de usurpación el bien jurídico protegido no tiene ningún tipo de relación con la intimidad de la morada sino que se trata del patrimonio inmobiliario²⁴. No obstante, la doctrina estima que, si bien la relación entre el delito de allanamiento de morada y los delitos de ocupación del art. 245 CP es de exclusión, sin embargo, en ocasiones puede producirse entre ellos un concurso ideal de delitos²⁵. Así sucede cuando concurra la usurpación del art. 245.I CP con el allanamiento de

- 21 La ubicación sistemática de ambos delitos dentro del CP es diferente: el delito de allanamiento de morada se regula en el art. 202 de C.P., que está situado en el “Libro II del Código Penal, Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, Capítulo II”. En el caso del delito de usurpación de inmuebles, regulado por el art. 245 CP aparece ubicado dentro del “Título XIII del Libro II del Código Penal, que lleva por rúbrica “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”.
- 22 MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, A.: “La ocupación ilegal de inmuebles, una visión desde el Derecho penal”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 93, septiembre-octubre 2020. Disponible en: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-93/opinion/opinion/10175-la-ocupacion-ilegal-de-inmuebles-una-vision-desde-el-derecho-penal>. (Consultado el: 14-04-2021), señala que el bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada es la intimidad mientras que el caso del delito de usurpación es el patrimonio inmobiliario. Para MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal*, cit., p. 272, el bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de vivienda particular es “dentro del amplio campo que cubre la intimidad, el derecho a la intimidad de la morada que, más que en el art. 18.2 de la Constitución, encuentra reconocimiento, como una emanación específica del derecho a la intimidad, en el art. 18.1, en el que debe incluirse el derecho a la intimidad de la morada, que es un elemento común tanto al tipo básico, como al cualificado y que no se confunde con el domicilio, concepto más restringido que, como veremos, se protege directamente en relación con las personas jurídicas, despachos u oficinas y establecimientos mercantiles en el art. 203 CP”.
- 23 NAVARRO MASSIP, J.: “La insoportable levedad de la ocupación”, *El notario del Siglo XXI*, núm. 93, septiembre-octubre 2020. Disponible en: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-93/opinion/opinion/10176-la-insoportable-levedad-de-la-ocupacion>. (Consultado: 14-04-2021), estima que: “No olvidemos que esta lesión antijurídica se predica también en el caso de las segundas residencias -incluso durante el período en que las mismas no se encuentren habitadas, siempre y cuando conserven aquella condición-, tal y como refiere repetidamente nuestro Tribunal Supremo. No tiene relevancia que el lugar constituya su primera o segunda vivienda, sino sí, aunque sea ocasionalmente, la vivienda se utiliza como un espacio en el que desarrollan aspectos de su privacidad”.
- 24 En la STS 12 noviembre 2014 (RJ 2014, 6179) se establece que en los delitos de usurpación el bien jurídico protegido es el patrimonio inmobiliario, y como delitos patrimoniales la lesión del bien jurídico requiere que se ocasione un perjuicio al titular del patrimonio afectado, que es el sujeto pasivo del delito.
- 25 La STC (10.2002) 17 enero 2002 (RTC 2002, 10) señala que “El rasgo esencial que define el domicilio delimita negativamente los espacios que no pueden ser considerados domicilio: de un lado, aquellos en los que se demuestre de forma efectiva que se han destinado a cualquier actividad distinta a la vida privada, sea dicha actividad comercial, cultural, política, o de cualquier otra índole; de otro, aquellos que, por sus propias características, nunca podrían ser considerados aptos para desarrollar en ellos vida privada, esto es, los espacios abiertos [...]. El propio carácter instrumental de la protección constitucional del domicilio respecto de la protección de la intimidad personal y familiar exige que, con independencia de la configuración física del espacio, sus signos externos revelen la clara voluntad de su titular de excluir dicho espacio y la actividad en él desarrollada del conocimiento e intromisiones de terceros”. Desde esa perspectiva se estima que las habitaciones de los hoteles pueden considerarse domicilios y “constituyen ámbitos sobre los que se proyecta la tutela que la Constitución garantiza en su art. 18.2: su inviolabilidad y la interdicción de las entradas o registros sin autorización judicial o consentimiento de su titular, fuera de los casos de flagrante delito”.

morada del art. 202.2 CP o la entrada en el domicilio de una persona jurídica no previstas en el art. 203.2 CP. También nos encontraríamos ante un concurso ideal de delitos entre el delito de ocupación del art. 245.2 CP y el allanamiento previsto en el art. 203.1 CP cuando se produjese la ocupación sin autorización debida de un inmueble que constituya el domicilio de una persona jurídica pública o privada despacho profesional u oficina, o local abierto al público fuera de las horas de apertura²⁶.

2. Las ocupaciones violentas de otros inmuebles.

En el Título XIII del Código Penal dentro de los “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico” se incluye un Capítulo V dedicado a la “usurpación” dentro del cual se regula la usurpación de derechos y la ocupación de inmuebles en el art. 245. A su vez dentro de este precepto se regulan dos conductas diferentes en sendos apartados. En el apartado 1º, se protege al titular frente a la ocupación de una cosa inmueble o la usurpación de un derecho inmobiliario ajeno con violencia o intimidación²⁷. La ocupación se refiere a la voluntad de instalarse en un inmueble ajeno o poseerlo. La usurpación está referida a los derechos reales como el usufructo, uso, etc. y supone una intención de hacerse con ese derecho. La violencia y la intimidación a la que se refiere es similar a la utilizada en otros tipos penales y puede abarcar tanto la violencia física como la psíquica, si bien referida únicamente a las personas²⁸. La fuerza en las cosas se entiende implícita en el tipo básico de la usurpación. En alguna sentencia se ha exigido que esa violencia se realice al tiempo de efectuar la ocupación puesto que de efectuarse en un momento posterior no integraría el tipo penal²⁹. Esta violencia no tiene que realizarse exclusivamente sobre el titular del inmueble o derecho sino que también cabe sobre cualquier persona que se encuentre en el inmueble en el momento de realizarse la ocupación³⁰. El denominado delito de usurpación violenta está castigado en el art. 245.1 CP con una pena de prisión de uno a dos años que

26 BARBER BURUSCO, S.: “La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales vol. V parte Comentario*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999 (BIB 1999\793). Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es> (consultado del 22-04-2021),

27 Art. 245.1 CP establece que “Al que con violencia o intimidación en las personas ocupe una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, la pena de prisión de uno a dos años, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado”.

28 RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. J.: “Estudio jurisprudencial”, cit., p.200.

29 RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. J.: “Estudio jurisprudencial”, cit., p.200, señala el caso de la SAP Granada (Sec. 1ª) 30 octubre 2013(ARP 2014,289) en la que delito de usurpación ya se había consumado cuando se produjo la agresión al propietario y a su hija, por ello y, al margen de que se castiguen las lesiones sufridas, esa agresión no transmuta el delito del art. 245.2 en un delito del 245.1.

30 RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. J.: “Estudio jurisprudencial”, cit., p.201. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, A.: “La ocupación ilegal”, cit.; señala que en ocasiones los delitos de allanamiento de morada y los de usurpación, vienen acompañados de comportamientos que pueden ser constitutivos de delitos de daños, coacciones, defraudaciones del fluido eléctrico e incluso organización criminal a la vista del incremento de las mafias que actúan como profesionales de la ocupación con fines lucrativos.

se determinará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado³¹. Lo anterior supone que la posibilidad de entrar en prisión sea relativamente escasa y que dependa de los delitos a los que dé lugar la violencia ejercida³².

El sujeto activo del delito de usurpación puede ser cualquier persona excepto el propietario del inmueble o el titular del derecho real que recae sobre el mismo. Piénsese en el propietario que forzando la cerradura de un local que tiene alquilado toma posesión del mismo. Esta perturbación de la posesión legítima del arrendatario por parte del propietario no daría lugar a esta figura delictiva, sin embargo, podría constituir un delito de coacciones o un delito de la realización arbitraria del propio delito³³. El sujeto pasivo del delito es la persona propietaria del bien o el titular del derecho real perturbado.

El objeto material de las distintas modalidades de usurpación está constituido por bienes inmuebles, si bien en la usurpación violenta también se refiere a los derechos reales inmobiliarios en el caso de la usurpación. En todo caso los inmuebles deben ser de pertenencia ajena y no han de constituir morada³⁴. Así pues, sujetos pasivos del delito pueden ser tanto el propietario como quienes disfruten de los mencionados derechos reales. Sin embargo, el propietario -como ya hemos señalado- no puede ser sujeto activo del delito de usurpación en ninguna de sus dos modalidades, puesto que no concurre la nota de la ajeneidad del inmueble que exige el tipo penal. En consecuencia, al propietario no se le podrá aplicar este delito aunque existan otros derechos constituidos sobre el inmueble, como un usufructo o un arrendamiento, en estos casos la conducta del propietario sería constitutiva de un delito de coacciones o en todo caso de un ilícito civil³⁵.

