

Los derechos a la intimidad, a la propiedad y a la vivienda; una visión desde el delito de ocupación de bienes inmuebles*

Luis Miguel Ramos Martínez

Investigador predoctoral contratado del Área de Derecho Penal. Universidad de León. lramm@unileon.es

Recibido

4 febrero 2021

Aceptado

15 febrero 2021

PALABRAS CLAVE

Allanamiento de morada;
Delito flagrante; Delito permanente; Derecho a la vivienda; Intimidad; Inviolabilidad del domicilio; Ocupación ilegal de inmuebles; Propiedad; Segunda residencia; Usurpación.

KEYWORDS

Forced entry; Flagrant crime; Permanent crime; Right to housing; Privacy; Inviolability of the home; Squatting; Property; Second residence; Usurpation.

Resumen

Hace algunos meses, los medios de comunicación publicaron con insistencia noticias sobre el aumento de las ocupaciones ilegales de inmuebles en España y la ineficacia de las normas al respecto. Esto provocó la presentación de varias Proposiciones de Ley por los Grupos Parlamentarios conservadores y que el Ejecutivo reaccionase dictando las Instrucciones de la Fiscalía General del Estado y de la Secretaría de Estado de Seguridad. En el siguiente trabajo se trata, muy resumidamente, la veracidad de dichas informaciones y la suficiencia de la regulación protectora del patrimonio inmobiliario, con especial referencia a la penal (concretamente a los delitos de allanamiento de morada y de usurpación/ocupación), desde cuya perspectiva se verán los derechos constitucionales en juego: el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la propiedad privada y el derecho a la vivienda digna y adecuada.

The rights to privacy, property and housing; a view from the crime of occupation of real estate

Abstract

A few months ago, the media insistently published news about the increase in illegal building occupancy in Spain and the ineffectiveness of the regulations in this regard. This caused the presentation of several Law Proposals by conservative Parliamentary Groups and that the Executive

* El presente trabajo mantiene, casi sin modificaciones, su forma original de ponencia (concebida para el Curso de extensión universitaria de la ULe «En defensa de la Constitución», dirigido por la Dra. M. Esther Seijas Villadangos y la Dra. M. Teresa Mata Sierra), lo que explica la escasez de citas y el estilo. Su preparación ha sido posible gracias a un contrato de investigación predoctoral en formación de la Universidad de León, cofinanciado por la JCyL y el FSE (Orden de 10 de noviembre de 2016 de la Consejería de Educación) y dirigido por el Dr. *Dres. h. c.* Miguel Díaz y García Conlledo y la Dra. María A. Trapero Barreales; asimismo, se enmarca en los proyectos de investigación DER2016-76715-R (AEL, IP: Dr. *Dres. h. c.* Miguel Díaz y García Conlledo) y PID2019-108567RB-C21 (AEL, IIPP: Dr. *Dres. h. c.* Miguel Díaz y García Conlledo y Dra. María A. Trapero Barreales) y en la actividad de la UIC 166 de CyL (director: Dr. *Dres. h. c.* Miguel Díaz y García Conlledo) y del GI DP ULe (responsable: Dr. *Dres. h. c.* Miguel Díaz y García Conlledo).

react by dictating the Instructions of the State Attorney General's Office and the Secretary of State for Security. The following paper deals, very briefly, with the veracity of that information and the sufficiency of the protective regulation of building property, with special reference to the criminal Law (specifically to the crimes of forced entry and usurpation/squatting), from whose perspective the constitutional rights at stake will be seen: the right to privacy and inviolability of the home, the right to private property and the right to decent and adequate housing.

I. Introducción: 1. ¿Fake news?; 2. Proposiciones de ley; 3. Instrucciones – II. Contexto: 1. Algunos datos estadísticos; 2. Regulación vigente – III. Especial referencia a la protección penal: 1. Función del Derecho penal; 2. Bienes jurídicos protegidos y delitos – IV. Problemas y soluciones

Abreviaturas utilizadas**

I. INTRODUCCIÓN

1. ¿Fake news?

