

## **Cristina Giralt Padilla**

Juez Sustituta adscrita Audiencia Provincial de Tarragona. Socia FICP.

~ **El delito de usurpación de bienes inmuebles del artículo 245.2 Código Penal. Incidencia de la reforma operada por LO 1/2015 de 30 de marzo** ~

### **I. Planteamiento de la cuestión**

El derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada viene reconocido en el art. 46 Constitución Española como principio rector de la política social y económica, por lo que incumbe al poder público promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo tal derecho.

La ubicación sistemática de dicho precepto en la Constitución impide reconocerle carácter de derecho fundamental. Sin embargo, como apuntan algunos autores<sup>1</sup>, la no fundamentalidad de determinados derechos sociales no debería conceptuarlos como meras declaraciones de intenciones, vacías de contenido y sin verdadera protección constitucional. De este modo, este derecho social reconocido por la norma suprema implica la necesidad de crear una estructura que incluya obligaciones, tanto positivas como negativas, del poder público en orden a garantizar su pleno desarrollo y, en particular, el derecho a la no injerencia y al uso pacífico de la vivienda.

La situación de crisis económica que atraviesa nuestra sociedad actual ha supuesto que, en ocasiones y amparándose en ese derecho a acceder a una vivienda digna, se pretendan justificar determinadas conductas que atentan contra otros derechos reconocidos constitucionalmente, como el derecho a la propiedad privada (art. 33 CE) si bien, en realidad, ambos derechos no son opuestos, sino que deben complementarse y conjugarse entre sí, analizando las situaciones y los distintos intereses en conflicto, para determinar si concretas conductas pueden suponer un ataque ilegítimo e injustificado a las facultades dominicales o, por el contrario, debe prevalecer el interés público y social. En este sentido, el actual contexto económico y la alarma social generada por la precariedad económica que sufren muchas familias que les impide ese acceso a la vivienda que propugna la Constitución, ha llevado a la opinión pública a una confusión de conceptos e intereses, de tal forma que algunos pretenden que Jueces y Tribunales den una respuesta unitaria y mediante los mismos mecanismos legales a situaciones que

---

<sup>1</sup> HERNÁNDEZ GARCÍA, J, La Protección constitucional de la vivienda y su proyección penal: especial referencia a los fenómenos okupa y mobbing inmobiliario, Cuadernos de Derecho Judicial CGPJ. Derecho y vivienda X-2005, pp. 17-18.

nada tienen que ver entre sí, sin olvidar además, que tal y como establece el art. 3 del Código civil, en la interpretación de las normas debe atenderse, entre otros, al criterio de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad.

En nuestro ordenamiento jurídico, el reconocimiento del derecho a la propiedad y las facultades que de ésta se derivan, gozan de un amplio marco de protección, de tal modo que la finalidad de esta comunicación es determinar la naturaleza de las acciones que pueden vulnerar tal derecho y, en particular, las relativas a la ocupación de bienes inmuebles, distinguiendo aquellas conductas que constituyen únicamente un ilícito civil de las que pueden constituir infracción criminal, así como las acciones que pueden ejercitarse para garantizar el libre y pacífico disfrute de ese derecho.

En este sentido, como se analizará seguidamente, el derecho a la propiedad y las distintas facultades que la integran vienen garantizados por el ordenamiento civil y, por otro lado, el Derecho Penal también regula una serie de conductas que se consideran vulneradoras de los derechos sobre el patrimonio inmobiliario, elevando así el interés necesitado de protección a la categoría de bien jurídico, si bien en relación a los ataques más graves y cuando las demás ramas del Ordenamiento jurídico se muestran insuficientes para dar una respuesta efectiva y necesaria, dado el carácter fragmentario y los principios de subsidiariedad y de *ultima ratio* que inspiran el Derecho Penal. De este modo, no cualquier perturbación posesoria puede justificar la puesta en marcha de los mecanismos penales de protección sino que, en determinadas situaciones, deberá acudir al auxilio judicial a través del ejercicio de acciones civiles.

Así las cosas, el objeto de estudio es el delito de usurpación de bienes inmuebles que la doctrina y la jurisprudencia actuales califican como ocupación “no violenta o pacífica” y que viene regulado en el artículo 245.2 CP, que castiga al 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”.

Asimismo y dado que en la actualidad la ocupación de inmuebles se ha convertido en una de las conductas más denunciadas, procede en primer lugar analizar los antecedentes históricos de política criminal que motivaron la inclusión de esta conducta en el Código Penal, así como la evolución posterior, pues los cambios sociales han motivado que el precepto penal se aplique a nuevas situaciones surgidas a raíz de la crisis económica. Por otro lado, será necesario analizar cuál es el bien jurídico protegido

en este tipo penal, entendiendo que tal consideración actúa como límite del *ius puniendi* del Estado, de tal modo que no toda alteración perjudicial para un bien es necesariamente relevante para el Derecho Penal, sino sólo aquella que integre una vulneración del significado jurídico de la norma de protección. Por último, se pretende introducir algunas cuestiones relativas a la incidencia que ha tenido la última reforma del Código Penal operada por LO 1/15 de 30 de marzo, que ha convertido el delito previsto en el art. 245.2 CP en un delito leve, con las consecuencias procesales que de ello se derivan.

## **II. Movimiento okupa y la evolución del fenómeno de ocupación de inmuebles en el actual contexto socioeconómico.**

El citado artículo 245.2 fue introducido en nuestro Código Penal de 1995, siendo destacable que, en toda la historia de la codificación española, únicamente se había criminalizado la usurpación no violenta en el Código Penal de la dictadura de Primo de Rivera de 1928. La tipificación de esta conducta surgió en el Código Penal actual frente al movimiento okupa que, desde comienzos de los años 80, habían empezado a introducirse en nuestro país.

El fenómeno okupa tiene su origen en el Reino Unido en la década de los años 60 del siglo XX, cuando grupos de jóvenes (squatters) disconformes con los valores y estructuras de la sociedad capitalista, empezaron a establecerse de forma permanente en edificios y viviendas que no eran utilizadas por sus propietarios, si bien más tarde se propagó también a otros espacios urbanos en desuso o abandonados, e incluso a fincas rústicas. A finales de esa década y principios de los 70, el fenómeno se extendió por todo el continente europeo (Berlín, Friburg y Ámsterdam, entre otras ciudades).

En España, las primeras ocupaciones de carácter reivindicativo tienen lugar a partir de 1980 y se desarrollan en las grandes ciudades como Madrid, Barcelona, Bilbao o Valencia. Se trataba, en la mayoría de supuestos, de ocupaciones de bienes inmuebles que habían sido abandonados por sus propietarios, respondiendo dicho abandono en muchos casos a fines especulativos, de tal forma que los integrantes del movimiento okupa pretendían reivindicar un acceso a la vivienda frente a la política oficial, no sólo para satisfacer las necesidades básicas de tipo habitacional, sino también para contar con espacios colectivos donde desarrollar actividades y proyectos sociales en favor de la

comunidad. Ello dio lugar, en algunos casos, a enfrentamientos entre la policía y los okupas, que tuvieron fuerte repercusión social.

De ahí que el movimiento tuvo en su inicio un marcado carácter ideológico y político, aunque en nuestro país la fase de implantación del fenómeno coincidió también con una época de crisis económica, debido a la reconversión industrial, con un aumento del paro juvenil y la adaptación de nuestras estructuras socio económicas a la adhesión a la Comunidad Económica Europea.

Es en ese marco social se introdujo en el Código Penal de 1995 el apartado 2º del art. 245, como delito de ocupación no violenta de un inmueble que no constituyera morada, sin la autorización debida. No obstante, ya desde su promulgación, una corriente doctrinal muy extendida consideraba improcedente, desde un punto de vista político-criminal, la tipificación de estas conductas<sup>2</sup>, en virtud de los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de fragmentariedad y *ultima ratio* del Derecho Penal, de proporcionalidad y necesidad de pena<sup>3</sup>.

Las distintas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales a que se ha visto sometido el precepto son claro indicador de la dificultad que existe, tanto para identificar los elementos integradores del tipo, como el propio ámbito de protección de la norma, y ello puede conllevar a que los órganos judiciales lleguen a destipificar o dejar vacío de contenido el precepto, lo que no sería asumible en un Estado social y democrático de derecho que propugna, entre otros principios básicos, la separación de poderes.

A modo de ejemplo, aun cuando en la actualidad se admite de forma general la contraposición de las conductas recogidas en los dos apartados del artículo 245 en base a la concurrencia o no de violencia o intimidación, lo cierto es que en un principio algún autor había defendido la tesis de que, en realidad, en ambos casos lo que se castigaba exclusivamente era la usurpación violenta, pues sólo así podía salvarse la posible inconstitucionalidad del precepto penal, de tal modo que la diferencia entre

---

<sup>2</sup> SERRANO PIEDECASAS, La usurpación (Título XIII Cap. V CP). Cuadernos de Derecho Judicial CGPJ XIII-2004, p. 413; MUÑOZ CONDE, Derecho Penal Parte Especial, 13ª ed., Valencia. 2015, p. 398; QUINTERO OLIVARES, Comentarios a la Parte Especial del Código Penal, Navarra, Editorial Elcano, 2002, p. 660; PÉREZ MANZANO, Compendio de Derecho Penal. Parte Especial, Vol. II Madrid, 1998, p. 433; LA MARCA/ESCAMILLA/MESTRE/GORDILLO, Manual de Derecho Penal, Madrid, 2001, p. 259; BAZA DE LA FUENTE, El delito de usurpación no violenta en los Proyectos del Código Penal de 1992 y 1994, Cuadernos de Política Criminal, 1995, p. 912.