El sujeto activo del delito de usurpación violenta deberá actuar movido por el propósito de apropiarse y desposeer al legítimo propietario o titular del bien inmueble o derecho real de los mismos, y asimismo de obtener un beneficio

31 Hasta la reforma del CP operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal no se impuso la pena de prisión por la comisión del delito de usurpación violenta de bienes inmuebles; hasta entonces la pena que se imponía existiendo violencia o intimidación en este delito, además de las penas en que se incurriere por las violencias ejercidas era la de multa de 6 a 18 meses.

32 RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. J.: "Estudio jurisprudencial", cit., p.201.

33 MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal*, cit., p. 387, estima que el sujeto activo sólo puede serlo el no propietario o no titular de los inmuebles o derechos reales. La turbación de la posesión legítima por parte del propietario no está, por tanto, comprendida en este delito, aunque pueda constituir otro de amenazas o coacciones (arts. 169 y ss. y 172), contra la integridad moral (art. 173.1) o de realización arbitraria del propio derecho (art. 455).

34 BARBER BURUSCO, S.: "La ocupación", cit., entiende que lo que verdaderamente distingue entre ambas modalidades de delito de usurpación "son los medios empleados en uno y otro caso: violencia e intimidación en las personas en el apartado primero, cualquier otra modalidad con exclusión de la violencia o intimidación en el segundo".

35 BARBER BURUSCO, S.: "La ocupación", cit.

económico o utilidad de su acción³⁶. Este propósito es lo que distingue el delito de usurpación de otros delitos similares como las coacciones, el allanamiento de morada o los daños. La pena que lleva aparejada la usurpación violenta de inmuebles es de prisión de uno a dos años que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado. Además, también puede castigarse la violencia en la que se incurre para lograr la usurpación³⁷. La aplicación de la vía penal con la denominada “usurpación violenta” no ha sido cuestionada por la doctrina ni por la jurisprudencia a diferencia del controvertido apartado 2º del art. 245 CP referido al delito de usurpación pacífica de inmuebles.

El inmediato desalojo por la policía de los ilegales ocupantes es nota común en los delitos de ocupación ilegal de viviendas ocupadas cuando son constitutivas de delitos menos grave como el allanamiento de morada (incluso de segunda residencia) en cualquiera de sus dos modalidades del art. 202 CP, en el de allanamiento de domicilio de persona jurídica (art. 203) e incluso en la ocupación violenta (violencia sobre las persona) de otros inmuebles que constituye el delito menos grave de ocupación o usurpación de inmuebles (art. 245.2 CP)³⁸. Es de destacar que en ninguno de los anteriores casos es de aplicación el supuesto plazo de 24 horas a partir del cual se entiende que el inmueble ocupado se convierte en vivienda del okupa y que por lo tanto ya no puede ser desalojado si no es con mandato judicial. Esta cuestión se trata de un bulo o “fake new” puesto que no está recogida en norma alguna que la vivienda ocupada se convierta en morada del okupa por el transcurso del citado lapso de tiempo y que por lo tanto se convierta en inviolable por aplicación del art. 18.2 CE³⁹.

36 Señala la la SAP Granada (Sec. 1ª) 30 octubre 2013(ARP 2014,289) que. “la conducta descrita en el artículo 245.1 se castiga teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado y la descrita en el artículo 245.2 no atiende a esos parámetros, lo que ha llevado a afirmar a ciertos sectores doctrinales que en el primer caso es necesaria la concurrencia del ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto en tanto que no es preciso en el segundo”.

37 Este precepto fue modificado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Con anterioridad a la reforma la pena era una multa de seis a dieciocho meses.

38 PÉREZ DAUDÍ, V.: “La okupacion”, cit.

39 PÉREZ DAUDÍ, V.: “La okupacion”, cit., señala que en nuestro ordenamiento jurídico el legislador no indica cuándo se consolida una vivienda como habitual. Sin embargo, el TEDH (Sentencia TEDH de 11 de octubre de 2016, asunto Badgonavicius) sí que estima que existe domicilio habitual cuando el afectado por el desalojo ha establecido relaciones suficientes y continuadas en un lugar determinado. En consecuencia, el legislador debería de cubrir esta laguna legal, puesto que la falta de regulación está siendo aprovechada por los ocupantes ilegales para dilatar del desalojo de la vivienda. Los ocupantes aplican las instrucciones de los manuales de okupación que circulan por internet que aconsejan a crear unos indicios de que la vivienda es la habitual de los ocupantes. Estos incluso llegan a autoinculparse de la ocupación indicando que la fecha de la misma es anterior a la real. También llegan a denunciar por allanamiento al propietario que intenta acceder a la misma, cambian la cerradura de la puerta de entrada, decoran la vivienda ocupada con objetos personales, llegando incluso a alojar a colectivos vulnerables como menores de edad o ancianos para impedir o retrasar el desalojo inmediato.

III. LOS INCONVENIENTES DE LA VÍA PENAL PARA SOLUCIONAR LAS OCUPACIONES PACÍFICAS DE INMUEBLES.

Como ya hemos dicho la vía penal es la vía efectiva para la recuperación de la posesión de un inmueble en todos aquellos casos en los que la “okupación” pueda ser constitutiva de un delito menos grave como sucede con los allanamientos de morada o la usurpación violenta de inmuebles. Así pues, en todos esos casos una vez presentada la denuncia, la policía puede proceder a la detención de los “okupas”, o, de no ser así, el denunciante puede solicitar ante el juzgado de guardia una medida cautelar para el desalojo inmediato de los ocupantes de su casa⁴⁰.

Entre la zona en la que, por la gravedad de los hechos, procede la aplicación de la vía penal sin ningún género de duda y la zona en la que corresponde la aplicación de la vía civil para aquellas ocupaciones que no son constitutivas de delito se encuentra una zona de transición del Derecho penal al civil cuyos perfiles son difíciles de trazar. Todo ello aun a pesar del tenor literal del art. 245.2 donde se contempla el delito de usurpación de inmuebles al decir que “El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses”. Dentro de este tipo penal se contemplan aquellos supuestos en los que la ocupación ilegal se realiza sin utilizar violencia ni intimidación en las personas. Además, no recae sobre moradas, sino que se trata de cualquier tipo ocupación pacífica, pero sin autorización, recayente sobre inmuebles, viviendas o edificios ajenos que no tengan la condición de vivienda habitual. No obstante, dentro del tipo penal del de la usurpación pacífica art. 245.2 CP, aun cuando parezca un contrasentido sí que tiene cabida el empleo de la fuerza en las cosas como el rompimiento de puertas o cerraduras para acceder dentro de los inmuebles⁴¹. De modo que aun concurriendo fuerza sobre las cosas no produce el agravamiento del tipo básico de la usurpación y se considera que es una ocupación pacífica. También se incluye dentro de este delito la conducta consistente en mantenerse en el inmueble contra la voluntad del titular⁴². Lo anterior presupone que la entrada en el inmueble ha sido consentida o al menos desconocida por el propietario o el titular de un derecho real que lleve aparejada la posesión. Entre los inmuebles a que se refiere este delito están las otras viviendas que pueda tener de un particular (además de su morada) y las que son propiedad

40 PERARNAU MOYA, J.: “Desalojo de ‘okupas’”, cit. 60.

41 MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal*, cit., p. 387, estima el tipo del art. 245.2 lo constituye la usurpación empleando fuerza en las cosas (rompiendo la cerca o alabrada que rodea la finca, violentando la cerradura, etc.). En parecidos términos, GALLEGO SOLER, J.I.: “Comentario del art. 245 CP” en: AA.VV.: *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 17/2015 y LO 2/2015* (Dir. M. Corcoy Bidasolo y S. Mir Puig, Coord J.B, Vera Sánchez), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 840, estima que “la conducta típica de ocupación implica la entrada en el inmueble, con independencia del modo en que se produzca el acceso, siendo irrelevante que se emplee fuerza en las cosas, que en su caso se podrá castigar como daños”.

42 MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal*, cit., p. 388, señala que a la ocupación se equipara el mantenerse ilícitamente en el inmueble cuando se ha entrado correctamente en él, como tipo alternativo.

o sobre las que tienen derecho a poseer los bancos y otros grandes tenedores de viviendas. También hay que tener en cuenta que en el delito de usurpación pacífica el objeto material son los inmuebles, viviendas o edificios ajenos de modo que a diferencia de la usurpación violenta quedan excluidos los derechos reales inmobiliarios⁴³. Se trata de una zona difusa aun a pesar de que la ocupación ilegal pacífica de inmuebles que no son morada está contemplada como delito leve de "usurpación pacífica de bienes inmuebles" en el art. 245. 2 CP y que está castigado con la pena de multa⁴⁴. En nuestro país la incriminación de la ocupación pacífica de inmuebles ha estado sujeta a vaivenes, puesto que durante la vigencia del anterior Código Penal de 1973 estuvo despenalizada. Siendo reintroducido este delito, como ya hemos indicado, por el vigente CP/1995⁴⁵.