Desde junio de 2020 y con bastante presencia al menos hasta octubre del mismo año, una noticia consiguió romper el absoluto protagonismo del coronavirus en los medios de comunicación: el alarmante y (supuestamente) creciente problema de la ocupación ilegal de bienes inmuebles en España. Para recordar cuál era el nivel de preocupación son especialmente ilustrativos los siguientes titulares, de medios reconocidos, que cita el Fiscal CASAS HERVILLA en un artículo sobre el tema publicado hace algunos meses¹: el 24 de junio, Cadena Ser publicaba la siguiente noticia en su página *web*: «¿Se imagina llegar a casa, meter la llave en la cerradura y comprobar con espanto que la han cambiado y que no puede entrar? Es lo que les pasa a numerosas víctimas de la ocupación ilegal de viviendas en España»; y el 25 de julio, *El Español* publicaba un reportaje titulado: «100 españoles con su casa okupada: las víctimas impotentes de la patada en la puerta»; en el que concluía que: «La realidad es que esta lacra puede afectar a cualquiera. Del nivel social más bajo al más alto, sin distinciones. Y que, si ocurre, la indefensión del propietario es total. La Ley no les protege».

Son numerosos los ejemplos similares en la prensa escrita (sobre todo *online*), radio y televisión. En este último medio se pudo ver en directo como, en un programa matutino (en

** Abreviaturas: art(s). [artículo(s)], BOCG [Boletín Oficial de las Cortes Generales], CC [Código Civil], CE [Constitución Española], CGPJ [Consejo General del Poder Judicial], coord. [coordinador/a], CP [Código Penal], dir. [director/a], disp. [disposición], FCSE [Fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado], FGE [Fiscalía General del Estado], G(G)P(P) [Grupo(s) Parlamentario(s)], INE [Instituto Nacional de Estadística], LEC [Ley de Enjuiciamiento Civil], LECr [Ley de Enjuiciamiento Criminal], LH [Ley Hipotecaria], LO [Ley Orgánica], n.º [número], p. ej. [por ejemplo], RTVE [Radiotelevisión Española], ss. [y siguientes], (S)TC [(Sentencia del Tribunal Constitucional)], (S)YS [(Sentencia del Tribunal Supremo)], v. [véase], vs. [versus].

¹ CASAS HERVILLA, «Reflexiones en torno al delito de usurpación pacífica de bienes inmuebles», *Diario La Ley*, n.º 9.709, 2020.

una de las cadenas más populares), conectaban con una «experta» en directo que advertía a las potenciales víctimas de la necesidad de actuar en las primeras 48 horas desde la entrada ilegítima en el inmueble, pues de lo contrario, irremediablemente, se verían abocadas a procedimientos de meses de duración para recuperar la posesión (sin garantías de éxito). Este dato fue repetido (y desmentido después) por múltiples medios. La falta de rigor evolucionó hasta convertirse en difusión de «auténticas» *fake news*².

2. Proposiciones de ley

Coincidiendo con estas noticias, los GGPP Popular y Ciudadanos (ambos el 17 de julio), y Vox (el 7 de septiembre), impulsaron la publicación en el BOCG sendas Proposiciones de Ley en las que, entre otras medidas, endurecen el castigo penal del delito bajo el que, con mayor frecuencia, suelen subsumirse las conductas en cuestión: el de ocupación pacífica de bienes inmuebles, tipificado en el art. 245.2 CP y castigado (de momento) con una pena leve³ de multa.

El GP Popular⁴, en el art. 4 de su texto: propone castigar la ocupación pacífica con pena de prisión de 6 meses a 1 año y 6 meses; establece un subtipo agravado (pena superior en grado), también para la modalidad violenta o intimidatoria, si la ocupación se prolongase durante más de 15 días; incluye otro subtipo, este atenuado y solo para la modalidad pacífica, cuando se dé la restitución de la posesión en un máximo de 48 horas (trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días o multa de 2 a 12 meses); impone el castigo por pertenencia a organización criminal (aunque luego hable de grupo criminal) a los ocupantes que, conscientes de la ilegalidad de la ocupación, sigan instrucciones de esta; tipifica la conducta de «incitación a la ocupación»; y prevé el castigo de los actos preparatorios.