<sup>3</sup> BAUCCELLS LLADOS, J, La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995, Valencia, Tirant lo Blanch., 1997, pp. 81-114.

ambas conductas estribaría únicamente en el objeto sobre el que recaer (bien inmueble y derecho real inmobiliario *versus* inmueble, vivienda o edificio ajeno que no constituya morada)<sup>4</sup>. Sin embargo, en la actualidad el término “ocupación pacífica” se encuentra plenamente admitido, tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia, precisamente para distinguir la conducta del apartado 2º del artículo 245 de la ocupación empleando violencia o intimidación en las personas que se castiga en el apartado 1º.

Sentado lo anterior debe señalarse que, pese a que ese delito nació con la intención de dar respuesta a las conductas de determinados colectivos específicos que defendían una ideología y reivindicaban la función social de la propiedad ocupando inmuebles abandonados por sus propietarios, lo cierto es que el actual contexto socioeconómico ha hecho surgir nuevas situaciones que poco tienen en común con aquel movimiento okupa inicial. Así, en la actualidad, la llamada “burbuja inmobiliaria” y la pérdida generalizada de empleos que dejó a muchas familias en una situación de grave precariedad económica, impidiendo que pudieran hacer frente a los préstamos hipotecarios que gravaban sus viviendas, desembocó en infinidad de procedimientos de ejecución hipotecaria, lo que dio lugar al desalojo forzoso de esas personas y a la adjudicación de dichos inmuebles a las entidades bancarias, si bien la inmensa mayoría de esos inmuebles permanecen desocupados, precisamente porque pocas son las personas que pueden acceder al mercado inmobiliario.

Ello ha dado lugar a movilizaciones sociales y a la aparición de organizaciones en protección del derecho a la vivienda (como la Plataforma Stop Desahucios, o la Plataforma de Afectados por la Hipoteca) y también a la proliferación de ocupaciones ilegales de aquellos inmuebles que, en estos momentos, conforman el activo patrimonial de las entidades crediticias, por parte de familias desahuciadas sin recursos económicos que encuentran en esos pisos vacíos y abandonados una salida a su dramática situación.

No obstante, ni todas las ocupaciones tienen su origen en esa situación, ni tampoco todas tienen por objeto inmuebles desocupados cuyos titulares son las entidades bancarias, o incluso entidades expresamente constituidas para la gestión de activos procedentes de la reestructuración bancaria (SAREB), sino que se advierte una generalización de esta conducta también respecto a bienes inmuebles de particulares que se ven perturbados gravemente en sus derechos dominicales. Es decir que, partiendo de que no se puede acceder a una vivienda digna debido a las dificultades económicas, se

---

<sup>4</sup>BAUCELLS LLADOS, J. La ocupación de inmuebles..., 1997, pp. 132-148.

ocupan bienes inmuebles de terceras personas. En muchos casos, estas ocupaciones generan además graves conflictos vecinales, pues los ocupantes llevan a cabo conexiones indebidas en las redes de suministros con cargo a la comunidad, o producen daños en las viviendas colindantes. Incluso, recientemente, se ha detectado la existencia de redes organizadas que han hecho de la ocupación un negocio, pues acceden por la fuerza a viviendas desocupadas, cambian las cerraduras y entregan las llaves a terceros para que las habiten, a cambio de un precio, ya sea abonado de forma puntual o con carácter periódico, sin tener ningún título que les ampare, de modo que no sólo usurpan los derechos de los legítimos poseedores de los inmuebles, sino que se aprovechan de la precariedad y de las dificultades económicas de otras personas, cobrándoles un “alquiler” por una vivienda sobre la que no ostentan derecho alguno<sup>5</sup>.

En este contexto social, las estadísticas muestran que las denuncias por ocupación de inmuebles siguen aumentando en los últimos años. Según los datos de la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2015, el número de incoaciones de procedimientos penales por este delito pasó de 12.569 a 24.164 en 2014, lo que supone un incremento del 92%, rompiendo así una tendencia de crecimiento sostenido en torno al 20% anual en los ejercicios anteriores.

Lo anterior indica arroja sobre luz sobre la magnitud del problema de tal forma que, amparándose en el derecho a disfrutar de una vivienda, no cabe admitir la impunidad de conductas que atenten de manera generalizada contra las facultades posesorias ejercidas de forma efectiva por sus legítimos titulares.

De este modo, puede concluirse que la “ocupación” ilegítima de bienes inmuebles, como conducta constitutiva de infracción penal, ha sufrido una evolución debido al contexto socio económico actual, pues los supuestos a los que diariamente se enfrentan los órganos judiciales tienen un perfil totalmente distinto a aquél en el que se amparó la inclusión de la norma penal, tanto en relación a los propios sujetos activos y pasivos, como a la conducta en sí misma, su motivación y la afectación del bien jurídico necesitado de protección. De ahí que el ejercicio de la función jurisdiccional implica, en estos caso, analizar y ponderar las distintas situaciones que se plantean en la práctica,

---

<sup>5</sup>Este fenómeno que se conoce como “pisos patadas” y consiste en que los asaltantes se hacen con la vivienda para cobrar un alquiler a nuevos inquilinos, o es utilizada para fines ilícitos como el tráfico de drogas, se ha constatado en varias poblaciones creando alarma social, hasta el punto que los Ayuntamientos han solicitado ayuda a los operadores jurídicos (policía, Jueces) a fin de que no se archiven las denuncias sin investigar las conductas. (Diario La Vanguardia, 6 de febrero de 2016).

evitando impunidades inadmisibles que puedan generar una expansión y proliferación de conductas delictivas, pero sin obviar el estado de emergencia habitacional en el que se hallan ciertos sectores de la sociedad, distinguiendo así entre lo que puede ser constitutivo de un ilícito civil –para el que el ordenamiento jurídico prevé mecanismos y procedimientos específicos en orden a restituir a los titulares en el libre y pacífico goce de sus derechos- o, por el contrario, de un ilícito penal.

### **III. El delito de ocupación “no violenta” del artículo 245.2 CP. Bien jurídico protegido y elementos que lo conforman.**

#### **1. Bien jurídico protegido.**

Tal y como expresan algunos autores, antes de la introducción del delito del art. 245.2 CP, en el antiguo Código Penal (art. 517) el bien jurídico protegido era la propiedad privada, pues su propia ubicación en el Título dedicado a los “delitos contra la propiedad” así lo indicaba. Sin embargo, no sólo la nueva rúbrica del título (“de los delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico”) ha supuesto que se cuestione la propiedad estricta como bien jurídico exclusivamente relevante, sino que de defender tal tesis, quedarían impunes las perturbaciones de la posesión y de cualquier otro derecho real distinto de la propiedad<sup>6</sup>.

En el ámbito jurisprudencial, algunas Audiencias Provinciales han analizado esta cuestión, entendiendo que el bien jurídico protegido es el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, es decir, el patrimonio inmobiliario, si bien éste debe protegerse frente a los ataques más graves que reciba, atendiendo a los principios de intervención mínima y *ultima ratio*, que implica que el Derecho penal debe intervenir sólo cuando para la protección de los bienes jurídicos merecedores de protección se han puesto en práctica medidas de otras ramas del ordenamiento que han resultado insuficientes o ineficaces<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> HUERTA TOCILDO, S. La protección penal del patrimonio inmobiliario, Madrid, Civitas, 1980, p. 74; MUÑOZ CONDE, F. Derecho penal. Parte Especial..., 1993, p. 207; BAUCCELLS LLADOS, La ocupación de inmuebles..., 1997, p. 119.

<sup>7</sup>Entre otras, cabe citar las siguientes resoluciones:

1) SAP Álava de 6 de febrero de 2006 (ROJ SAP VI 148/2006 Pnte. MADARIA AZCOITIA): “...Se trata de evitar el despojo de dichos bienes respecto del propietario o poseedor de los mismos, debiendo entenderse este despojo, si no como definitivo, sí durante un tiempo prolongado en el cual el titular venga o esté impedido para el ejercicio de sus derechos sobre el bien inmueble, y no una mera estancia limitada, y ello dado el carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal...”;

En este sentido, no cabe obviar que el ordenamiento civil prevé específicas medidas para la tutela de un patrimonio inmobiliario, otorgando una amplia protección tanto a los propietarios como a los poseedores de esos bienes. Así., las acciones posesorias (art. 250.1. 4º LEC); el procedimiento de desahucio por precario (art. 250.1. 2º LEC); la acción reconocida a los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad (art. 250.1. 7º LEC), la acción reivindicatoria, la acción declarativa de dominio o la acción negatoria. Además, en algunos casos se trata de procedimientos que se tramitan por el cauce del juicio verbal especial, ideado para la tutela sumaria de la posesión de una cosa o derecho inmobiliario y que se puede ejercitar por aquella persona que haya sido despojada de su posesión o perturbado en su disfrute, siendo en la mayoría de las ocasiones un trámite procesal rápido y sencillo, mediante el cual puede procederse al lanzamiento de quienes estén ocupando el bien inmueble.