Este delito, a diferencia de lo que sucede con el de allanamiento de morada, se encuentra sometido a una fuerte carga ideológica que se ha polarizado hasta el extremo de que por una parte se ha llegado a solicitar su desaparición y por otra se ha solicitado el aumento de sus penas⁴⁶. En ocasiones ha sido la propia jurisprudencia la que se ha manifestado crítica con el mantenimiento del delito de usurpación pacífica de inmuebles⁴⁷. En la doctrina también se observa esta

43 BARBER BURUSCO, S.: "La ocupación", cit., entiende que "con la mención a la expresión inmueble hubiese bastado. Se entiende, que este detalle no amplía ni delimita el concepto de cosa inmueble del párrafo primero, porque ambos objetos, vivienda y edificio coinciden con el reconocimiento que en el artículo 334. 1 del CC se hace de "edificios y construcciones de todo género adheridas al suelo".

44 MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, A.: "La ocupación ilegal", cit., dice que este delito se introduce por primera vez en el Código penal de 1995 como consecuencia de que el movimiento okupa iba extendiéndose.

45 BARBER BURUSCO, S.: "La ocupación", cit., señala que la ocupación sin violencia o intimidación tuvo carácter delictivo durante la vigencia de los Códigos Penales de 1848 y 1928. Sin embargo, esta figura delictiva desaparece del Código Penal de 1973, lo que se justificó por la doctrina al entender que la mayor parte de los agravios que las personas pueden sufrir en sus cosas inmuebles son reparables por los medios que las Leyes Civiles ponen en sus manos.

46 RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. J.: "Estudio jurisprudencial", cit., pp. 193 y 201, mantiene que el tipo penal de la usurpación -de modo similar a como sucede con el aborto- tiene una fuerte carga ideológica que es la que produce fluctuaciones entre intentos de su supresión hasta peticiones de aumento de sus penas. Mantiene este autor que en alguna ocasión se ha solicitado la derogación de este delito. Cita la Proposición de Ley la Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 122/000133, presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida donde entre otros argumentos se alega que no es procedente "criminalizar conductas que conductas, que tienen meros efectos civiles y que pueden ser resueltos por esta vía. Lo contrario, sería realizar una política extensiva de la tipificación penal, cuando el derecho penal es un derecho restrictivo y limitado, de carácter excepcional y debe ser usado como un instrumento bajo un estricto control y mesura, y amparado en el criterio fundamental de equidad que a todas luces se quiebra tipificando y penalizando una conducta que no tiene relevancia criminal sino civil". También cita este autor como en 1996, un manifiesto de "Jueces para la Democracia" solicitaba de modo expreso la despenalización de la ocupación y uso de las viviendas vacías. En 1999, el Defensor del Pueblo también solicitó su despenalización al Ministerio de Justicia, haciéndose eco de una iniciativa de la Comisión de Defensa de los Derechos de la Persona, del Colegio de Abogados de Barcelona.

47 Así el AAP Barcelona (Sec. 6ª) 9 abril 2020 (JUR 2020,190448) estima la validez del Auto de primera instancia en la que no se admite la concurrencia de delito de usurpación ex art. 245.2 porque la entidad financiera que mantiene que varias personas que han accedido a un inmueble de su propiedad, sin contar con su autorización, para residir en él. El rechazo de la denuncia se produce porque la entidad no ha acreditado en ningún momento el ejercicio efectivo de la posesión, remitiéndole al ámbito civil. El Tribunal manifiesta que el art. 245.2 CP "se trata de un precepto penal controvertido, bajo el ángulo de la política criminal, en la medida en que supone, para un sector relevante de la doctrina, la criminalización de una conducta a la que puede darse una respuesta menos invasiva a través de los distintos procesos civiles que

polarización, puesto que desde un sector se ha mantenido que este delito no debería de haberse incorporado al vigente Código Penal⁴⁸. Al tiempo que desde otros sectores se mantienen duras críticas a las laxas respuestas que ofrece el sistema español, o incluso frente a cierta tolerancia en algún sector de la judicatura⁴⁹.

La vía penal para obtener la pronta recuperación de la posesión del inmueble que ha sido ilegalmente ocupado se encuentra con dos graves inconvenientes que la hacen desaconsejable: en primer lugar, la jurisprudencia reserva la aplicación del art. 245.2 únicamente para aquellas ocupaciones pacíficas que revistan una cierta gravedad. De modo que tras haberse iniciado la vía penal el sujeto que ha sufrido una ocupación puede ver desestimada su pretensión de modo que se verá obligado a iniciar la vía civil para recuperar la posesión del inmueble. De modo que la supuesta rapidez que caracteriza al proceso penal no sólo no le habrá reportado ninguna utilidad, sino que le provocará un importante retraso para la recuperación de su inmueble ocupado. El segundo gran inconveniente de la vía penal reside en que en los delitos leves -como la usurpación pacífica de inmuebles- no se suelen aplicar por los jueces la medida cautelar del desalojo de la vivienda o inmueble ocupado. De modo que hay que esperar hasta la firmeza de la sentencia. Sin embargo, esta ventaja de la recuperación anticipada de la posesión de la vivienda ocupada sí que es posible (para ciertos colectivos) en la vía civil tras

permiten el desalojo, especialmente en una época en la que las desigualdades sociales son más patentes y la brecha respecto de los más desfavorecidos se va abriendo de modo perceptible”.

- 48 BARBER BURUSCO, S.: “La ocupación”, cit., BAUCCELLS I LLADÓS, J.: *La ocupación de inmuebles en el código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia 1998, pp. 132-145, estima que el delito de usurpación pacífica del art. 245.2 CP no puede aplicarse en el caso en que la ocupación se haga de forma pública y pacífica. Los antecedentes históricos y legislativos, de las dos modalidades de usurpación del art. 245 CP exige la concurrencia de violencia o intimidación como un requisito típico en ambas normas. En consecuencia, la ocupación pacífica, en la que sólo concurre “fuerza en las cosas”, ha de ser impune salvo que concurren otras circunstancias que hagan entrar en juego otros tipos delictivos como daños, coacciones, manifestación ilegal, atentado a la autoridad, desórdenes públicos, etc. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal*, cit., p. 388, estima que “Esta criminalización no tiene en cuenta, sin embargo, que ya por la vía de los interdictos civiles y de las Leyes de Arrendamientos se les da a los titulares de los inmuebles ocupados suficientes medios para acabar con la ocupación que, en principio, el problema se debe situar en esta vía, sin necesidad de reforzar los derechos legítimos, cuando lo son, de los titulares por la vía penal”.
- 49 NAVARRO MASSIP, J.: “La insoportable”, cit., en un duro artículo manifiesta que “El actual problema de la ocupación expresa esa impotencia y obedece a una Justicia “laxa”. La sensación, por parte de la ciudadanía, ante una falta de respuesta al problema de la ocupación, está generando problemas de convivencia social. No podemos criminalizar todas las conductas que caben en la denominada ocupación. No todas son delito. En ocasiones la respuesta de los Juzgados del orden civil debe ser la respuesta adecuada y proporcionada. En cualquier caso, y sobre todo frente a conductas manifiestamente delictivas, el ciudadano tiene derecho a exigir del Estado una respuesta eficaz, e inmediata, a sus problemas [...]. La situación actual obedece a la enorme inoperancia del Estado que facilita estas prácticas: la tolerancia de una buena parte de la judicatura, la mayoritaria inactividad de la Fiscalía, la falta de criterio policial, así como la reforma del Código Penal en el 2015 que rebajó a delito leve determinadas conductas. En este sentido, ya con anterioridad a estas Instrucciones, desde la Comisión de normativa del Consell de l’Advocacia Catalana y del Il·lustre Colegio de la Abogacía de Barcelona se presentó una propuesta de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para dar una herramienta específica y singular a los jueces a fin de que en los supuestos de ocupación -delictiva- en un plazo de 48 horas el órgano judicial pueda acordar el desalojo, sin perjuicio de la necesaria protección asistencial por parte de los Servicios Sociales competentes de las personas especialmente vulnerables. Sí, 48 horas, plazo hasta ahora no regulado, pese a la leyenda urbana al respecto. [...]. Esa propuesta, partiendo del título de propiedad o posesión del denunciante-víctima y sin que el ocupante pueda justificar título válido es similar a la previsión legal de Francia e Italia, que faculta a las fuerzas policiales a desalojar (48 horas y 24 horas, respectivamente). PÉREZ DAUDÍ, V.: “La okupación”, cit., manifiesta que “uno de los problemas fundamentales es que existe cierta benevolencia en el tratamiento de la okupación.

la entrada en vigor de la Ley 5/2018 también conocida como ley anti-okupación. La herramienta utilizada por el legislador ha sido la creación de un incidente cautelar para lo cual se ha redactado un nuevo art. 441.1.bis II LEC⁵⁰.