El GP Ciudadanos⁵ (que se olvida de nombrar su propuesta conforme a la exigencia de tramitación como LO de algunas de sus modificaciones), incluye un Título IV «Garantías frente a la ocupación ilegal en el ámbito penal», cuyo art. 6: aumenta la pena de multa de la ocupación pacífica dejándola en el intervalo de 6 a 12 meses; matiza que solo podrá cometerse en inmuebles, viviendas o edificios ajenos que no constituyan vivienda «habitual»;

² No existe ningún plazo en la LECr o en el CP que pueda relacionarse con esa información. A día de hoy, el CP solo establece la relevancia de plazos por horas: en el subtipo atenuado de los delitos de quebrantamiento de los deberes de custodia y de inducción de menores o personas con discapacidad necesitada de especial protección al abandono de domicilio, aplicable cuando se produzca la restitución y siempre que se haya comunicado el lugar de estancia o la ausencia no hubiera sido superior a 24 horas (art. 225 CP); en el delito de sustracción de menores, en el que las mismas circunstancias dan lugar a la exención de la pena (art. 225 *bis* CP); y en los delitos de hurto y robo (con fuerza en las cosas) de uso de vehículo a motor o ciclomotor, cuyo plazo de restitución directa o indirecta de 48 horas forma parte de la conducta típica (art. 244.1 y 2 CP).

³ Esto es así, aunque el Legislador no lo buscara expresamente, desde la LO 1/2015, por la degradación de ciertos delitos menos graves a leves (art. 13.4 CP).

⁴ Proposición de Ley 122/000065: https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=122/000065.

⁵ Proposición de Ley 122/000066: https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=122/000066.

incluye la fuerza en las cosas como medio comisivo cualificado y la equipara, a efectos penológicos, con la violencia y la intimidación (prisión de 1 a 2 años); y castiga expresamente la mediación e intervención (supuestos de participación) con la misma pena de las modalidades agravadas (violencia, intimidación y fuerza en las cosas) y la pertenencia a grupo u organización criminal.

Por último, el GP Vox⁶, que redacta un texto específico para la modificación del CP (y otro para la de la LECr), en su art. único: establece una pena de prisión de 1 a 3 años para la ocupación pacífica de no-morada (superior a la de la actual usurpación/ocupación violenta o intimidatoria); recoge la ocupación pacífica de morada (hasta ahora, un olvido legislativo inexplicable si se defiende que la relación entre los delitos de ocupación y allanamiento es de concurso de delitos y no de normas) con pena de 2 a 4 años de prisión; impone la pena superior en grado si concurre fuerza en las cosas; y añade un apartado final, cuanto menos curioso (ya lo sería solo por su ubicación en el CP), que autoriza a las FCSE a desalojar «a efectos meramente preventivos» si media denuncia o querrela, existe «apariencia de usurpación u ocupación ilegítima» y los ocupantes no dan razón suficiente que legitimase su conducta.

Penas del actual art. 245 CP vs. penas de las Proposiciones de Ley

	Ocupación violenta o intimidatoria	Ocupación pacífica
Regulación actual (art. 245 CP)	1 a 2 años de prisión ⁷	3 a 6 meses de multa
Proposición GP Popular	1 a 3 años de prisión	6 a 18 meses de prisión
Proposición GP Ciudadanos	1 a 2 años de prisión	6 a 12 meses de multa
Proposición GP Vox	4 a 6 años de prisión	1 a 3 años de prisión

En el ámbito procesal todas las Proposiciones de Ley coinciden en la usurpación/ocupación (y el allanamiento) al ámbito del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (art. 795.1. 2.ª LECr), conocido como «juicio rápido».

3. Instrucciones

El Ejecutivo reacciona y se dictan dos instrucciones:

- El 15 de septiembre, la Instrucción 1/2020 de la FGE, sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles.
- El 17 de septiembre, la Instrucción 6/2020 de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se establece el protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ante la ocupación ilegal de inmuebles.

⁶ Proposición de Ley 122/000069: https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=122/000069.