Todo ello ha llevado a la mayoría de Audiencias a considerar que la aplicación de la norma penal debe ser restrictiva actuando, como se ha dicho, únicamente frente a los ataques más graves y relevantes, lo que lleva a plantearse si la protección se extiende a la titularidad dominical en sentido estricto, o en cambio, a la posesión pacífica de un inmueble por quien ejerce un derecho al uso y disfrute efectivo sobre el bien, que se ve perturbado por la conducta ilícita. De ahí que, deben distinguirse aquellos supuestos en que el titular dominical abandona el ejercicio efectivo de la posesión del inmueble - siendo éste un abandono fáctico que no jurídico-, no considerándose en ese caso bien necesitado de protección penal, pues el titular no está obteniendo una utilidad derivada de su derecho de propiedad (goce de la cosa y aprovechamiento de sus frutos y rentas), de tal modo que en estos casos la protección civil es suficiente para poner fin, en su caso, a los actos que perturben la propiedad, pero no cabe admitir que en esos supuestos la ocupación pueda dar lugar a una conducta de relevancia penal, dado que no se priva

---

2) SAP La Rioja de 15 de febrero de 2006 (ROJ SAP LO 90/006 Pnte. RODRIGUEZ FERANDEZ): *“...No obstante esta Sala comparte las afirmaciones del juzgador en el sentido de que el tipo del artículo 245.2 del Código Penal, que a diferencia del básico del párrafo primero de dicho artículo no requiere violencia o intimidación, ha sido examinado por las diversas Audiencias Provinciales, partiendo del propósito que inspiró al legislador que procedió a su introducción en el Código Penal de 1995, que no fue otro que el de salir al paso de actuaciones que venían extendiéndose bajo la denominación conocida de “okupas” y con objeto de dotar de una mayor protección, no sólo civil a través de las acciones interdictales, sino también penal, al derecho de propiedad e incluso de posesión de bienes inmuebles; siendo reiteradas las resoluciones que vienen declarando que dicha intervención penal sobrevenida obliga a los Tribunales a una interpretación rigurosa del precepto, esto es, a una interpretación que, acorde con los principios básicos que informan al Estado social y democrático de derecho definido constitucionalmente, permita establecer el límite que separa el ámbito de protección del procedimiento civil y del precepto penal, como bien argumenta la SAP Gerona de 24 de febrero de 1998...”*

de forma inmediata y grave los derechos posesorios, habiendo sido éstos abandonados o no ejercidos durante un período de tiempo prolongado por el titular legítimo.

Teniendo en cuenta que en esta materia son escasos los pronunciamientos del Tribunal Supremo<sup>8</sup>, resulta muy relevante la doctrina sentada por la Jurisprudencia menor. En este sentido, si bien podemos encontrar algunas sentencias que han considerado típica la conducta cuando el inmueble está deshabitado temporalmente a la espera de un comprador, o incluso una obra en construcción<sup>9</sup>, lo cierto es que la mayoría de la Jurisprudencia opta por interpretar el precepto con carácter restrictivo en base a los razonamientos anteriormente apuntados, pudiendo destacarse entre otras las siguientes sentencias:

-La Sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona de 14 de mayo de 2003 (ROJ SAP B 3910/2003 Pnte. MORALES LIVIA), sección 5 dispone: *"...el principio de intervención mínima del Derecho Penal no permite perseguir aquellas conductas que por su manifiesta irrelevancia o intrascendencia no merecen específicamente la protección intensa que supone la posibilidad de una sanción penal, que debe quedar reservada para los casos más llamativos y que desde luego no es el de estos tres acusados. Esta misma Sala ya tuvo ocasión de fijar su posición al respecto del delito de usurpación no violenta ni*

---

<sup>8</sup> STS 15 noviembre 2004 (ROJ STS 7355/2004 Pnte. DEGADO GARCIA) y STS de 12 noviembre de 2014 (ROJ STS 5169/2014 Pnte. CONDE-PUMPIDO TOURON)

<sup>9</sup> La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 8 de junio 2012 (ROJ SAP SS 244/2012 Pnte. ARBARIN URQUIAGA) establece: *"...No puede confundirse ni equipararse, abandono con desocupación, pues obviamente, todos los bienes inmuebles que se ocupan y a los que les es aplicable este precepto penal, están desocupados, temporalmente desocupados, lo que no significa que hayan sido abandonados por los dueños. La posesión es un derecho real que deriva del dominio y que admite el uso intermitente. El bien jurídico protegido es la propiedad o cualquier derecho real inmobiliario que implique la posesión del inmueble y este bien jurídico es atacado por una conducta calificable de ocupación, que sustrae completamente de su legítimo titular la posesión, uso y disfrute del inmueble ocupado. La regulación de los interdictos de recobrar la posesión en la LEC. no anula ni constituye presupuesto necesario para la aplicación de un precepto penal que debe ser aplicado si los hechos probados tienen encaje en el mismo..."*

Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 5 de diciembre de 2013 (ROJ SAP VA 1438/2013 Pnte. PZARRO GARCIA) establece: *"...El indicado motivo no ha de ser acogido por cuanto, por una parte, las resoluciones judiciales han de sustentarse, entre otros, en los principios de legalidad y tipicidad, y no en consideraciones de otro orden (como las contenidas en el trabajo " El Derecho a la vivienda como Derecho Social: Implicaciones constitucionales " del profesor Juan Ramón del que el motivo ahora analizado es transcripción) cuya ponderación corresponde a otros poderes del Estado, y, por otra, en modo alguno puede aducirse que "no ha habido intervención de los poderes públicos para asegurar el acceso a otra vivienda digna" a la acusada cuando ninguna prueba se ha aportado de que la misma recurriera a los servicios sociales en demanda de un lugar para vivir o de otro tipo de ayudas para procurárselo.*

*intimidatoria en su sentencia de 16 de enero de 2003...Allí decíamos, entre otras cosas, que: "Si examinamos el tenor del número 2 del art. 245 CP de 1995 llegaremos a la fácil conclusión de que existen dos modalidades distintas de comisión del delito de que se trata; la primera, la de "ocupar sin autorización debida", y la segunda, la de "mantenerse contra la voluntad de su dueño". La primera modalidad se consuma con la introducción en el bien inmobiliario que no constituya morada, a condición de que haya verdadera voluntad de permanencia, quedando impune cualquier entrada que tenga una finalidad distinta por parte del responsable del hecho, como sería la ocasional o episódica, que siempre se entenderá que es tal, ""in dubio pro reo"", cuando por el simple y corto espacio temporal en que tenga lugar no permita deducir racionalmente una verdadera intención de permanecer de manera estable en el inmueble de que se trate por parte del sujeto que accedió a su interior.... si no se acepta que el término "ocupar", a efectos penales, es necesariamente una acción permanente no sería necesaria, lógicamente, la configuración de una segunda modalidad comisiva distinta, o sea, la de mantenerse en su interior contra la voluntad de su titular, puesto que con la primera ocupación (esa que no sería permanente) también podría cometerse la segunda modalidad delictiva desde el mismo momento que el dueño se opusiera a la estancia en el interior del inmueble por parte del sujeto correspondiente. El que el Legislador haya distinguido entre estas dos modalidades comisivas es suficientemente significativo de que la primera modalidad de "ocupación sin autorización" requiere de una duración temporal de suficiente entidad, no meramente simbólica, y una voluntad real del sujeto de mantener sine die la situación así producida. De ahí que el término "ocupar" (primera modalidad), deba interpretarse en su justa medida, que no es otra que la que se desprende de la propia dimensión jurídica tradicional que se da a la ocupación, concepto heredado de la doctrina civilista que lo considera como uno de los modos de adquirir la propiedad, integrándose éste por la toma de posesión de una cosa concreta con intención de haberla como propia, el animus rem sibi habendi, lo que significa que "ocupar" requiere necesariamente, insistimos, una voluntad estable y duradera en el tiempo que acredite una clara intención del sujeto activo de poseer la cosa definitivamente como propia. La interpretación del citado precepto debe hacerse con arreglo a los principios constitucionales y de*

*legalidad ordinaria vigentes en ámbito del Derecho Penal y en especial teniendo en consideración los principios de "ultima ratio", intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad y también de los principios de unidad y coherencia del ordenamiento jurídico”.*

*- La Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de 20 de febrero de 2004 (ROJ SAP M 2409/2001 Pnte. FERNANDEZ ENTRALGO), establece que: “La literalidad del artículo 245 es equívoca; y de su ubicación sistemática dentro del Título tampoco permite obtener conclusiones firmes. En efecto, puede entenderse que la usurpación es una figura genérica de apoderamiento, que comprende la ocupación violenta o intimidativa (apartado 1) y la no violenta (apartado 2), limitada a inmuebles, viviendas o edificios que no constituyan morada.*