I. La limitada aplicación del art. 245.2 CP para las ocupaciones pacíficas graves.

El problema respecto al delito de usurpación pacífica de inmuebles se encuentra en que algunas sentencias consideran que no toda ocupación ilícita de inmuebles constituye un delito de usurpación del art. 245.2 CP. Así pues, la ocupación pacífica de inmuebles que no tengan la condición de morada, dependiendo de las particulares circunstancias de cada caso podrían constituir un ilícito penal o uno de naturaleza civil. La jurisprudencia penal durante bastante tiempo ha sido vacilante respecto de la aplicación del delito usurpación pacífica de inmuebles⁵¹. En consecuencia, en todos estos casos que se encuentran a caballo entre la vía penal, hay que estar muy seguro de que concurren las circunstancias necesarias para que la ocupación sea delictiva. Ese sería el caso en que los “okupas” que han entrado pacíficamente en un inmueble que no tiene la condición de morada además estén realizando otras actividades claramente delictivas (tráfico de drogas; daños, coacciones, ruidos excesivos y continuados, defraudación de fluido eléctrico o de los suministros de agua, gas, internet, etc.) al margen de la ocupación ilícita⁵². En estas circunstancias la vía penal también sería la adecuada para conseguir un cese

50 RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: “Una visión judicial”, del “interdicto de recobrar la posesión” de la Ley 5/2018 frente a la ocupación ilegal de vivienda”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, num. 10/2018. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/> (Consultado el 3-04-2021), estima que se trata de una petición cautelar que denomina incidental que recoge la “inmediata entrega de la posesión de la vivienda” que es precisamente el objeto de la pretensión principal. Constituye un trámite incidental, en primer lugar, porque sólo puede tener lugar si se solicita por el actor. Además, el plazo de 5 día para aportar el demandado el título es distinto de los 10 previstos en el art. 438.I LEC para contestar a la demanda. Finalmente, en el art. 441.I bis II LEC así lo considera al indicar que “contra el auto que decida sobre el incidente no cabrá recurso alguno...”. Por su contenido se trata de un incidente de naturaleza cautelar, puesto que anticipa una parte del fallo mediante la entrega inmediata de la posesión.

51 En algunos casos, como en los de ocupaciones de fincas militares con finalidades reivindicativas no ha habido ningún problema en calificar como delictiva esa ocupación. En este sentido MUÑOZ CUESTA, F. J.: “Delito de usurpación por ocupación de finca militar con finalidad reivindicativa”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* num. 900/2015. Disponible en (<https://insignis.aranzadidigital.es/>) Consultado: 5-04-2021, manifiesta que tanto la STSJ de Andalucía de 21 de noviembre de 2013 (PROV 2015, 23792) como la STS de 12 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 6179), al apreciar el delito de usurpación no violenta de inmueble del art. 245.2 CP, son correctas, en tanto que ese delito se comete cuando se produce la ocupación, sin violencia o intimidación, de un inmueble, que no constituya morada, realizada con vocación de permanencia, lo que se hace durante dieciocho días; se carece de título jurídico que legitime esa posesión, no hay autorización para ello, ni en calidad de precarista. Además, concurre la tácita voluntad contraria del titular de la finca en la ocupación que se convierte en expresa cuando se insta a los miembros del sindicato a que procedan a su desalojo. Finalmente, en ambas sentencias se ha apreciado que los ocupantes tenían perfecto conocimiento de la ajeneidad del inmueble y de la ausencia de autorización, además de la voluntad de perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada. En consecuencia, al concurrir todos los elementos citados la aplicación del art. 245.2 CP, se ha hecho de forma correcta y que los componentes anímicos que guiaban a los autores son irrelevantes a efectos penales.

52 No obstante, como mantiene MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal*, cit., p. 388, el delito de usurpación del art. 245.2, “no es reconducible a otros tipos de delitos como las coacciones o amenazas, ya que, por definición, si la ocupación es pacífica faltan estos elementos; o al allanamiento demorada, porque precisamente se parte de que los inmuebles ocupados no lo son (casas deshabitadas, fincas, etc.)”.

inmediato de tales actividades cuando estas sean muy graves, puesto que cabe obtener la detención de los ocupantes e incluso la clausura del piso o local⁵³.

En la STS (S. 2ª) 12 noviembre 2014 (RJ 2014, 6179) dictada con ocasión de una ocupación pacífica de una finca rústica militar durante dieciocho días por el Sindicato Andaluz del Campo se establecen los requisitos necesarios para que pueda aplicarse el delito de usurpación pacífica de inmuebles del art. 245.2 CP. Para ello el Alto Tribunal parte de que el delito de usurpación está regulado dentro de los patrimoniales que tutelan específicamente los derechos reales sobre bienes inmuebles. Como quiera que en esos delitos el bien jurídico protegido es el patrimonio inmobiliario, para que éste resulte lesionado se requiere que se ocasione un perjuicio al titular del patrimonio afectado que es el sujeto pasivo del delito⁵⁴. Partiendo de esta premisa para la comisión del delito de usurpación pacífica de inmuebles se exige la concurrencia de los siguientes elementos: “a) La ocupación, sin violencia o intimidación, de un inmueble, vivienda o edificio que en ese momento no constituya morada de persona alguna. Además, la ocupación tiene que haber sido realizada con cierta vocación de permanencia^{55 56}. b) Que esta perturbación posesoria puede ser calificada penalmente como ocupación, ya que la interpretación de la acción típica debe realizarse desde la perspectiva del bien jurídico protegido y del principio de proporcionalidad que informa el sistema penal (Art 49 3º de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Desde ambas perspectivas la ocupación inmobiliaria tipificada penalmente es la que conlleva un riesgo relevante para la posesión del sujeto pasivo sobre el inmueble afectado, que es lo que dota de lesividad y significación típica a la conducta, por lo

53 PERARNAU MOYA, J.: “Desalojo de ‘okupas’”, cit., p. 61.

54 BAUCCELLS I LLADÓS, J.: *La ocupación*, cit., pp. 145 y ss., estima que en ninguna de las dos modalidades de usurpación de inmuebles del art. 245 CP cabe identificar el bien jurídico protegido con la propiedad; entiende que también se refiere a otros derechos reales como el usufructo, uso, etc. que incluso podría darse el caso de ser atacados por el nudo propietario del inmueble. El único bien jurídico protegido por los dos apartados del art. 245 es el tranquilo disfrute de las cosas inmuebles, la ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión u otros derechos reales. En consecuencia, allí donde no exista posesión, uso ni disfrute, ni aprovechamiento económico a través de relaciones jurídicas (contratos de alquiler, usufructo, habitación, u otros), no existirá bien jurídico protegido. Tampoco, en aquellos casos en los que el inmueble no reúne condiciones mínimas de habitabilidad, por su deterioro, desuso y abandono.

55 HERRANZ CASTILLO, R.: “Desobediencia civil, ocupación y derecho a la vivienda, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 435, año 2000”. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/> (consultado el 3-04-2021), estima que las expresiones “ocupar” y “usurpar” del art. 245 CP son sinónimas. En ambos casos, la ocupación penalmente perseguida implica desposeer a alguien de bienes y derechos reales que le pertenecen legítimamente, a través del apoderamiento físico del inmueble. Esta desposesión para ser penalmente relevante ha de ser continuada, permanente, estable en el tiempo. Esto supone que, si al titular del inmueble no se le priva o impide el ejercicio de su derecho a la posesión, si no se le despoja de sus bienes, no se dan los elementos del tipo.

56 Se determina la inexistencia de delito de usurpación por no haber probado la intención de permanencia del denunciado en la SAP Barcelona (Secc. 6ª) 16 noviembre 2020 (JUR 2021,47237) ocupación transitoria sin aparente vocación de permanencia ni depósito de muebles o enseres, desalojando el inmueble tras la mera presencia policial: meros actos preparatorios impunes. SAP Barcelona (Sec. 6ª) 12 noviembre 2020 (JUR 2021,46454), SAP Madrid (Sec.7ª) 13 octubre 2020 (JUR 2021,1129), SAP Madrid (Sec. 7ª) 14 septiembre 2020 (JUR 2020,312462) que estima que se trató de una ocupación puntual, esporádica, y el denunciado abandonó el inmueble al primer requerimiento. En parecidos términos la SAP Barcelona (Sec. 5ª) 9 septiembre 2020 (JUR 2020,321410).

que las ocupaciones ocasionales o esporádicas, sin vocación de permanencia o de escasa intensidad, son ajenas al ámbito de aplicación del tipo. c) Que el ocupante carezca de título jurídico que legitime esa posesión, pues en el caso de que hubiera sido autorizado para ocupar el inmueble, aunque fuese temporalmente o en calidad de precarista, la acción no debe reputarse como delictiva, y el titular deberá acudir al ejercicio de las acciones civiles procedentes para recuperar su posesión. d) Que conste la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble, bien antes de producirse, bien después, lo que especifica este artículo al contemplar el mantenimiento en el edificio “contra la voluntad de su titular”, voluntad que deberá ser expresa”. e) Que concurra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la ajeneidad del inmueble y de la ausencia de autorización, unido a la voluntad de afectación del bien jurídico tutelado por el delito, es decir la efectiva perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada.