⁷ Hasta la LO 5/2010, la pena era de multa de 6 a 18 meses.

Lo más interesante de estos textos, desde el punto de vista del Derecho penal, es la interpretación que hacen de alguno de los conceptos sobre los que no ha habido acuerdo ni en la jurisprudencia ni en la doctrina (y que trataré al hablar de la regulación penal).

II. CONTEXTO

1. Algunos datos estadísticos

Ante este panorama hay que hacerse necesariamente dos preguntas: obviando las informaciones descaradamente inexactas, ¿está realmente justificada esta alarma por un aumento de ocupaciones de inmuebles?; y, ¿son realmente necesarias las modificaciones legislativas propuestas o basta con aclarar y unificar criterios en torno a la ya existente?

Para resolver la primera de las cuestiones (el aumento real de los casos) podemos ayudarnos de estadísticas: según las Memorias de la FGE⁸, los juzgados incoaron los siguientes procedimientos por el delito de usurpación/ocupación de bienes inmuebles (en sus dos modalidades): 27.263 (2015), 12.900 (2016), 10.373 (2017), 9.693 (2018), 9.622 (2019). En esta última Memoria se señala que «[ese] apartado muestra la misma tendencia de retroceso en las incoaciones que se ponía de manifiesto el año pasado, tras diversos ejercicios en los que la cifra aumentó» y sigue admitiendo que «[p]arece confirmarse la tendencia iniciada el año anterior respecto de la reducción del fenómeno de las ocupaciones», lo cual «contrasta con la percepción social del fenómeno de la ocupación»⁹.

Según el INE¹⁰, en los mismos años se produjeron las siguientes condenas: 3.278 (2015), 6.132 (2016), 6.757 (2017), 6.028 (2018), 4.687 (2019). También aquí se aprecia la tendencia decreciente¹¹.

Estos datos resuelven también en parte la segunda pregunta (la necesidad de la reforma legislativa); parece que estamos (otra vez) ante una utilización simbólica, en el mal sentido, del Derecho penal. Pero hay que reconocer que, si bien las Proposiciones de Ley se sabían innecesarias y de aprobación improbable, han tenido cierta utilidad, pues con las instrucciones mencionadas se arroja luz sobre algunas discrepancias interpretativas que existían (en la actuación policial, en la acusación del Ministerio Fiscal y también, indirectamente, jurisprudenciales). No obstante, para contestar del todo a esta segunda pregunta hay que analizar cuál es la regulación vigente y si esta es suficiente (pues puede que, aun sin crecimiento de los casos, sea deficiente) o si solo se trata de un problema de aplicación.

⁸ <https://www.fiscal.es/documentaci%C3%B3n>.

⁹ Memoria FGE 2019, 1.185-1.186.

¹⁰ <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=25997#!tabs-tabla>.

¹¹ Paradójicamente, el GP Vox utiliza estos mismos datos en la Exposición de motivos (II) de su Proposición de Ley, obviando la cifra correspondiente a 2019, para justificar «un notable incremento de los delitos de usurpación de inmuebles».

2. Regulación vigente

Por orden creciente de gravedad, encontramos protección jurídica en tres órdenes:

- La protección del Derecho civil, que puede acompañar a las dos siguientes (restitución de la posesión, indemnización...) o puede ser independiente y ejercitarse a través de: desahucio por precario (art. 250.1.2.º LEC en relación con el art. 444 CC), tutela de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad (art. 250.1.7.º LEC en relación con el art. 41 LH; poco utilizado) o juicio posesorio especial (art. 250.1.4.º LEC en relación con el art. 446 CC; antiguo interdicto). Este último procedimiento es especialmente rápido desde la Ley 5/2018, llamada del «desahucio exprés»¹² (permite dirigir la demanda contra «ignorados ocupantes» y regula un incidente de entrega inmediata, la cual se hará efectiva si los ocupantes no exhiben título que justifique su situación posesoria en el plazo de 5 días desde que se les requiera para ello).
- La protección administrativo-sancionadora, con una infracción leve tipificada en el primer párrafo del art. 37.7 de la LO 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana (conocida como «Ley mordaza»), cuyo supuesto de hecho se formula de manera residual, siendo sancionable con multa de 100 a 600 € «[l]a 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».
- Y la protección penal.

III. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROTECCIÓN PENAL

1. Función del Derecho penal

El Derecho penal es uno de los mayores «defensores de la CE». No solo porque incluya un Título específico de delitos contra la Constitución, el XXI (en el que se tipifican, p. ej., delitos como el de rebelión); dice su exposición de motivos que esta norma (el CP) «ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social». Y esto lo dice justo después de declarar que esta «forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal [...] ocupa un lugar preeminente en el conjunto del ordenamiento, hasta el punto de que, no sin razón, se ha considerado como una especie de “Constitución negativa”».

En resumen: la CE declara cuáles son los derechos y libertades más importantes de nuestra sociedad y el CP los protege con su fuerza preventiva. Pero ha de proteger, utilizando ya terminología penal, los bienes jurídicos más importantes, de los ataques más graves. Esto no es otra cosa que su carácter fragmentario, dicho de otro modo: que la protección penal se dispense a intereses jurídicos básicos cuando sean atacados de un modo realmente grave e intenso. Y otra manifestación del principio de intervención mínima es su carácter subsidiario o de *ultima ratio*: que los demás mecanismos o medios de reacción del Ordenamiento se hayan revelado insuficientes para enfrentarse a los comportamientos indebidos.

¹² Contra esta reforma se interpuso un recurso de inconstitucionalidad por el (entonces) GP Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, que fue desestimado por la STC 32/2019.

Veremos ahora si se cumple en estos supuestos¹³.

2. Bienes jurídicos protegidos y delitos

¿Cuáles son los bienes jurídicos¹⁴ que protegen los delitos relacionados con la ocupación?

En primer lugar, la intimidad y la inviolabilidad del domicilio (arts. 18.1 y 2 CE). Si lo que se ocupa (o pretende ocupar) es un domicilio, o más exactamente, una morada, el delito que se comete es el de allanamiento de morada. De esto no hay duda con la modalidad más habitual, la pacífica (por no existir delito de ocupación de morada). En los casos en los que exista violencia e intimidación la relación concursal es algo más compleja¹⁵, pero las Instrucciones se inclinan por la posición (correcta) del concurso de normas, subsumiendo los hechos solo bajo el allanamiento agravado (art. 202.2 CP). En su modalidad básica, el allanamiento de morada lo cometen los particulares que, sin habitar en ella, entran en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador (art. 202.1 CP). La pena: prisión de 6 meses a 2 años. Si la conducta fuera llevada a cabo por miembros de las FCSE sería de aplicación el art. 534.1.1.º CP o el art. 204 CP, dependiendo si media o no, respectivamente, causa legal por delito. Especialmente relevante es el objeto material de este delito: la morada. Este concepto, desarrollado por la jurisprudencia (además de la del TS, especialmente relevante es la del TC¹⁶), es instrumental: morada es cualquier espacio de intimidad (siempre una vivienda habitada, pero también, p. ej., una habitación de hotel, una caravana, una tienda de campaña...) con cierta vocación de permanencia; y también sus dependencias. Morada es el espacio cerrado o en parte abierto,

¹³ V. BAUCELLS I LLADOS, *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995, 1997*, Valencia, Tirant lo Blanch, 81 ss.

¹⁴ V. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 22.ª, 2019, Valencia, Tirant lo Blanch, 272 ss. y 386 ss.; CASTIÑEIRA PALOU/ESTRADA I CUADRAS, «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.), RAGUÉS I VALLÈS (Coord.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 6.ª, 2019, Barcelona, Atelier, 174 ss.; ROBLES PLANAS/PASTOR MUÑOZ, «Delitos contra el patrimonio (III)», en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.), RAGUÉS I VALLÈS (Coord.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 6.ª, 2019, Barcelona, Atelier, 282 ss.