*Sin embargo, nada impide entender que el precepto no distingue entre ocupación temporal y definitiva, con intención de apropiación; y resulta más coherente metodológicamente discernir las siguientes hipótesis, con un tratamiento distinto según el bien jurídico comprometido:*

*(a) El allanamiento de morada, sin propósito expropiativo, se tipifica y castiga en el artículo 202 del Código Penal, como un delito contra la inviolabilidad de domicilio.*

*(b) La ocupación expropiativa violenta o intimidativa de un bien inmueble o de un derecho real inmobiliario se tipifica y sanciona como delito contra la propiedad en el apartado 1 del artículo 245, en concurso ideal con el anterior, si se tratase de una morada ajena.*

*(b) La ocupación no violenta de un bien inmueble que no constituya morada, cualquiera que sea su finalidad, se tipifica y castiga por el artículo 245.2 como un delito contra la pacífica posesión de aquél.*

*En este último caso, si se quiere estar atento a las exigencias del principio de irrelevancia de las bagatelas o actos que no entrañan lesión o peligro significantes para el bien jurídico protegido (tema de actualidad, tras la doctrina acogida últimamente por un buen número de sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: por más reciente, la 184/2004, de 13 de febrero ) y a la luz del principio de intervención penal mínima como criterio*

*interpretativo impuesto por el modelo de Derecho Penal de un Estado democrático de Derecho como el configurado por la vigente Constitución Española (tal como se proclama en su preámbulo), será preciso que el hecho cause una perturbación significativa a la pacífica posesión del bien ocupado.*

*Lo anterior conduce a excepcionar del tipo del injusto aquellos casos en los que, por no actualizarse efectivamente la posesión sobre el bien ocupado, dejado en situación de abandono (fáctico, que no jurídico), o por la inocuidad de los actos posesorios en relación con la efectividad de los poderes posesorios (la antañona figura del "ius usus innocui", tan útil ahora que, en las grandes conurbaciones modernas, el viejo espiguelo tras los segadores ha sido sustituido por esta suerte de "espiguelo inmobiliario", en busca de espacios baldíos o edificios arruinados), ya sea por la breve duración de la utilización de la finca ya porque no entorpece realmente el ejercicio de facultades posesorias por el titular dominical”*

*- La Audiencia Provincial de Sevilla en sentencia de 20 de septiembre de 2005 (ROJ SAP SE 2826/2005 Pnte. ROMEO LAGUNA), establece que: “...debe llegarse a las siguientes conclusiones que resultan armónicas con las normas de derecho privado que obviamente también forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. La protección penal atribuida por el nuevo delito de usurpación no violenta, ni intimidatoria, no alcanza al derecho de propiedad inmobiliaria, ni tan siquiera al derecho de posesión -o situación jurídica posesoria- denominada por la doctrina civil posesión civil, sino la más cercana a la denominada en el mismo ámbito posesión natural o si no se está de acuerdo con este término a la posesión material del bien que determina el señorío directo sobre la cosa, y cuyo contenido es el goce y disfrute de la misma. En este sentido el artículo 431 del Código Civil consigna que la posesión se ejerce en las cosas o en los derechos teniendo y disfrutándolos, reconociendo el siguiente artículo 432 la posesión en distinto concepto que el de dueño, en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos.*

*Y ello es así porque tenemos el criterio -que nos parece pacífico- que el poseedor inmediato del bien inmobiliario, que no constituya morada, en virtud del correspondiente negocio jurídico, en el supuesto de finalización, por*

*ejemplo, del término del contrato careciendo del derecho a continuar poseyendo el bien, una vez el poseedor mediato le exteriorizara su oposición a que se mantuviera en tal posesión y omitiera cesar en ella no realizaría una conducta incardinada en el expresado tipo penal. La protección penal sólo alcanza a la posesión material que comporte goce y disfrute del bien, siendo ofendido por el indicado delito incluso el poseedor inmediato frente al poseedor mediato aunque fuera éste el propietario del bien, igual que en el ámbito -civil el poseedor tiene acción interdictal contra el propietario del bien, aun en el supuesto de que aquél haya adquirido la posesión de forma viciosa por aplicación de lo dispuesto en los artículos 441 y 446 del meritado Código Civil . No alcanzaría esta protección penal a la posesión mantenida por el denominado servidor o instrumento de la posesión frente a su principal, pues de acuerdo con lo consignado en el artículo 431 del Código Civil EDC 1889/1, aquél actúa como instrumento ejecutor material del señorío posesorio de éste, encuadrándose como tales relaciones las de subordinación y dependencia.*

*La posesión protegida en el orden penal no sólo es la posesión a título de dueño, al que el ordenamiento jurídico atribuye título para adquirir el dominio por usucapión de acuerdo con los artículos 447 y 1941 del repetido Código, sino también la posesión que se detenta para disfrutarla y gozarla sin discutir la posesión civil a su dueño o propietario.*

*La posesión protegida en el orden penal es la que se goza y disfruta de forma efectiva, no sólo porque la que no se disfruta efectivamente ya tiene protección en el ordenamiento civil mediante el ejercicio de las correspondientes acciones posesorias y reivindicatorias, sino porque el derecho penal, a nuestro entender, no debe proteger la posesión que no se ejerza obteniendo una utilidad individual (de acuerdo con el Tribunal Constitucional -por ejemplo la STC núm. 37/1987, de 26 de marzo de 1987 - ésta configura el contenido esencial de la propiedad privada desde una perspectiva subjetiva) y ello con independencia de que los motivos de la falta de utilización del bien no sean imputables a la propiedad.*

*A nuestro juicio -lo que no es pacífico- el repetido tipo penal no es una infracción de riesgo, sino de lesión al bien jurídico protegido, según hemos ya delimitado, protegiéndose penalmente al poseedor que goce y disfrute*

*efectivamente del bien, lo utilice, en cualquier concepto, alcanzando tal protección también a aquellas situaciones posesorias que aunque de forma transitoria no impliquen utilización del bien tengan una tal vocación que se deducirá de la adopción por el poseedor de las medidas adecuadas para dar efectividad a su utilización."*

*- la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de fecha 10 de noviembre de 2006 (ROJ SAP T 1081/2006 Pnte. HERNANDEZ GARCIA) establece que: "...No podemos aceptar, desde elementales exigencias hermenéuticas en la interpretación y aplicación de los tipos penales, que cualquier perturbación posesoria justifique la puesta en marcha de los mecanismos punitivos. Evidentes criterios de adecuación, reclaman que la acción perturbadora reúna determinadas notas de antijuricidad, de contrariedad al derecho, de intensidad cuantitativa y cualitativa, que en el caso que nos ocupa deben medirse en relación directa con el daño y la alteración causada al ius possidendi que ostenta su titular.*

*Sin dicho esfuerzo de delimitación nos enfrentaríamos a la indeseable situación en la que concurrirían espacios de protección superpuestos, el civil y penal, que comprometería los deseables niveles de racionalidad pragmática, sistemática y ética a los que debe responder todo ordenamiento jurídico.*

*¿Cuáles son esos niveles de lesividad que debe reclamarse a la acción perturbadora, para justificar la reacción penal contemplada en el tipo del artículo 245 CP?*

*Como apuntábamos, el acto perturbador debe interferir de manera mensurable y relevante en los derechos posesorios que ostenta el titular, en particular el de goce de la cosa y el de aprovechamiento de sus frutos y rentas. Es el contenido objetivo del derecho lo que debe resultar lesionado. La ocupación penalmente relevante debe equivaler en su resultado antijurídico no sólo a un acceso a la posesión, como describe el artículo 438 CC , sino a una exclusión del legítimo titular del ius possidendi a su disfrute pacífico y a las utilidades que constituyen una consecuencia derivada del mismo. Perturbaciones transitorias o que recaigan sobre cosas o inmuebles sobre las que su titular no ejercite efectiva y actualmente los derechos de disfrute que se derivan del derecho a poseer no merecen ser penalmente castigadas*

*El Código Penal no puede estar al servicio de exclusivos intereses recuperatorios de la posesión material de la cosa cuando el poseedor civil se ha despreocupado durante un largo periodo de tiempo del ejercicio de su derecho sin perjuicio, obviamente, de las facultades de exclusión y de recuperación posesoria que le ofrecen el Código civil y las leyes procesales. Resulta obligado establecer una relación de contingencia, de actualidad, entre lesión del ius possidendi y acto perturbatorio, tal como cabe decantar del propio tenor literal de la norma penal cuando se refiere expresamente a la permanencia en la cosa ocupada en contra de la voluntad de su titular...”*

Y se reitera dicha doctrina en las SAP Madrid de 15 de julio de 2013, SAP Sevilla de 19 de marzo de 2013 y SAP Tarragona de 7 de junio de 2016.