Antes de tan clarificadora sentencia del Tribunal Supremo un importante sector de la doctrina de las audiencias provinciales ya había venido estimando como regla general que no debía de aplicarse el delito de usurpación del art. 245. 2 CP a todas las ocupaciones pacíficas de inmuebles. En consecuencia, para esta línea jurisprudencial la vía penal debe de reservarse exclusivamente para aquellas ocupaciones que supongan un riesgo para el bien jurídico protegido y por lo tanto el art. 245.2 debe de ser interpretado restrictivamente⁵⁷. Los principales argumentos utilizados por estas sentencias restrictivas son el recurso a los principios de intervención mínima y de *ultima ratio* del Derecho Penal, considerando que los perjudicados por la ocupación ilícita ya disponen de los procedimientos recuperadores en la vía civil e incluso de la vía administrativa de la LOSC⁵⁸. También se ha negado la existencia de un delito del art. 245.2

57 En la SAP Valencia (Sec. 3ª) 22 diciembre 2015 (JUR 2016,138048) señala que es “reiterado el criterio de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en entender que no toda perturbación de la posesión es subsumible en dicho precepto penal, de tal forma que la intervención penal solo puede quedar reservada para los casos más graves en que la perturbación de la posesión tenga mayor significación”. Criterio que ya se había mantenido en la SSAP Valencia (Sec. 3ª) 7 enero 2014 (JUR 2014,80690) y 29 mayo 2003 (JUR 2004,2070). Este criterio ha sido mantenido entre otras muchas sentencias en las SAP Toledo (Sec. 1ª) 16 noviembre 2020 (JUR 2021, 34767), SAP Barcelona (Sec. 10ª) 20 octubre 2020 (ARP 2021,95), SAP Las Palmas (Sec. 1ª) 20 septiembre 2020 (JUR 2020,275570); la SAP Tarragona (Sec. 4ª) 19 mayo 2015 (JUR 2015,234727) mantiene que “El Código Penal no puede estar al servicio de exclusivos intereses recuperatorios de la posesión de la cosa cuando el titular del derecho posesorio, “ius possidendi”, durante un período significativo de tiempo no lo ha ejercido en términos materiales y directos, sin perjuicio, obviamente, de las facultades de exclusión y de recuperación posesoria que le ofrecen el Código Civil y las leyes procesales”. La SAP Zaragoza (Sec 3ª) 22 julio 2013 (JUR 2013,281073) se señala que “La intervención penal solo puede quedar reservada —en los términos del precepto penal-, para los casos más graves. Esto es, para los casos en que la perturbación de la posesión tenga mayor significación”. En parecidos términos la SAP Badajoz (Sec. 1ª) 3 diciembre 2002 (ARP 2002,833).

58 RODRÍGUEZ MESA, A.: Necesidad de la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 5/2018, de desahucio exprés frente a los “okupas”. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/13081-necesidad-de-la-reforma-operada-en-la-ley-de-enjuiciamiento-civil-por-la-ley-5-2018-de-desahucio-expres-frente-a-los-laquo;okupasraquo;/> (Consultado el 25-03-2020) y MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, A.: “La ocupación ilegal”, cit., estiman que las ocupaciones que no reúnan los requisitos señalados por la STS 12 noviembre 2014, especialmente las ocasionales, sin intención de permanencia y con poca intensidad son las que podrán ser sancionadas por la vía administrativa por el art. 37.7 de la Ley 4/2015, de Protección de Seguridad Ciudadana, que considera infracción leve la ocupación de un

CP cuando el legítimo titular del derecho a poseer (propietario, arrendatario o usufructuario) en el momento de la ocupación no se encontraba ocupando el inmueble de manera material y directa (por ejemplo, por tratarse de una segunda residencia, o por tenerlo cerrado y desocupado, o por tenerlo en mal estado de conservación)⁵⁹. También ha llegado a negarse la existencia de un delito de usurpación cuando quien ha adquirido recientemente la propiedad del inmueble en subasta, dación en pago o compra no ha llegado a poseer físicamente la cosa antes de que esta fuera ocupada. Finalmente, tampoco se ha admitido la existencia de delito de usurpación en las ocupaciones ocasionales donde no existe vocación de permanencia o estas revisten escasa entidad⁶⁰. De este modo quedan fuera del Código Penal la mayoría de los casos de ocupación pacífica que más habitualmente se producen⁶¹. No obstante, otro sector jurisprudencial, que en cierto modo ha quedado desautorizado por la doctrina del Supremo, ha venido defendiendo la aplicación sin restricciones del delito de usurpación para las ocupaciones pacíficas de inmuebles⁶². Finalmente, el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 12 de

inmueble, vivienda o edificio ajeno o la permanencia en ellos, en ambos casos en contra de la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo cuando no sean constitutivos de infracción penal.

- 59 Así sucede con el AAP Barcelona (Sec. 6ª) 9 abril 2020 (JUR 2020,190448) en el que el SAREB presenta una denuncia por usurpación inmobiliaria ex art. 245.2 CP de un piso que nunca ha llegado a poseer. Manifestándose en el Auto que “No se ha justificado, ni siquiera indiciariamente, que la entidad apelante venga realizando un ejercicio efectivo de la titularidad dominical que ostenta que justifique la aplicación preferente de la vía penal sobre las vías interdictales de recuperación de la posesión”. No se admite la existencia del delito por falta de posesión en la SAP Barcelona (Sec.5ª) 25 noviembre 2020 (JUR 2021,46093), ni en la SAP Toledo (Sec.1ª) 16 noviembre 2020 (JUR 2021,34767) puesto que la entidad propietaria del inmueble no ha estado ejerciendo su derecho de posesión sobre la vivienda, al mantenerla en estado de abandono. También se deniega en el de las SSAP Toledo (Sec.1ª) 11 noviembre 2020 (JUR 2021,37003) y 11 septiembre 2020 (JUR 2020,301256) en la que se dice que “teniendo el propietario del inmueble ocupado la sociedad holding de inversiones no cotizada, la cual carece respecto del inmueble de una posesión socialmente manifiesta.
- 60 RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. J.: “Estudio jurisprudencial”, cit., p.203.
- 61 PERARNAU MOYA, J.: “Desalojo de ‘okupas’”, cit., p. 61.
- 62 En algunas sentencias, sin embargo, se mantiene una línea dura contra la ocupación al entenderse que el art. 245. 2 CP es aplicable siempre que se reúnan los requisitos objetivos y subjetivos del tipo penal, en base al principio de legalidad. Este es el caso de la SAP Barcelona (Sec. 10ª) 26 enero 2021 (JUR 2021, 113722) estima de aplicación del art. 245.2 sin restricciones. Por estimar que “la voluntad del legislador de dar respuesta jurídico penal al fenómeno sociológico de los denominados “okupas”, y para dar mayor protección a los propietarios de viviendas desocupadas que tienen que hacer frente a este tipo de situaciones [...] estimando que “no es función de los Tribunales de Justicia pronunciarse sobre la oportunidad o los motivos de política criminal por los que el legislador ha decidido tipificar determinadas conductas [...]. El delito de usurpación de inmuebles, introducido en el nuevo CP, en su modalidad no violenta del núm. 2 del art. 245, para dar cobertura penal específica a la ocupación de viviendas o edificios en contra de la voluntad de sus propietarios o poseedores, requiere para su comisión los siguientes elementos: a) La ocupación, sin violencia o intimidación, de un inmueble, vivienda o edificio que en ese momento no constituya morada de alguna persona, realizada con cierta vocación de permanencia. b) Que el realizador de esa ocupación carezca de título jurídico alguno que legitime esa posesión, pues en el caso de que inicialmente hubiera sido autorizado para ocupar el inmueble, aunque sea temporalmente o en calidad de precarista, el titular de la vivienda o edificio deberá acudir al ejercicio de las acciones civiles para recuperar su posesión. c) Que conste la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble, bien antes de producirse, bien después, lo que especifica este artículo al contemplar el mantenimiento en el edificio “contra la voluntad de su titular”. d) Que concurra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización o de la manifestación de la oposición del titular del edificio. Esta sección ya ha venido manteniendo esta postura en varias sentencias, como las 11 diciembre 202 (JUR 2021,76435), 26 noviembre (JUR 2021,49424) entre muchas otras. Esta tesis también es seguida por la SAP Badajoz (S. 3ª) 26 octubre 2020 (JUR 2020,341491), SAP Granada (Sec. 1ª) 8 mayo 2020 (JUR 2020, 299111), SAP Córdoba (Sec. 3ª) 9 marzo 2020 (JUR 2020,206303), SAP Zaragoza (Sec. 6ª) 12 marzo

noviembre de 2014 parece haber zanjado la cuestión al establecer que queda reservada la intervención penal para los casos más graves. Esta tesis ha sido acogida favorablemente por un sector de la doctrina⁶³.