¹⁵ Hay una diferencia sustancial entre ambos apartados del art. 245 CP (consecuencia de no tener el mismo origen): solo se exige que el objeto material del delito no sea morada en la ocupación pacífica. Por esta razón, dicha modalidad delictiva no plantea problemas concursales con el delito de allanamiento de morada. Sin embargo, una ocupación conseguida por medios violentos o intimidatorios plantea el siguiente problema: dado que, como se ha visto, los bienes jurídicos protegidos por ambos delitos son distintos (intimidad y posesión), no se vulneraría el principio de *non bis in idem* si la conducta se subsumiese bajo los dos simultáneamente, pero sí chocaría con este principio que la violencia o la intimidación cualificase a ambos. Según esta postura (concurso de delitos) estaríamos ante un concurso ideal entre: o bien un allanamiento básico con ocupación violenta o intimidatoria (que se castigaría con la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior –prisión de 1 año y 6 meses a 2 años–), o bien solo sería de aplicación la modalidad agravada del allanamiento de morada, puesto que la ocupación pacífica de morada no está tipificada. Como se ve, en la primera solución, la única que permite construir un concurso de delitos, el resultado es más benévolo (por ser el máximo más bajo y por no incluir la pena de multa) que si se aplica solo el allanamiento agravado del art. 202.2 CP (sea porque se opta por la segunda solución o porque se adopta la postura del concurso de normas), castigado con prisión de 1 a 4 años y multa de 6 a 12 meses.

¹⁶ V. HERRAIZ PAGÈS/DÍAZ SÁEZ, *Diligencia de entrada y registro e inviolabilidad de domicilio. Análisis integral y cuestiones prácticas*, 2020, Barcelona, Aferre, 27 ss.

separado del mundo exterior, que evidencia la voluntad del morador de excluir a terceras personas (que no cuentan con su consentimiento para entrar o permanecer en él) y que está destinado a actividades de la vida privada, propia¹⁷. El delito de allanamiento de morada, sobre todo a la hora de la actuación policial (que es casi de lo más se ha hablado últimamente), no presentará problemas si la morada es el domicilio habitual o primera residencia: la flagrancia delictiva será clara, máxime si es el domicilio en el que se está empadronado. Estos casos de ocupación de morada son muy raros y tienen una respuesta expeditiva. Los problemas aparecen con las segundas residencias, aunque parece que ahora ya está más claro (gracias también a las instrucciones) que las segundas residencias son morada siempre que se habite en ellas, aunque sea temporalmente (p. ej., la casa del pueblo o un apartamento utilizado solo en verano). No obstante, siempre habrá casos fronterizos, p. ej.: un apartamento puesto en alquiler por sus propietarios casi todo el año, menos unas semanas concretas en las que ellos mismos le dan un uso vacacional. Otro detalle importante es que este delito solo se tipifica en su modalidad dolosa, debiendo abarcar el dolo del sujeto activo el conocimiento de ese elemento típico; es decir, ha de conocer que se trata de una morada.

En segundo lugar, la propiedad (art. 33 CE) o, más concretamente, la facultad de posesión derivada de esta (específicamente el *ius possessionis*). Cuando el bien ocupado no es morada (y no concurre violencia o intimidación) los hechos se subsumen bajo el art. 245.2 CP. Comparte con el delito de allanamiento la ausencia de autorización debida, la ajenidad del inmueble y las dos modalidades de comisión activa (entrar) y pasiva (mantenerse dentro contra la voluntad del titular). Como ya indiqué al principio, la pena es de multa de 3 a 6 meses. Se habla normalmente de delito de usurpación porque el Capítulo en que se encuadra, dentro de los delitos patrimoniales, es el V «De la usurpación» (del Título VXIII), y el apartado 1, que tipifica la conducta violenta o intimidatoria, habla de ocupar cosa inmueble o usurpar derecho real inmobiliario; el 2 solo de ocupar pacíficamente, pero son «sinónimos»: se ocupa el inmueble y se usurpa el derecho real (la posesión). El TS exige¹⁸: cierta vocación de permanencia; un riesgo relevante para la posesión; que no exista título jurídico que legitime esa posesión, pues aunque solo haya sido autorizado temporalmente o como precarista, se habría de acudir a la vía civil; que conste la voluntad contraria a tolerar la ocupación; y que el dolo abarque la ajenidad y la ausencia de autorización unido a la voluntad de afectar la efectiva posesión del titular de la finca.