De lo anterior se deduce, por tanto, que el criterio jurisprudencial mayoritario entiende que el bien jurídico protegido en el delito del art. 245.2 CP no es la propiedad, sino la posesión y, dentro de ella, cabe señalar que el Código civil la concibe, por un lado, como hecho (mera realidad fáctica) y, por otro, como derecho (manifestación objetiva del ejercicio de una relación jurídica, ya sea de contenido real como la propiedad, uso, habitación o usufructo, o negocial como en el caso del arrendamiento, depósito, comodato, etcétera). Por ello, el mero poseedor de hecho puede exigir al perturbador que acredite el título en el que basa su mejor derecho posesorio, reclamando que se le mantenga en el disfrute de la misma hasta que se reconozca al segundo mejor título (art. 446 Cc). En cambio, el poseedor mediante título puede ejercitar directamente la tutela que le brinda su derecho y reclamar el cese de la perturbación posesoria, sin necesidad de reclamar tutelas provisionales.

De ahí que la tutela penal no puede identificarse exclusivamente con el derecho a poseer genérico (el *ius possidendi* del art. 438 Cc), sino que la posesión penalmente protegida es la del titular inmediato (*ius possessionis*), es decir la posesión real, efectiva e inmediata, por lo que el acto perturbador supone la exclusión del legítimo titular de ese derecho a su actual disfrute pacífico y a las utilidades que del mismo derivan. Por ello, para que entren en juego los mecanismos penales de protección, es necesario que la acción perturbadora reúna determinadas notas de antijuricidad y de intensidad, tanto cuantitativa como cualitativa.

Esta interpretación es, en mi opinión, acorde no sólo con los principios de intervención mínima, subsidiariedad y de ultima ratio que inspiran el Derecho Penal,

sino además con el criterio sociológico y teleológico al que deben atender los Jueces y Tribunales en la interpretación de las normas, sin que ello suponga una desnaturalización de la conducta penal desde el poder judicial, ni suponga una injerencia en las facultades que corresponden al legislador, ni pueda tacharse de arbitraria, como algunos autores han defendido<sup>10</sup>.

## **2. Elementos del injusto.**

### ***a) Objeto material***

Frente a la conducta prevista en el apartado 1º del art. 245 CP que viene referida a cosas inmuebles -definidos en el art. 334 Código civil-, la del apartado 2º se refiere a bienes inmuebles, viviendas o edificios que no constituyan morada, por lo que el objeto sobre el que recae la conducta típica parece, inicialmente, más amplio en la ocupación no violenta. No obstante, “edificio” es una categoría que la propia norma civil incluye dentro del concepto de inmueble, de tal modo que en realidad la distinción no tiene relevancia jurídica alguna. En cuanto a vivienda, lo cierto es que no tiene por qué corresponderse en todo caso con un inmueble, pues una caravana puede constituir “vivienda”, por lo que la remisión expresa a ese tipo de espacio habitacional sí supone una ampliación del objeto respecto al tipo regulado en la usurpación violenta.

Por otro lado, el objeto sobre el que recae la conducta típica viene definido negativamente, pues ese “inmueble, vivienda o edificio” no debe constituir morada. Este elemento negativo permite diferenciar la conducta del art. 245.2 CP, del allanamiento de morada castigado en el art. 202 CP, de tal modo que se incluirían en el delito de usurpación no violenta las viviendas no habituales, es decir, las segundas residencias o los inmuebles que temporalmente se encuentren vacíos, extendiéndose a los locales, naves, caseríos, casetas de campo, etcétera<sup>11</sup>.

No serían, por tanto, punibles las ocupaciones de fincas abandonadas o ruinosas ni aquellas en que exista una posesión socialmente manifiesta tolerada durante un período de tiempo por el legítimo propietario o poseedor.

---

<sup>10</sup> MANGAS CAMPOS, A, La interpretación del artículo 245.2 del Código Penal y el activismo judicial. Diario La Ley nº 8672, Sección Doctrina, 28 diciembre de 2015. Ref. D-487.

<sup>11</sup> SAP Madrid 31 de enero 2013 (ROJ SAP M 1811/2003 Pnte. ALONSO SUAREZ); SAP Barcelona de 6 de junio 2013 (ROJ SAP B 7357/2003 Pnte. Zabalegui Muñoz); SAP Vizcaya 11 de abril 2013 (ROJ SAP BI 593/2013 Pnte. San Miguel Bergareche; y SAP Valencia 4 octubre 2013 (ROJ SAP V 4209/20131 Pnte. Beneyto Mengo).

***b) Sujetos del delito.***

Puede ser autor de este delito cualquier persona que ocupe, sin emplear violencia o intimidación y sin consentimiento del titular, un bien inmueble de pertenencia ajena y que no constituya morada. De ahí que es necesario que el sujeto activo no ostente ningún título de pertenencia o posesión que le legitime a permanecer en el inmueble.

En relación a ello, cabe destacar que no podría considerarse autor de un delito de ocupación del art. 245.2 CP a la persona a quien el inicial arrendatario le hubiere subarrendado la vivienda, pues aun cuando el propietario o usufructuario del inmueble no hubiere consentido ese subarriendo, ello es causa de extinción del contrato de arrendamiento (art. 8 y 27 Ley 29/94 Arrendamientos Urbanos), pero en ese caso no podría concluirse que el ocupante careciere de título, pues aunque éste no hubiere sido legalmente constituido, estaría ocupando el inmueble sin consentimiento del titular pero abonando renta por ello, de tal modo que estaríamos ante un supuesto civil de ocupación no consentida que podría dar lugar al ejercicio de la acción para resolución del inicial contrato de arrendamiento para declarar que el ocupante no está legitimado para continuar en la vivienda y proceder a su desalojo.

Lo anterior no sería aplicable a aquellos supuestos –frecuentes en la práctica judicial- en que los ocupantes alegan haber sido autorizados por los anteriores moradores de la vivienda, careciendo éstos también de título o autorización alguna del propietario, como si de una cadena de ocupaciones se tratara, pues en la mayoría de ocasiones tal alegación no resulta en modo alguno justificada documentalmente y no pasa de ser una mera manifestación exculpatoria, que obedece al derecho constitucional a no declarar contra sí mismo, ni confesarse culpable. Incluso en aquellos supuestos a los que anteriormente me refería que se dan cada vez con más frecuencia, en que un tercero ha accedido al inmueble violentando la cerradura, le ha dado las nuevas llaves al ocupante y le ha cobrado una cantidad por dejarle residir en esa vivienda, lo cierto es que también concurrirían en el ocupante los elementos para considerarlo sujeto activo del delito. Y ello por cuanto en estos casos no suele suscribirse ningún contrato entre ese tercero y el ocupante, sino que simplemente se entregan las llaves de la vivienda a cambio, por ejemplo, de 200 euros, lo que denota la consciencia del ocupante sobre la ilicitud de la conducta. Así, podría aquí aplicarse la doctrina jurisprudencial sobre la

ignorancia deliberada<sup>12</sup> que ha establecido el Tribunal Supremo, pues ese ocupante se coloca en una situación de indiferencia de forma deliberada, no queriendo saber aquello que puede y debe saberse y, sin embargo, se beneficia de la situación, por lo que está aceptando las consecuencias de la conducta ilícita en la que voluntariamente participa.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto en cuanto al bien jurídico protegido, el sujeto pasivo de este delito podrá ser no sólo el propietario del bien, sino el usufructuario o arrendatario por ser personas legitimadas para disfrutar de la posesión del inmueble, es decir, todos aquellos que tengan la posesión pacífica e inmediata del bien por cualquier título y se vean despojados de ella por el acto perturbador, si bien deberá ser un persona que tenga capacidad para autorizar la estancia en el inmueble, pues de otro modo no cabría expresar su voluntad contraria.

### *c) Acción típica*

El verbo rector de la conducta típica es doble, pues constituye ilícito penal tanto ocupar, como mantenerse en la ocupación. Considero que ambas acciones vienen definidas, además, por la concurrencia de elementos que las diferencia entre sí, por cuanto la ocupación debe hacerse sin autorización debida, es decir, que el autor accede al inmueble o vivienda prescindiendo de esa autorización pero sin que sea necesario que el poseedor legítimo haya negado de forma expresa ese consentimiento, mientras que en el mantenimiento existe ya una voluntad contraria exteriorizada de forma expresa por el titular a que el autor continúe usurpando su derecho.

No obstante, algunas sentencias se refieren al supuesto en que la ocupación ha sido implícitamente tolerada durante un periodo importante de tiempo y, pese a que el ocupante se ha mantenido en ella, no existe un requerimiento expreso dirigido al desalojo, en cuyo caso entienden que no estaríamos ante una conducta subsumible en el tipo penal analizado<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Aplicada por el Tribunal Supremo en delitos contra la salud pública para aquellos que acceden, a cambio de una cantidad de dinero, a recoger o trasladar un paquete que contiene droga, pues aún en el caso de que éstos aleguen desconocer el contenido es evidente que se coloca en esa situación de ignorancia de forma deliberada, para participar del negocio ilícito, no queriendo saber en realidad qué contiene. Entre otras STS 22 de marzo de 2013.

<sup>13</sup> SAP Madrid 19 de julio de 2007 (ROJ SAP M 10314/2007 Pnte. Espejo-Saavedra); y SAP Madrid 15 junio 2009 (ROJ SAP M 7376/2009 Pnte. Rasillo López)

#### ***d) Elementos objetivos y subjetivos del tipo***

En primer lugar se requiere que, para acceder al inmueble, el sujeto activo no emplee violencia ni intimidación en las personas, pues de otro modo estaríamos ante la conducta del primer apartado del art. 245 CP, que ya hemos visto que englobaría “edificios y viviendas” en el término inmueble o, en caso de constituir morada, estaríamos ante el subtipo agravado del art. 202.2 CP.