2. La inoperante medida cautelar de desalojo de vivienda ocupada.

La preferencia en la utilización de la vía penal por los perjudicados por las ocupaciones ilegales de inmuebles ha sido motivada por la expectativa de una mayor celeridad en la resolución de su conflicto y una más pronta restitución del inmueble ocupado que por la vía civil. De ahí que frecuentemente se hayan presentado denuncias penales que no buscaban tanto el reproche penal sino la pronta restitución de la posesión⁶⁴. La vía penal del delito de usurpación pacífica de inmuebles ha sido utilizada con gran profusión habida cuenta de la tradicional insuficiencia de los procedimientos civiles para dar una respuesta rápida al fenómeno de la ocupación de viviendas que no son constitutivas de morada⁶⁵. No obstante, esta vía empieza a dejar de tener eficacia superior a la vía civil para la pronta recuperación de inmueble cuando el delito de usurpación pacífica de inmuebles sufre una degradación sobrevenida con la modificación del art. 13 CP (clasificación funcional de las infracciones punibles en graves, menos graves y leves) que tuvo lugar en 2015⁶⁶. Tras la reforma este delito pasó de menos grave a leve, lo que a su vez produjo varias consecuencias: en primer lugar, su plazo de prescripción se redujo a un año, por lo que muchos procedimientos por ocupaciones ilegales pendientes de enjuiciamiento tuvieron que archivers⁶⁷. En

2009 (JUR 2009,314307) establece que "En lo referido al principio de intervención mínima de las normas penales, que también se invoca, ha de tenerse en cuenta que el legislador ha querido sancionar penalmente la ocupación inmobiliaria sin violencia ni intimidación, respecto de inmuebles que no constituyan la morada del propietario, por lo que es evidente la exigencia de que éstas conductas deban ser castigadas, conforme al principio de legalidad, y ello sin perjuicio de la protección civil del derecho de propiedad, cuyos instrumentos previstos al efecto (procedimientos interdictales) permiten recuperar con rapidez la posesión invadida ilegítimamente, pero en modo alguno son de obligatoria utilización por el propietario del inmueble ocupado cuando, como es el caso, se ha producido la usurpación penalmente reprochable". Una de las más resoluciones más antiguas que mantiene esta tesis es la SAP Barcelona (Sec. 5ª) 16 enero 2003 (ARP 2003,61).

63 En la doctrina predomina la opinión de que la intervención del Derecho penal ha de quedar reservada para los casos más graves en los que la perturbación de la posesión tenga mayor significación. Esto deber ser así puesto que este derecho se inspira en los principios de proporcionalidad e intervención mínima y última ratio. Así se manifiestan MUÑOS DE DIOS SÁEZ, A.: "La ocupación ilegal", cit.; PERARNAU MOYA, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 61; RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. J.: "Estudio jurisprudencial", cit., p.195; RODRÍGUEZ MESA, A.: "Necesidad de la reforma", cit.

64 RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: "Una visión judicial", cit., estima que se trata de una petición cautelar que denomina incidental que recoge la "inmediata entrega de la posesión de la vivienda" que es precisamente el objeto de la pretensión principal, además estima que el escaso reproche legal del art. 245 CP sea la pretensión perseguida por los denunciantes.

65 IBARRA SÁNCHEZ, J. L.: "La reforma procesal", cit.

66 Esta reforma tuvo lugar mediante la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

67 MUÑOS DE DIOS SÁEZ, A.: "La ocupación ilegal", señala que esta situación de archivos trató de paliarse mediante la Circular 1/2015 la Fiscalía General del Estado por la que se dio instrucción a los fiscales de interesar la prosecución de la causa y la celebración de juicio en estos delitos leves, impidiéndose la posibilidad de solicitar la terminación anticipada del procedimiento y su archivo.

segundo lugar, como en los procedimientos por delito leve no hay investigación, empezaron las dificultades para obtener material probatorio, puesto que en estos procedimientos de apreciarse la existencia del delito de manera inmediata ha de convocarse el juicio⁶⁸. En realidad, en este tipo de procedimientos se produce un efecto “pescadilla que se muerde la cola” -si se me permite la licencia -, puesto que como no hay investigación no puede probarse en muchos casos la existencia del delito al mismo tiempo que la invocación que realiza la parte de que ha de investigarse el delito tampoco puede admitirse⁶⁹. Finalmente, la consecuencia más perjudicial de la “degradación” ha sido la gran dificultad para que en un procedimiento de estas características se admita como medida cautelar ex art. 13 LECrim el desalojo de los ocupantes antes de la celebración del juicio⁷⁰. También hay que tener en cuenta que la aplicación de este precepto exige que solicite por la parte perjudicada, con postulación integrada, es decir que comparezca al procedimiento con abogado y procurador⁷¹. En la práctica esta medida cautelar de desalojo anticipado no suele adoptarse de modo que el legítimo poseedor del inmueble no podrá obtener su restitución hasta la finalización del proceso judicial mediante sentencia firme condenatoria. En la doctrina se es consciente de que la aplicación de la medida cautelar pasa inexorablemente por elevar el delito de usurpación pacífica de inmuebles a la categoría de delito menos grave⁷². Desde la eficiente Comisión de Normativa del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona (ICAB) y del Consejo de Ilustres Colegios de Abogados de Catalunya (CICAC), que fue la que propuso la reforma de la LEC para incorporar un mecanismo ágil para la recuperación de posesión de viviendas ocupadas que dio lugar a la Ley 5/2018, se ha efectuado una nueva propuesta para posibilitar, ahora en el ámbito penal una medida que permita el desalojo cautelar en plazo máxima de 48 horas desde que se conozca la comisión de un delito del art. 245 CP. Para lo cual se

68 Así se establece en el AAP Barcelona (Sec. 6ª) 9 abril 2020 (JUR 2020,190448) que muestra su rechazo al empleo de la vía penal en todo caso para las ocupaciones de inmuebles: “El artículo 245.2 [...] lo hemos analizado en otras ocasiones, señalando que se trata de un precepto penal controvertido, bajo el ángulo de la política criminal, en la medida en que supone, para un sector relevante de la doctrina, la criminalización de una conducta a la que puede darse una respuesta menos invasiva a través de los distintos procesos civiles que permiten el desalojo, especialmente en una época en la que las desigualdades sociales son más patentes y la brecha respecto de los más desfavorecidos se va abriendo de modo perceptible. Así las cosas, tal situación de base y los términos en que se encuentra redactado el precepto hacen exigible un especial esfuerzo interpretativo”.

69 En el citado AAP Barcelona (Sec. 6ª) 9 abril 2020 (JUR 2020,190448) se dice que: “cabe señalar que en el procedimiento por delito leve no hay investigación, y de apreciarse la existencia del delito, de forma inmediata ha de convocarse el juicio. Así lo dispone el art. 962 y 963 de la Lecrim, siendo que el apartado 2º a) de este último establece los casos en que puede acordarse el sobreseimiento. Por tanto, la invocación a que ha de investigarse, que efectúa la parte en el recurso lo no puede aceptarse”.

70 PERARNAU MOYA, J.: “Desalojo de ‘okupas’”, cit., p. 62. Precisa IBARRA SÁNCHEZ, J. L.: “La reforma procesal”, cit., que esta medida cautelar queda totalmente al arbitrio del Juez de instrucción, de modo que este no está obligado a acordar el desalojo de los ocupantes aun cuando se le solicite esta medida a través del art. 13 Lecrim, por lo que el desalojo se deferirá -en su caso- hasta la firmeza de la sentencia.

71 BONET NAVARRO, J.: *Los juicios por desahucio*, Aranzadi, 5ª ed., Cizur Menor, 2021. Disponible en: <https://insignis.aranzadigital.es/> (Consultado el 24-04-2021). Además, señala este autor, que aun a pesar de instarse esta medida cautelar “siempre se estará a expensas de lo que decida el órgano jurisdiccional”.

72 PÉREZ DAUDI, V.: “La okupación”, cit., estima que la solución pasa por elevar el delito a la categoría de menos grave e incorporar medidas cautelares urgentes.

propone un incorporar a la Lecrim un nuevo art. 544 sexies y la modificación del art. 13 Lecrim⁷³.

Frente a esta situación del empeoramiento de la protección que garantizaba el art. 245.2 CP se ha publicado la Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles⁷⁴. Es de destacar que en la citada instrucción ya se señala como un importante número de casos dentro de ocupaciones se realiza dentro del fenómeno conocido como “delincuencia organizada”⁷⁵. Asimismo, en esta instrucción se hace especial hincapié en la adopción de la medida cautelar de desalojo del inmueble y su restitución al legítimo poseedor, tanto para los delitos de allanamiento de morada como en las dos modalidades de usurpación de inmuebles⁷⁶. Asimismo, se imparten instrucciones a los efectos de evitar el archivo de las actuaciones penales.

Otro cauce legal para luchas contra la ocupación de viviendas se encuentra en el art. 37.7 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (en adelante LOSC) que recoge como infracción leve “La ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos, en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de infracción penal [...]”⁷⁷. En la doctrina se ha dicho que este precepto de la LOSC tiene como finalidad castigar aquellas ocupaciones no constitutivas de ilícito penal que no tengan vocación de permanencia y que no afecten o lo hagan levemente al hecho posesorio al tiempo que se trata de un mecanismo que facilita la protección del orden público⁷⁸. No obstante, la LOSC tampoco permite la recuperación cautelar del inmueble ocupado, aún a pesar de que el art. 49 LOSC establece la posibilidad de adoptar medidas provisionales. En la práctica la policía solo procede a la detención y evita la consumación del delito flagrante, pero remiten a la vía judicial cuando la ocupación pacífica ya se ha llevado a término, especialmente cuando hay

73 El contenido de tales modificaciones, que excede el objeto de este trabajo, puede consultarse en PÉREZ DAUDI, V.: “La okupacion”, cit.