Una nota característica de ambas figuras delictivas es que son delitos permanentes, y eso tiene efectos, entre otras cosas, en la flagrancia delictiva¹⁹. Tanto el allanamiento como la usurpación/ocupación se consuman apenas el sujeto se ha introducido en el inmueble (con vocación de permanencia en este último), o deja transcurrir el tiempo suficiente para abandonarlo desobedeciendo la orden de salida, pero la lesión del bien jurídico es continua y se mantiene hasta

¹⁷ V. JIMÉNEZ PARIS, *La ocupación de inmuebles en el Código Penal español*, 2018, Madrid, Reus, 137 ss.

¹⁸ STS 800/2014 (fundamento de Derecho tercero).

¹⁹ Art. 795.1.1.ª LECr: «[...] se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él».

que cesa el allanamiento o la ocupación. Esto lo recuerdan también las Instrucciones: el delito sigue siendo flagrante y las FCSE podrán entrar en el domicilio y detener a los ilegítimos ocupantes (aunque con matices, pues la detención no cabe siempre ante los delitos de ocupación pacífica²⁰).

Por último, respecto a la regulación penal, otros delitos podrán aparecer también en una conducta de ocupación (ahora en sentido amplio). Para los casos de ocupación violenta, el propio art. 245.1 CP establece una relación concursal (se entiende, real-medial) entre el delito patrimonial y «las violencias ejercidas» (p. ej. lesiones). Como la fuerza en las cosas no se contempla como agravante específica del delito patrimonial, los daños producidos también pueden ser constitutivos de delitos autónomos (p. ej. daños). Asimismo, durante la ocupación pueden darse otros delitos patrimoniales, como defraudaciones de fluido eléctrico (art. 255 CP), o de otros títulos del CP, como falsedades documentales (si, p. ej., se falsifica un contrato de arrendamiento –art. 395 y concordantes CP–), desobediencia (art. 556.1 CP) e incluso los relacionados con organización o grupo criminal cuando entren en escena las llamadas «mafias de la ocupación» (art. 570 *bis* ss. CP).

IV. PROBLEMAS Y SOLUCIONES

Con este sistema de protección de varios niveles, aparentemente completo: ¿por qué se da esa sensación de impunidad?

En gran parte ha sido creada por los medios de comunicación con alguna finalidad (parece que los más beneficiados han podido ser las entidades bancarias y los «fondos buitres», cuyas viviendas suponen la mayoría de las ocupadas, las empresas de seguridad –alarmas, puertas blindadas...– y de desocupación –estas últimas de dudosa legalidad–); pero también tiene algo de realidad. Y es que, que existan casos que tarden en resolverse más de lo deseable es consecuencia de un sistema de protección incoherente. Tenemos desde 2018 una protección civil exprés, pero que ha de ceder ante la penal²¹ (eso sin tener en cuenta que la primera reacción suele ser, directamente, denunciar, aunque el inmueble no sea morada y aunque a los propietarios no les interese la sanción penal tanto como recuperar la posesión). Y tenemos una infracción administrativa para los casos que no sean constitutivos de delito (y, por tanto, con un reducido ámbito de aplicación²²) cuya sanción en forma de multa que puede llegar hasta los 600 €, mientras que la penal puede ser, si se impone una multa de 6 € al día (cantidad estándar que debería reducirse en los supuestos en los que los penados careciesen de ingresos estándar) durante 3 meses, de 540 €. Aun así, se puede concluir que, con la regulación existente, sí hay soluciones eficaces a corto plazo para los casos concretos de ocupación; eso sí, ante la multiplicidad de vías y a pesar de la no disposición total del cauce que puede tomar el procedimiento, habrá que elegir bien qué acciones se ejercitan. Lo que está claro es que la criminalización simbólica de conductas entorpece soluciones civiles rápidas. Y esto ya se dijo del delito de ocupación pacífica desde su nacimiento en 1995.