Por otro lado, el ocupante debe carecer de título jurídico que legitime esa posesión, pues si se tratara de una perturbación inicialmente consentida, aunque fuese de modo temporal y sin título, posteriormente la revocación de ese consentimiento facultaría al titular para el ejercicio de una acción posesoria en vía civil (desahucio por precario), pero la tolerancia inicial impide calificar la conducta como delictiva.

De ahí que el tercer elemento viene constituido por la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del legítimo titular del derecho posesorio, ya sea antes de producirse el acceso, o una vez el titular tenga conocimiento del mismo, en cuyo caso tal voluntad deberá ser expresa.

Asimismo, la ocupación debe realizarla el sujeto con cierta vocación de permanencia, es decir, con intención de ejercer derechos posesorios sobre el inmueble ocupado, por lo que serían atípicas las ocupaciones transitorias u ocasionales, como podrían ser las meras entradas en inmuebles para dormir de forma puntual.

En cuanto a la vertiente subjetiva del tipo, es necesario que concurra el dolo del autor, debiendo abarcar tanto el conocimiento de la ajenidad del inmueble, como la consciencia de la ausencia de autorización o de la manifestación de la oposición por el titular del bien, así como la voluntad de afectación del bien jurídico, esto es, la intención de perturbar de la posesión al titular de la finca ocupada. Por otro lado, no es necesario que el sujeto alcance con su acto un provecho económico determinable, pero es evidente que con su conducta el autor persigue obtener un beneficio, pues hace uso de un inmueble sin abonar por ello cantidad alguna<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> GOMEZ IBARGUREN, P, El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español, Barcelona, Bosch 2009, p. 156.

#### **IV. El tratamiento de las denuncias por ocupación en la práctica judicial con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/2015 de 30 de marzo.**

De todo lo anterior se desprende que en la actualidad existe un incremento considerable de las ocupaciones de bienes inmuebles, lo que trae consigo como consecuencia inmediata un aumento importante de las denuncias por este tipo de conductas. Por ello, en los últimos años los Juzgados de Instrucción han venido registrando un gran número de denuncias, no sólo de particulares que se encuentran con sus inmuebles ocupados, sino de forma generalizada de entidades bancarias que utilizan incluso un modelo formalizado, en el que se indica que son los titulares registrales de determinado bien inmueble y que han tenido conocimiento de que el mismo está ocupado por personas cuya identificación desconocen.

Como se ha expuesto, la dificultad en determinar el bien jurídico protegido y los elementos objetivos y subjetivos que conforman el tipo penal, ha dado lugar a que no exista un criterio jurisprudencial unánime en cuanto al tratamiento de estas denuncias, lo que en algunas ocasiones puede generar inseguridad jurídica.

Así, antes de la entrada en vigor de la LO 1/15 de 30 de marzo, en que el delito del artículo 245.2 CP tenía la consideración de menos grave, algunos Jueces de Instrucción, interpretando restrictivamente el precepto penal, archivaban de plano las denuncias por entender que los hechos no eran constitutivos de infracción penal (art. 779.1.1º LECrim), en base a los apuntados principios de *ultima ratio* del Derecho Penal y a la existencia de mecanismos específicos en la jurisdicción civil para la protección de los derechos dominicales. No obstante, en los supuestos en que tales resoluciones sobreseyentes eran recurridas, algunas Audiencias Provinciales habían mostrado su disconformidad al archivo de las causas sin haber practicado una mínima instrucción, mediante diligencias de investigación dirigidas a esclarecer los hechos, en concreto las circunstancias en que se había producido la ocupación, a determinar los derechos que hasta ese momento había ejercido el titular del bien, identificando asimismo a los ocupantes y, una vez practicadas, poder concluir si concurrían o no indicios de criminalidad y elementos suficientes para determinar de forma indiciaria la existencia de una conducta delictiva.

En cambio, otros Juzgados instruían las causas, practicando diligencias e incoando en muchos casos procedimiento abreviado que, tras los trámites pertinentes eran enjuiciadas por los Juzgados de lo Penal, no existiendo tampoco en estos órganos un

criterio unificado, pues podemos encontrar para supuestos similares pronunciamientos condenatorios y absolutorios y, en éste último caso, ya fuera por apreciar la concurrencia de una circunstancia eximente como podía ser el estado de necesidad (art. 20.5 Código Penal), o por entender que los hechos no eran constitutivos de ilícito penal. Y lo mismo puede decirse de las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, aunque como se ha dicho se aprecia una corriente mayoritaria a interpretar de forma restrictiva el precepto penal, de forma que para que constituya ilícito penal el poseedor deba estar ejerciendo de forma efectiva las facultades inherentes a su derecho y éstas se vean perturbadas por la conducta del ocupante.

Atendiendo a lo expuesto en relación al bien jurídico protegido en la norma, considero que para determinar si nos estábamos ante una conducta penalmente relevante, deben valorarse las circunstancias concurrentes, de tal modo que no debiera afirmarse con carácter genérico que todas las conductas denunciadas son *a priori* constitutivas de ilícito civil y, por tanto, archivar sin practicar una mínima instrucción, si bien es cierto que las situaciones pueden ser distintas entre sí y, por tanto, en unas pueden concurrir los elementos que el tipo requiere, mientras que en otras se observa ya inicialmente la ausencia de alguno de los elementos del tipo o la falta de vulneración del bien jurídico protegido, por lo que estaría justificada una respuesta jurisdiccional distinta.

Así, por ejemplo, deben diferenciarse aquellos supuestos en que un particular que es propietario (o poseedor legítimo) de una segunda residencia, llega a su vivienda y se la encuentra ocupada por terceros no autorizados, o es informado de dicha ocupación por vecinos, por lo que da aviso a la policía y los agentes, si bien suelen identificar a los ocupantes y los invitan a abandonar el inmueble, cuando no se produce ese abandono voluntario, no pueden proceder de forma forzosa. En estos casos, se tramitaba la denuncia y, en su caso, se solicitaba al Juez de Instrucción ese desalojo como medida cautelar en tanto se tramitaba la causa. En estos casos, *a priori*, si el ocupante carece de título, no existe autorización alguna por el propietario para permitir o tolerar esa ocupación y además, tras constatarse la usurpación, manifiesta expresamente su voluntad de no permitirla y conmina a los ocupantes a desalojar la vivienda, parece evidente que existe vulneración del bien jurídico protegido, pues el propietario disfrutaba de ese inmueble de forma habitual (fin de semana, períodos vacacionales, etcétera) y se ve despojado de su vivienda y perturbado en sus derechos de uso y

disfrute. Incluso, en estos casos, podría valorarse la conveniencia de adoptar una medida cautelar para restituir en su derecho al legítimo poseedor, en virtud de lo establecido en el art. 13 LECrim y siempre teniendo en cuenta los requisitos que deben concurrir para la adopción de cualquier tipo de medida cautelar (*fumus bonis iuris y el periculum in mora*). La tutela judicial efectiva mediante el proceso penal, en estos casos, estaría plenamente justificada, pues la conducta reviste de forma indiciaria caracteres de delito, sin perjuicio de que la prueba que se practique en el futuro juicio oral sea suficiente y relevante para enervar la presunción de inocencia de quien resulte acusado, o se pueda apreciar la concurrencia de eximentes, o incluso considerar finalmente que la conducta del ocupante no es penalmente relevante.

En cambio, una situación bien distinta es la de aquellos inmuebles deshabitados que tanto proliferan actualmente en muchos edificios o conjuntos inmobiliarios, por haber sido objeto de ejecución hipotecaria y que son ocupados ilegalmente. En estos casos, quienes interpone la denuncia son los titulares registrales, entidades bancarias o SAREB a los que les ha sido adjudicada el inmueble tras un procedimiento de ejecución hipotecaria, pero nunca han disfrutado de la posesión del bien, de tal modo que la afectación del bien jurídico queda entredicha, pues lo que resulta vulnerado es el derecho de propiedad en sí mismo, no la posesión efectivamente ejercida.

Por otro lado, es cierto que, en ocasiones, estas ocupaciones suelen ser origen de conflictos en la comunidad de vecinos, pues los ocupantes realizan conexiones inconsentidas y fraudulentas de las redes de suministros (“puenteando” los contadores de luz, gas o agua) lo que genera un perjuicio a los otros habitantes del edificio; o incluso se dan situaciones conflictivas cuando se trata de sujetos que no se adaptan a las normas de convivencia vecinal.