74 Publicada en el BOE núm. 255 de 25 de septiembre de 2020.

75 RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. J.: “Estudio jurisprudencial”, cit., p.193.

76 MUÑOS DE DIOS SÁEZ, A.: “La ocupación ilegal”, cit., añade que estas medidas cautelares se adoptan al amparo del art. 13 Lecrim. Pueden solicitarse desde el momento en que se tenga constancia de los hechos que den lugar a los delitos de allanamiento de morada o de usurpación. O durante la tramitación de cualquier procedimiento judicial o en la celebración del juicio oral por delito leve de usurpación, siempre que concurren los requisitos de *fumus bonis iuris*, *periculum in mora*, *periculum in mora* y proporcionalidad.

77 La Sentencia TC (Pleno) 13/2021, 28 enero 2021 (RTC 2021, 13) declara que el art. 37.7 no es inconstitucional siempre que se interprete en el sentido del Fundamento jurídico 2 d).

78 RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. J.: “Estudio jurisprudencial”, cit., p.199. Este autor también dice que el art. 37.7 LOSC ha generado una polémica sobre si ha producido la derogación tácita del delito de usurpación pacífica del art. 245.2 CP. Si bien se estima que el citado precepto del CP continúa vigente. Si bien contribuya a vaciar cada vez más el contenido del art. 245.2 CP.

indicios de que en la que en cierto modo ya se ha convertido en vivienda habitual de los ocupas conviven personas vulnerables⁷⁹.

Finalmente existen otros factores, que desaconsejan el empleo de la vía penal para la reclamación de las viviendas ocupadas sin violencia o intimidación, incluso en los casos de cierta gravedad: cuando existan dificultades probatorias que impidan que el procedimiento penal pueda tener éxito y, que por el contrario, termine en sobreseimiento⁸⁰. Así sucede cuando no pueden identificarse a los ocupantes contra los que se tiene que seguir el procedimiento penal; también cuando no puede acreditarse debidamente la permanencia o continuidad en la ocupación. Tampoco debería utilizarse la vía penal cuando la causa tuviera peligro de prescribir⁸¹. En este caso lo más adecuado sería el recurso al procedimiento del desahucio por precario del art. 250.1.2 LEC cuya aplicación ha sido ampliamente reconocida por la jurisprudencia para los casos de ocupación inconstitucional⁸². Otro peligro circunstancia que desaconseja el empleo de la vía penal, al menos con los ocupas sociales -aquellos que actúan por motivos estrictamente habitacionales- es la posibilidad de que el juez aplique como eximente el “estado de necesidad” ex art. 20.5° CP por determinados colectivos de personas como los “sin techo”⁸³. No

79 PÉREZ DAUDI, V.: “La okupación”, cit., añade que por ese motivo se hace necesario que el legislador español apruebe una norma en la que de manera objetiva se indique a partir de que plazo a partir de ocupación una vivienda se convierte en habitual para sus ocupantes. Señala también este autor que el plazo de 24 horas a partir de la ocupación para determinar su condición de vivienda habitual es un error puesto que no existe norma alguna que así lo establezca.

80 RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: “Una visión judicial”, cit.

81 La SAP Sevilla (Sec. 1ª) 19 septiembre 2018 (JUR 2019, 9301) recae en un mediático caso en la ciudad de Sevilla conocido con el nombre del caso de la Corrala Alegría, en el que unas familias ocupan unas viviendas vacías del centro de Sevilla en agosto de 2012. Tras ser desalojadas a las pocas semanas, sin embargo, no tuvieron juicio hasta marzo de 2016. En el interin entra en vigor la LO 10/1995 que produce la degradación del delito de usurpación a delito leve. En consecuencia, el Tribunal tiene que aplicar la nueva norma por ser más favorable al reo reconoce que “existirían esos lapsus temporales de más del año previsto por el art. 131 del CP como plazo de prescripción para los delitos leves como el que ha sido condenado finalmente en esta causa” por lo que absuelve a los acusados del delito leve de usurpación.

82 En la jurisprudencia se admite la aplicación del desahucio por precario en el caso de las ocupaciones ilegales de inmuebles. Se parte para ello del concepto amplio de precario que está plenamente admitido por las SSTs 4 noviembre 2020 (RJ 2020,4574) y 1 marzo 2021 (RJ 2021,83148) que siguen una consolidada línea jurisprudencial. Para esta última existe el precario: (i) cuando hay una situación de tolerancia sin título; (ii) cuando sobreviene un cambio de la causa por cesar la vigencia del contrato antes existente, (iii) o incluso la posesión gratuita sin título y sin la voluntad del propietario”. En la mayoría de las Audiencias Provinciales se admite el desahucio por precario para poner fin a las ocupaciones ilegales. Entre muchísimas otras la SAP Barcelona (Sec. 13ª) 14 diciembre 2020 (JUR 2021,5343) y la SAP Madrid (Sec.9ª) 10 septiembre 2020 (JUR 2021,778) que estima suficiente para la procedencia del desahucio por precario que una vivienda esté ocupada “sin título alguno y sin pagar ningún tipo de contraprestación, esto es, en situación de precario”. En la doctrina se apoya prácticamente sin fisuras la concepción amplia del precario que permite la aplicación del desahucio por precario a las ocupaciones ilegales de inmuebles. Así, BASTANTE GRANELL, V.: “Ocupación ilegal”, cit.; BONET NAVARRO, J.: “Il especialidades en función de una particular relación entre título y poseedor”, en *Los juicios por desahucio*, cit.; IBARRA SÁNCHEZ, J. L.: “La reforma procesal” critica la manifestación del legislador en el preámbulo de la Ley 5/2018; PERARNAU MOYA, J.: “Desalojo de ‘okupas’”, cit., p. 66.

83 HERRANZ CASTILLO, R.: “Desobediencia civil”, cit., dice que existe un estado de necesidad como causa de justificación (art. 20.5° CP) y “por tanto, hay excepciones, previstas en el orden jurídico, a la prescripción contenida en el art. 245.2. CP. Cuando se produce colisión de bienes jurídicos no existe obligación de sacrificar uno de ellos en beneficio del otro [...] La causa de justificación de “estado de necesidad” puede darse, en la práctica, allí donde la entrada, ocupación, y uso de una vivienda vacía se deba a circunstancias de falta absoluta de techo, carencia de vivienda para alojarse y dormir”. Se ha estimado el estado de necesidad

obstante, en este caso aun cuando se absuelve a los denunciados de la comisión del delito de usurpación de bienes igualmente se les obliga a desalojar la vivienda.

IV. EL DESALOJO EXPRES COMO ALTERNATIVA A LA VIA PENAL.

La reforma realizada por la Ley 5/2018 supone la creación, por fin, de un procedimiento rápido, ágil y efectivo para poder recuperar las viviendas ilegalmente ocupadas⁸⁴. Es de destacar la manifestación del legislador en el Preámbulo de la Ley 5/2018 al decir que el Derecho penal, como última ratio, no comporta ni puede comportar una solución general que trascienda o sustituya los mecanismos civiles para la tutela de los derechos posesorios. Lo anterior supone un respaldo al sector partidario de la aplicación del delito de usurpación pacífica de inmuebles sólo en los casos muy graves.

A grandes rasgos, la Ley 5/2018 ha modificado ha adecuado y actualizado el tradicional interdicto de recobrar la posesión” con el fin de lograr la pronta recuperación de la posesión de una vivienda de la que el demandante ha sido ilegalmente despojado (con violencia sobre la cosa misma o de manera clandestina)⁸⁵.

A este efecto la reforma provocada por la conocida como ley antiokupación es todo un acierto. Para lo cual se ha añadido un segundo párrafo al art. 250.I.4 LEC y además ha modificado los arts. 150, 437, 441 y 444 que afectan al procedimiento de la tutela sumaria interdictal⁸⁶. La principal medida ha sido la de instaurar un incidente en el inicio del proceso el momento en el que el Juez tiene que determinar si los okupas tienen título suficiente para continuar ocupando la vivienda (art. 441.I bis II)⁸⁷. En el caso de no se presente título alguno, o que el presentado sea de

de los ocupantes ilegales de vivienda en la SAP Barcelona (Sec.7ª) 23 octubre 2020 (JUR 2021,50591), SAP Madrid (Sec. 3ª) 23 marzo 2016 (JUR 2016, 114528) y en la SAP Madrid (Sec. 17ª) 17 octubre 2014 (JUR 2014,297608) en este caso los acusados no tienen recursos económicos, tienen dos hijos y la madre está embarazada de un tercero. No saben leer ni escribir, encontrándose muy limitados a la hora de acceder a un trabajo. Los niños están escolarizados y han conseguido beca de comedor.