Desde luego, no se puede pretender una vía con la contundencia del Derecho penal, pero sin sus garantías (que suelen implicar lentitud). Y aquí vuelve la CE: si un propietario de un inmueble

²⁰ Art. 495 LECr.

²¹ Art. 40 LEC.

²² Según datos del INE, en 2019 se impusieron 710 en todo el Estado: <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/sec/jaxiPx/Datos.htm?path=/Datos10/10/&file=10002.px>.

que no es morada se entera de que este ha sido ocupado y denuncia, en caso de que haya dudas del título de los ocupantes y, por ello, ya no haya flagrancia delictiva, ese inmueble será considerado la legítima morada de los ocupantes (hasta que se demuestre que no tienen derecho a que lo sea). Se protege su domicilio (art. 18.2 CE) mientras no se destruya la presunción de inocencia (art. 24.2 CE); y eso puede provocar la indignación de los propietarios.

Pero el problema de fondo es más complejo.

Existen distintos tipos de ocupaciones, aunque en ocasiones (no inocentemente) se intenten mostrar como lo mismo: hay «okupaciones» políticas o sociales (normalmente de naves o edificios abandonados, con el fin de poner en marcha centros sociales, culturales... —esta rara vez es delito—), hay ocupación simbólica (p. ej. de fincas por jornaleros para protestar por sus condiciones laborales), hay narco-pisos; pero la que supone el mayor número de casos es la ocupación por necesidad²³. La solución al drama que supone que haya personas que tengan que ocupar para disponer de una vivienda no pasa por endurecer la legislación penal; una política criminal que quisiese poner solución al asunto debería plantearse resolver el problema de la vivienda en España (según datos del CGPJ²⁴ en 2019 se produjeron 54.006 desahucios —la cifra más baja desde 2008—: 36.467 por impago de alquiler, un 67,5 %; 14.193, un 26,3 %, por ejecuciones hipotecarias; y el 6,2 % restante, 3.346, por otras causas, entre las que están los delitos de usurpación/ocupación).

Aparece por fin el último derecho constitucional del título: el derecho a la vivienda (art. 47 CE). Por su ubicación, se trata de un principio rector de la política social y económica; lo que tiene importantes consecuencias. Finalizando ya y aunque no quería meterme (más) en un terreno que no es el mío²⁵, me niego a pensar que ese derecho constitucional, consagrado en la norma más importante de nuestro Ordenamiento jurídico, tenga menos efectividad que, p. ej., un bando municipal. Si el derecho a la vivienda «ya está escrito», tal vez su no aplicación efectiva solo sea un problema de interpretación (tanto el art. 18, como el art. 33 y el art. 47 CE se encuentran en el Título I «De los derechos y deberes fundamentales»). O quizá solo ha de desarrollarse: si la CE no ordena su protección en un grado máximo y no lo configura como directamente aplicable (como lo hace con el derecho a la inviolabilidad del domicilio²⁶ por su ubicación), la solución puede pasar por el desarrollo legislativo, tal y como se puede deducir de lo dispuesto por el art. 53.3 CE²⁷. Y si no fuera suficiente con que lo desarrollase una ley, el problema acabaría si se modificase la protección y efectividad («garantías») que se le brinda a este derecho en la CE (p. ej. cambiando su ubicación). Todo ello, en defensa de la Constitución y de los derechos que consagra.

²³ Si bien los jueces y tribunales no suelen aplicar la exigente completa de estado de necesidad (art. 20.5.º CP) por faltar el requisito de subsidiariedad.

²⁴ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Las-ejecuciones-hipotecarias-disminuyeron-un-36-5-por-ciento-en-2019-y-con-un-total-de-17-411--alcanzaron-la-cifra-mas-baja-de-los-ultimos-doce-anos->.

²⁵ Con razón señalaba el Prof. SOSA WAGNER en su intervención inaugural del curso que, lo responsable, tras identificar los problemas, es proponer soluciones.

²⁶ Aunque sea obvio, para que el domicilio sea inviolable primero hay que disponer de él: el derecho a la vivienda podría considerarse perfectamente un presupuesto del derecho fundamental a la intimidad.

²⁷ «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».