No obstante, en estos casos, si el propietario es una entidad bancaria, o particular (persona física o jurídica) que no ha ostentado nunca la posesión efectiva e inmediata del bien, sino que le ha sido adjudicado a través de un procedimiento hipotecario, la conducta no parece ni tan siquiera de forma indiciaria constitutiva de ilícito penal, toda vez que no existe perturbación en la posesión, pues esta facultad dominical no se venía ejerciendo de forma efectiva y, todo ello sin perjuicio de que el legítimo titular no puede ser obligado a tolerar tal ocupación, si bien esa protección deberá ejercitarse a través del ejercicio de las acciones civiles que correspondan. Por ello, en estos casos, el archivo de la causa sin practicar diligencias instructoras no es, en mi opinión, una resolución que

pueda calificarse como anticipada, por cuanto no exigiría la práctica de diligencias de instrucción, pues de inicio ya se constata la falta de elementos típicos de la conducta y, por tanto, ello llevaría a situaciones de “sobreinstrucción”, habituales en la práctica judicial respecto a conductas que ya, *ab initio*, no revisten caracteres de delito, con la consiguiente acumulación de causas en los Juzgados.

Tampoco puede obviarse que algunas de estas entidades que pretenden la tutela judicial de su derecho de propiedad a través de la vía penal y que recurren las resoluciones que sobreseen los procedimientos en base a los criterios apuntados, aducen el derecho de propiedad como bien jurídico necesitado de protección, si bien no cabe olvidar que, como todo derecho, genera una serie de obligaciones y que éstas, en algunos casos, no se cumplen por tales titulares. Me estoy refiriendo a la situación – bastante habitual en nuestros días- en que dichas entidades bancarias propietarias de bienes inmuebles desocupados no cumplen con sus obligaciones derivadas de la propiedad, en cuanto al pago de las cuotas de la comunidad, sino que únicamente las abonan cuando, finalmente, logran enajenar el inmueble, lo que puede ocurrir a largo plazo y, mientras, los demás propietarios del edificio tienen que hacerse cargo de los gastos comunes y derramas que sean necesarias para el mantenimiento de la comunidad. En este sentido, parece contradictorio ampararse en la propiedad para requerir una tutela efectiva e inmediata de la propiedad (muchas de estas denuncias solicitan el desalojo forzoso como medida cautelar), cuando ese derecho no se ejercita de forma efectiva, ni se cumplen tampoco las obligaciones que derivan del mismo. Con ello no quiere decirse que tales propietarios no tengan derecho a que se ponga fin a la perturbación y a la recuperación de ese bien inmueble, sino que en esos casos es difícil entrever la concurrencia de elementos que pueda dar lugar a una tutela en el ámbito penal, al no tratarse de un acto de intensidad cuantitativa y cualitativa de relevancia penal, pudiendo en todo caso ejercitar cuantas acciones civiles correspondan para poner fin a la perturbación de sus derechos dominicales.

A ello cabe añadir que, en algunos supuestos en que la causa había llegado incluso a enjuiciamiento, como quiera que el interés de esas entidades era en realidad que el inmueble fuere desocupado, sin que existiera una voluntad de ejercer acusación contra los ocupantes, ni que estos fueran condenados en vía penal, los representantes de las entidades propietarias del inmueble ni tan siquiera se presentaban a juicio, lo que motivaba suspensiones de vistas, o incluso que compareciera un letrado con poderes que

carecía de conocimiento alguno sobre la situación concreta de la finca, ni cuándo había sido ocupada, ni en qué condiciones se venía ejerciendo por el titular el derecho de uso y disfrute sobre ella, por lo que los Fiscales se veían privados absolutamente de prueba de cargo, retirando incluso en ocasiones la acusación formulada, lo que conducía de forma inmediata al pronunciamiento absolutorio. De ahí que, tampoco cabe admitir que se utilice el recurso de la denuncia penal para conseguir así, de forma más rápida y menos costosa económicamente para dichas entidades, que el ocupante abandone la vivienda.

#### **V. Situación tras la reforma del Código Penal operada por LO 1/15 de 30 de marzo.**

La consecuencia más relevante de la reforma, en relación al delito de ocupación del art. 245.2 CP, es que ahora constituye delito leve. Así, el art. 13 CP establece que son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve. Por otro lado, el art. 33.4 CP establece que es pena leve la multa de hasta 3 meses. Y, por último, el apartado 4º del citado art. 13 establece que, cuando la pena por su extensión pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve.

Teniendo en cuenta lo anterior, debe señalarse que el art. 245.2 CP castiga el delito de ocupación no violenta con la pena de multa de 3 a 6 meses. En consecuencia, siendo la pena en su extensión mínima de carácter leve (3 meses), el delito tiene la consideración de leve, aun cuando en toda su extensión pueda imponerse una pena que no tenga menos grave (hasta 6 meses).

Tal modificación de la naturaleza del delito ha supuesto, en primer lugar, que las denuncias por ocupación de inmuebles deban tramitarse ahora conforme al procedimiento para enjuiciamiento de delitos leves (art. 962 y siguientes LECrim) Así, en la mayoría de supuestos, los Jueces de Instrucción incoan ahora tal procedimiento sin plantearse la concurrencia de los elementos y la afectación del bien jurídico como se ha expuesto que venía haciéndose por algunos órganos judiciales.

Dicha novedad procesal implica, como primera consecuencia, que no podrán practicarse diligencias instructoras para esclarecimiento de los hechos, pues este procedimiento se caracteriza por su sencillez, de tal modo que en su caso se practicarán únicamente las diligencias mínimas de investigación relativas a determinar la identidad del denunciado o las consecuencias que para la salud haya tenido una agresión física, o

la determinación de las cuantías relativas a la posible indemnización. Por ello, en el caso de la ocupación de bienes inmuebles, lo que ocurre en la práctica es que si de la denuncia no se infiere quién es el presunto ocupante del inmueble y no existe atestado en el que se haya identificado a esa persona, ésta será la única actuación o diligencia que practicará el Juzgado de Instrucción: determinar la identidad de las personas contra las que debe dirigirse la acción penal. Pero no se practicarán de oficio otras diligencias para recabar indicios de criminalidad respecto a la conducta denunciada (título que legitima al denunciante, concreción del inmueble que resulta afectado, circunstancias en que se ejercían las facultades posesorias, requerimientos expresos de desalojo, etc). Por ello, desde la entrada en vigor de la reforma, se advierte en la práctica que en ocasiones, los perjudicados se limitan a interponer una denuncia poniendo en conocimiento que su vivienda ha sido ocupada y, seguidamente, reciben una citación a juicio, presentándose al acto de la vista sin aportar documentación alguna, o proponer prueba que permita corroborar los hechos alegados en la denuncia y que constituyen la base de la acusación.

A mayor abundamiento, siendo consciente el legislador de que con esta modificación los denunciados podían enfrentarse a la imposición de penas menos graves en un procedimiento de delitos leves, se promulgó la LO 13/15 de 5 de octubre de reforma de la Ley de Enjuiciamiento criminal que modificó el art. 967.1, en el que se establece que para el enjuiciamiento de los delitos leves que llevan aparejada pena de multa cuyo límite máximo sea de al menos 6 meses, se aplicarán las reglas generales de defensa y representación. Ello supone, en la práctica, que en un delito como el del art. 245.2 CP, deberá nombrarse Abogado y Procurador de oficio a los denunciados, pues el límite máximo de la pena es de 6 meses.

Así las cosas, ocurre de forma habitual que el particular que ha interpuesto denuncia por la ocupación de su vivienda, acude a juicio sin asistencia letrada alguna, por lo que en muchos casos la falta de asesoramiento supone una orfandad probatoria importante, pues en ocasiones no aportan ni tan siquiera el título que acredita su derecho, teniendo en cuenta que en el proceso penal la carga de la prueba incumbe a las partes acusadoras. Por el contrario, el denunciado está asistido de forma imperativa por Letrado, por lo que la defensa de sus intereses suele ser mucho más acorde con las posibilidades que ofrece un procedimiento caracterizado por la celeridad y sencillez como el previsto para el enjuiciamiento de delitos leves.

En cuanto a las circunstancias que rodean a las conductas denunciadas, aun cuando ya se ha dicho que en la actualidad el nuevo trámite procesal ha supuesto que la mayoría de Juzgados incoen el procedimiento de delitos leves en todos los casos, considero que no puede descartarse que el Instructor pueda seguir examinando los términos de la denuncia para determinar si ya inicialmente no reviste la conducta caracteres de infracción criminal. Nada obsta, por tanto, a que en aquellos supuestos antes examinados respecto a los inmuebles adjudicados a las entidades bancarias, sobre los que nunca han ejercido facultades posesorias, pueda archivarse la denuncia sin necesidad de citar a las partes a juicio de delito leve, pudiendo aplicarse los razonamientos anteriormente esgrimidos para justificar tal resolución judicial y, todo ello, dejando a salvo las acciones que correspondan al titular registral para proteger su derecho mediante el ejercicio de la acción civil que corresponda.