84 PERARNAU MOYA, J.: “Desalojo de ‘okupas’”, cit., p. 68.

85 HINOJOSA SEGOVIA, R.: “La defensa de los derechos de los titulares legítimos frente a las ocupaciones ilegales”, *Notario del siglo XXV*, núm. 80, julio-agosto 2018. Disponible en: <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-80/opinion/opinion/8787-la-defensa-de-los-derechos-de-los-titulares-legitimos-frente-a-las-ocupaciones-ilegales>. (Consultado: 14-04-2021), estima que la reforma operada por la Ley 5/2018, se centra en medidas de carácter procesal civil referentes al tradicional interdicto de recobrar la posesión que ha sido adecuado y actualizado. IBARRA SÁNCHEZ, J.L.: “La reforma procesal”, cit., estima que se trata de una remodelación sustancial del juicio verbal sumario de tutela sumaria de la protección ex art. 250.I.4ª, el antiguo interdicto de recobrar la posesión.

86 La Ley 5/2018 también ha añadido un nuevo apartado 4 al art. 150; modifica el numeral 4º del apartado I del art. 250 LEC; adiciona un nuevo apartado 3 bis al art. 437; añade un nuevo apartado I bis al art. 441 y, finalmente, incluye un nuevo apartado I bis al art. 444.

87 RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: “Una visión judicial”, cit.; estima que se trata de una petición cautelar que denomina incidental que recoge la “inmediata entrega de la posesión de la vivienda” que es precisamente el objeto de la pretensión principal. Constituye un trámite incidental, en primer lugar, porque sólo puede tener lugar si se solicita por el actor. Además, el plazo de 5 días para aportar el demandado el título es distinto de los 10 previstos en el art. 438.I LEC para contestar a la demanda. Finalmente, en el art. 441.I

peor condición que el que ha acompañado al demandante, el juez decretará la entrega inmediata de la posesión de la vivienda al actor, que no hay que olvidar que es la pretensión principal de la demanda que ahora se anticipa con la nueva regulación. De este modo se evidencia que es más eficiente para el propietario o legítimo poseedor de una vivienda que ha sido ocupada pacíficamente acudir a la vía civil que a la penal. En la parte negativa de este procedimiento está el que solo puede utilizarse en viviendas y que los legitimados activos se reducen "las personas físicas que sean propietarias o poseedoras legítimas por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social" (art. 250.1.4 LEC). Así pues, el legislador ha dejado fuera de este procedimiento, y sin duda con toda la intención, a los mayores afectados y perjudicados por las ocupaciones ilegales de inmuebles, los bancos y otras entidades⁸⁸. Estos quedan abocados a seguir utilizando los antiguos procedimientos para poder obtener, en meses o años, el desalojo de los que han ocupado ilegalmente sus inmuebles o aventurarse en la incierta aventura de presentar un procedimiento penal ex art. 245.2 CP.

La doctrina desaconseja la vía penal en el caso de las usurpaciones pacíficas de inmuebles, reservándose esta para los allanamientos de morada o usurpaciones violentas de inmuebles. En las ocupaciones pacíficas de inmuebles el factor rapidez propio del procedimiento penal ya no compensa habida cuenta de la alta probabilidad de no obtener una sentencia condenatoria que a su vez comporta el tener que iniciar otro procedimiento de naturaleza civil. Los elementos necesarios para que concurra el delito del 245.2 CP son tan exigentes que la vía penal se ha convertido en un inconveniente: su escasa penalidad y la falta de la fase de instrucción por tratarse de un delito leve no solo dificulta sino que impide la obtención de las pruebas necesarias para la condena e incluso la obtención de la identidad de los okupas⁸⁹.

En consecuencia, la vía penal ha de quedar restringida a los supuestos de allanamiento de morada en los que se ocupa una vivienda realmente habitada por su titular, o cuando la ocupación de cualquier inmueble sea violenta contra las personas, la vía penal es la adecuada⁹⁰. Fuera de estos casos, es decir, cuando se

bis II LEC así lo considera al indicar que "contra el auto que decida sobre el incidente no cabrá recurso alguno...". Por su contenido se trata de un incidente de naturaleza cautelar, puesto que anticipa una parte del fallo mediante la entrega inmediata de la posesión.

88 PERARNAU MOYA, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 68.

89 BONET NAVARRO, J.: *Los juicios por desahucio*. 5ª Ed, Aranzadi, Cizur Menor, 2021. Disponible en: <https://insignis.aranzadigital.es/> (Consultado el 24-04-2021). Este autor en el Capítulo III de esta obra "Especialidades procesales por motivos diversos: desahucios por precario, de vivienda okupada, y arbitral", también dice que no es aconsejable la vía del art. 245.2 CP puesto que los cuerpos y fuerzas de seguridad no actúan para restituir la situación posesoria previa, ni aun cuando es patente la ocupación y la intención de permanencia.

90 En el Preámbulo de la Ley 5/2018, de 11 de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas ya se advierte que el recurso a la vía penal por la vía del delito de usurpación ha de constituir la "última ratio" puesto que no puede comportar una solución general que sustituya a los mecanismos civiles para la tutela de los derechos posesorios.

ocupan pacíficamente viviendas cerradas y desocupadas, o locales, la vía penal es totalmente desaconsejable y debemos acudir a la vía civil⁹¹. En la vía civil la posesión para ser protegida no requiere que el propietario o el legítimo poseedor tenga la posesión material sobre la cosa, en consecuencia, es protegible el señorío sobre la cosa en que la posesión consiste por cualesquiera de las vías civiles de tutela de la posesión o mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria⁹².

91 PERARNAU MOYA, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 62.

92 BASTANTE GRANELL, V.: "Ocupación ilegal de viviendas: la necesaria delimitación jurídico-social de los sujetos "ocupa" y "ocupado"". *Revista de Derecho Patrimonial*, num. 47/2018. Disponible en: <https://insignis.aranzadigital.es/> (Consultado el 19-04-2021), estima que las viviendas vacías, como las que tienen los bancos o los particulares como segundas residencias o como inversión son supuestos de posesión mediata o espiritual. En estos casos aun a pesar de que no se tenga la posesión material sobre las mismas, sino espiritual, el dueño o título de un derecho real sobre la finca tiene la presunción de posesión sobre la misma que deriva del art. 38 LH [principio de legitimación registral].

BIBLIOGRAFÍA

BASTANTE GRANELL, V.: “Ocupación ilegal de viviendas: la necesaria delimitación jurídico-social de los sujetos “ocupa” y “ocupado””. *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 47/2018.

BAUCELLS I LLADÓS, J.: *La ocupación de inmuebles en el código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia 1998.

BARBER BURUSCO, S.: “La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales vol. V parte Comentario*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999.

BONET NAVARRO, J.: *Los juicios por desahucio*, Aranzadi, 5ª ed., Cizur Menor, 2021.

GALLEGO SOLER, J. I.: “Comentario del art. 245 CP” en: AA.VV.: *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 17/2015 y LO 2/2015* (dirs. M. CORCOY BIDASOLO y S. MIR PUIG; coord J. B. VERA SÁNCHEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

GENER, A. y GONZÁLEZ, E.: “Diálogo social tripartito en la nueva Ley de Vivienda”, *El País*, 18 de marzo 2021.

HERRANZ CASTILLO, R.: “Desobediencia civil, ocupación y derecho a la vivienda”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 435, 2000.

HINOJOSA SEGOVIA, R.: “La defensa de los derechos de los titulares legítimos frente a las ocupaciones ilegales”, *Notario del siglo XXV*, núm. 80, julio-agosto 2018.

IBARRA SÁNCHEZ, J. L.: “La reforma procesal de la Ley 5/2018, de 11 de junio: la nueva tutela sumaria de la posesión de viviendas del artículo 250.1.4º LEC y el desalojo cautelar inmediato de los ocupantes”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2018.

MUÑOS DE DIOS SÁEZ, A.: “La ocupación ilegal de inmuebles, una visión desde el Derecho penal”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 93, septiembre-octubre 2020.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal Parte Especial*, 22ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

MUÑOZ CUESTA, F. J.: “Delito de usurpación por ocupación de finca militar con finalidad reivindicativa”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 900/2015.

NAVARRO MASSIP, J.: “La insoportable levedad de la ocupación”, *El notario del Siglo XXI*, núm. 93, septiembre-octubre 2020.

PERARNAU MOYA, J.: “Desalojo de ‘okupas’”, *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 5. Desahucios y arrendamientos, mayo 2019.

PÉREZ DAUDÍ, V.: “La okupación de bienes inmuebles y la protección efectiva del poseedor legítimo”, *Diario La Ley*, núm. 10716, 2020.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: “Una visión judicial del “interdicto de recobrar la posesión” de la Ley 5/2018 frente a la ocupación ilegal de vivienda”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2018.

RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. J.: “Estudio jurisprudencial de las cuestiones más controvertidas en relación con el delito de usurpación del art. 245 CP”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 132, III, Época II, diciembre 2020.

RODRÍGUEZ MESA, A.: “Necesidad de la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 5/2018, de desahucio exprés frente a los okupas”.