Por otro lado, el carácter sencillo y la celeridad que caracteriza al procedimiento para enjuiciar delitos leves, limita también la posibilidad de adoptar medidas cautelares, pues como quiera que en principio no cabe realizar diligencias instructoras, en aquellos casos en que se solicita la adopción de una medida como el desalojo de los ocupantes, la mayoría de los Jueces suelen relegar dicha decisión a sentencia, o cuanto menos al acto de la vista, dada la hipotética inmediatez con la que debe celebrarse el juicio. No obstante, no cabe tampoco olvidar que la reforma ha supuesto que los delitos leves prescriban ahora por el transcurso de 1 año (a diferencia de lo que ocurría con las antiguas faltas que prescribían a los 6 meses), por lo que en algunos órganos judiciales con una gran carga de trabajo, el señalamiento del juicio de delito leve puede tener lugar varios meses después de la interposición de la denuncia por lo que, en su caso, el particular ve pospuesta la resolución, viéndose así privado de recuperar la posesión de forma cautelar. E incluso, en el caso de que la sentencia fuere condenatoria y acordare el desalojo para dar efectividad a dicho pronunciamiento, lo cierto es que no podría llevarse a efecto de forma inmediata –salvo que se acordara como medida cautelar-, sino que debería esperarse a que adquiriere firmeza y, precisamente, en este aspecto estando los denunciados asistidos de Letrado de oficio existe una gran probabilidad de que la sentencia sea recurrida.

Asimismo, si bien con anterioridad no era en modo alguno frecuente que los presuntos ocupantes fueren detenidos por la fuerza pública (ni tan siquiera en los supuestos de ser sorprendidos en delito flagrante, salvo muy excepcionalmente), el

hecho de que la conducta sea ahora constitutiva de delito leve impide legalmente tal privación cautelar de libertad, pues el art. 495 LECrim establece que no se podrá detener “por simples faltas” a no ser que el reo no tuviere domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio del agente que intente detenerle, referencia a las “faltas” que, con la nueva regulación, es extensible a los “delitos leves”.

Por último, cabe tener en cuenta que la reforma trae consigo otra consecuencia importante. Si antes decía que existían escasas resoluciones del Tribunal Supremo en esta materia, con la nueva regulación ya no podrá el Alto Tribunal pronunciarse al respecto, pues el art. 977 LECrim establece que contra la sentencia de segunda instancia no procede recurso alguno, lo que veda la posibilidad de recurso de casación<sup>15</sup>. Ello supone, en la práctica, que serán las Audiencias Provinciales las que seguirán estableciendo los criterios en relación a esta conducta delictiva lo que, como se ha visto hasta el momento, impide un criterio interpretativo uniforme.

## **VI. Conclusiones**

De lo hasta ahora expuesto se infiere que las ocupaciones de bienes inmuebles constituyen una de las conductas que más se denuncian en nuestros días, al haber aumentado exponencialmente las entradas ilegales en viviendas desocupadas de forma permanente o temporal. Muchas de estas ocupaciones tienen su origen en la crisis económica que ha llevado a muchas familias a una situación de precariedad económica que le impiden el acceso a la vivienda. Sin embargo, en algunos casos, se advierte que no existe tal motivación sino que se pretende favorecer y generalizar una actitud trasgresora de las normas de pacífica convivencia y de respeto a los derechos de los demás, accediendo a viviendas para poder residir en ellas sin abonar renta alguna, consumiendo incluso energía eléctrica o gas a costa de otras personas que tienen contratados los suministros, de suerte que algunas personas han hecho de esa ocupación un modo de vida de tal forma que esperan a ser desalojados de una vivienda para acceder seguidamente a otra. Asimismo, se observa que algunos se aprovechan de la desocupación de viviendas para generar un “negocio” que les proporciona beneficios económicos, a costa de acceder por la fuerza en los domicilios, cambiar las cerraduras y entregar las llaves a terceros a cambio del pago de una cantidad puntual o periódica.

---

<sup>15</sup> Acuerdo Pleno No Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016.

En muchos casos, los inmuebles ocupados pertenecen a entidades bancarias al haberles sido adjudicados en un procedimiento ejecutivo, tras el desalojo de los propietarios que no habían podido hacer frente a las cuotas hipotecarias, por lo que en la mayoría de los casos siguen estando desocupados, siendo aprovechada dicha circunstancia por quienes quieren gozar de una vivienda sin abonar a cambio cantidad alguna. No obstante, también han aumentado los casos en que esas ocupaciones se llevan a cabo sobre segundas residencias de particulares que ven así gravemente perturbados sus derechos dominicales y, en concreto, la posesión pacífica, efectiva e inmediata sobre el bien inmueble.

De ahí que el delito de ocupación no violenta que castiga el art. 245.2 CP es, en la actualidad, una de las conductas que con más frecuencia se someten a la jurisdicción penal, si bien la evolución doctrinal y jurisprudencial indica cuáles deben ser los elementos que tienen que concurrir para que la acción pueda ser constitutiva de delito, advirtiéndose que la corriente mayoritaria mantiene un criterio restrictivo basado en los principios que informan el Derecho Penal, de tal forma que habrá que distinguir las situaciones denunciadas para determinar si existe vulneración del bien jurídico protegido, esto es, la posesión efectiva del bien inmueble y, así, concluir si estamos ante un acto perturbador relevante y grave que justifica la intervención de los mecanismos penales o, por el contrario, si no estamos más que ante un ilícito civil y, por tanto, debe acudir a dicha jurisdicción para la protección de los derechos dominicales sobre bienes inmuebles.

Siendo una de las funciones del Juez Instructor la de examinar si la conducta denunciada reviste los caracteres de delito y si existen indicios suficientes de criminalidad contra persona determinada, para alcanzar dicha conclusión provisoria deberá analizar las circunstancias que rodean a la ocupación del bien inmueble y, en particular, la naturaleza y alcance de los derechos que sobre él venía ejerciendo su titular que ha sido desposeído del bien. Por ello, considero que pudiendo presentarse ante el instructor situaciones y circunstancias distintas, no puede pretenderse que se dé una solución unitaria y uniforme para cualquier tipo de ocupación, sin que ello pueda calificarse de una injerencia de los órganos judiciales en las funciones legislativas, ni un activismo que no le corresponde ejercer, sino que en realidad se trata no sólo de interpretar las normas conforme a la realidad social del momento en que deben ser aplicadas como exige el art. 3 Código civil y, además, de aplicar los principios

inspiradores del Derecho Penal y, en concreto, el de subsidiariedad, ultima ratio, proporcionalidad y necesidad de pena.

En atención a ello considero que, cuando de la propia denuncia se infiere que no concurren los elementos que el tipo del art. 245.2 CP requiere y, en particular, que la conducta perturbadora no es penalmente relevante por no infringir el bien jurídico protegido, es perfectamente admisible que se archiven esas denuncias sin practicar ninguna diligencia instructora, más aún tras la entrada en vigor de la LO 1/15 que ha relegado el delito del art. 245.2 CP a la categoría de delito leve y, por tanto, el enjuiciamiento se sustancia a través de un procedimiento sencillo y rápido que no admite la práctica de diligencias de investigación, más allá de identificar a la persona que presuntamente ocupa el bien inmueble sin autorización del titular. Y esto es lo que ocurre en la mayoría de supuestos en que los titulares registrales de esos bienes inmuebles son las entidades de crédito que los han adquirido a través de una ejecución hipotecaria y nunca han ejercido sobre ellos de forma efectiva las facultades posesorias.

Defender lo contrario, tras la reforma procesal, significaría emplear los ya escasos recursos con los que cuenta la Administración de Justicia tanto personales como materiales y crear molestias innecesarias a la ciudadanía (haciéndoles comparecer a un juicio), para celebrar un juicio por delito leve que terminará con una sentencia que absuelva al ocupante, al no ser la conducta constitutiva de infracción penal. De este modo, en esos casos, el archivo de la denuncia en base a lo dispuesto en el art. 779.1.1 LECrim no implica dejar desprotegidos los derechos dominicales de los titulares de esos bienes inmuebles ocupados, sino que éstos cuentan con un amplio elenco de mecanismos jurídicos para poner fin al acto perturbador, ejercitando para ello las acciones civiles que correspondan.

### **Bibliografía**

BAUCELLS LLADOS, J, La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

COBO DEL ROSAL, M, La nueva concepción del delito de usurpación. Pub. [www.lawyerpress.com](http://www.lawyerpress.com)

GÓMEZ IBARGUREN, P, El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho español, Barcelona, Bosch, 2009.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J, La protección constitucional de la vivienda y su proyección penal: especial referencia a los fenómenos okupa y mobbing inmobiliario. Cuadernos de Derecho Judicial CGPJ. Derecho y Vivienda. X-2005.

HERRANS CASTILLO, R, Desobediencia civil, ocupación y derecho a la vivienda. Actualidad Jurídica Aranzadi nº 435, abril 2000.

HUERTA TOCILDO, S., La protección penal del patrimonio inmobiliario, Madrid, Civitas, 1980.

MANGAS CAMPOS, A, La interpretación del art. 245.2 del Código Penal y el activismo judicial. Diario La ley nº 8762, Sección Doctrina, 28 de diciembre de 2015. Ed. La Ley.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R./VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, J.M, Identificación de tipos penales afectantes a inmuebles. El problema actual de los “okupas”, Sepin, mayo 2012.

RUIZ BLAY, G, La ineficacia práctica del artículo 245 del Código Penal para obtener el desalojo de un inmueble usurpado. Diario La Ley nº 8429, Sección Dossier, 26 noviembre de 2014. Ed. La Ley.

SERRANO PIEDECASAS, J.R, La Usurpación (Título Xiii, Cap. V CP). Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. XIII-2004.