

Desahucio exprés contra la ocupación de viviendas

José Miguel Jiménez París

Doctor en Derecho y Licenciado en Criminología
Abogado Fiscal sustituto

LA LEY 8448/2018

I. Introducción

El llamado Código Penal de la Democracia *ha reintroducido* en su articulado como *delito* la ocupación pacífica de bienes inmuebles como ya hiciera el Código Penal de 1848 (art. 430), la reforma de 1850 (art. 441), el Código Penal de Carlos VII (aunque no tuvo vigencia en toda España, —art. 429—), y el Código Penal de 1928 (art. 709); llegando este último, el Código de la Dictadura de Primo de Rivera, a considerar como delito de sedición la comisión simultánea o la reiterada de este delito en un breve período de tiempo en un mismo término municipal.

El primero de los Códigos Penales españoles, de 1822, sólo tipificaba como delito la usurpación (*despojo*, en terminología de la época) pacífica cuando se trataba de bienes públicos o comunales (art. 341). En el Código Penal de 1870 (arts. 607.4.º y 609) y en el Código Penal de 1932 (arts. 582.4.º y 584), la ocupación pacífica parece relegarse a la categoría de *falta*. Otra interpretación llevaría al absurdo jurídico (y debe rechazarse toda interpretación que conduzca a él —argumento *ab absurdo*—); pues no tendría sentido que se tipificase como falta: 1.º) la entrada en heredad ajena cerrada o en la cercada, si estuviere manifiesta la prohibición de entrar, o 2.º) el sólo hecho de entrar en heredad murada y cercada sin permiso del dueño; y se considerase atípica la conducta más grave de ocupar sin autorización debida o mantenerse contra la voluntad de su titular, que implica necesariamente una previa entrada. Lo mismo puede predicarse del Código Penal de 1944, si bien limitado al sólo hecho de entrar en heredad murada o cercada sin permiso del dueño (art. 590). Desde la reforma del Texto refundido de 1973 por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, y hasta el CP de 1995, la persecución de tal conducta quedó condicionada a la previa denuncia del perjudicado (1) .

II. Ocupación de bienes inmuebles: ¿Ilícito civil? ¿Ilícito administrativo? o ¿Delito?

Tras la reintroducción en el Código Penal de 1995 de la ocupación pacífica de bienes inmuebles como *delito* ha existido una oposición por diversos operadores jurídicos a la aplicación del artículo 245.2 del Código Penal, una gran permisividad institucional a favor de la ocupación, y diversos intentos parlamentarios de derogación. Así, algunas asociaciones de abogados (ALA —Asociación Libre de Abogados— en Madrid, o ACDDH —Asociación Catalana Para la Defensa de los Derechos Humanos— en Barcelona, y el Informe «Análisis socio-jurídico sobre la necesidad de derogar el artículo 245.2 del Código Penal», elaborado por la Comisión de Defensa de los Derechos de las Personas del Colegio de Abogados de Barcelona, el cual no fue asumido por la Junta que presidía el Colegio) han mostrado la necesidad de derogar el artículo 245.2 del texto punitivo, comportándose como una «auténtica red de profesionales de la justicia, especializada en la defensa legal de la protesta» (2) ; la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña concluyó que la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de

enero, de Enjuiciamiento Civil «podría entrañar una derogación tácita de la norma penal» (3) ; Jueces para la Democracia, tras el congreso anual celebrado en Santander los días 7, 8 y 9 de noviembre de 1996, acordó solicitar al Parlamento Español la derogación del art. 245.2 del Código Penal (4) ; el Defensor del Pueblo ha mediado instando cesiones temporales de otros inmuebles vacíos o el retraso del desalojo de okupas (5) , y considera que ha de ser la jurisdicción civil, con sus correspondientes acciones, la más adecuada para reponer a los propietarios en la posesión de sus inmuebles y que en el supuesto de que esas acciones civiles no ofrezcan unas respuestas eficaces y rápidas, deberán ser modificadas para lograr que dichos propietarios reciban la protección y tutela que merecen, de modo que el Derecho penal y las sanciones que de él se derivan, queden reservadas para supuestos muy limitados y para aquellos casos en los que el Derecho civil se haya mostrado inoperante (6) ; el Gobierno atendiendo a una proposición no de ley del Parlamento de Cataluña, concedió el indulto por Real Decreto 2462/2000, de 1 de diciembre de 2000, a un okupa condenado por los disturbios ocasionados en una manifestación de protesta tras el desalojo del Cine Princesa (7) ; y en la VI Legislatura (1996-2000) y VII Legislatura (2000-2004) se han presentado un total de cuatro Propositiones de Ley Orgánica para la despenalización de la ocupación de inmuebles ajenos que no constituyan morada proponiendo que el apartado 2 del artículo 245 quedase sin contenido y que los Jueces y Tribunales procediesen a revisar de oficio las sentencias condenatorias dictadas en aplicación de dicho tipo penal (8) .

Asimismo, existe un sector doctrinal y jurisprudencial que, al amparo del manido *principio de intervención mínima*, pretende restringir el ámbito de aplicación del artículo 245.2 del Código Penal, so pretexto de existir una protección del patrimonio inmobiliario en el orden jurisdiccional civil, a través de la asimilación del ocupa al precarista, las acciones registrales, petitorias y posesorias (juicios verbales de tutela sumaria de la posesión); y desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, una protección del patrimonio inmobiliario en la vía administrativa (art. 37.7 LOPSC) (9) .

La reciente Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas, coloquialmente conocida como «*desahucio exprés contra las ocupaciones*», viene a ahondar en una posible derogación (si no «tácita», sí *de facto*) de la norma penal, cuando el perjudicado por la ocupación ilegal se trate de una persona física propietaria o poseedora legítima por otro título de una vivienda (o parte de ella), de entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla, y de entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social; quedando reducido (en la práctica) el ámbito penal a las entidades con ánimo de lucro (bancos, «fondos buitres»...). Y ello, porque una vez ejercitada por la persona física, entidad sin ánimo de lucro, o entidad pública la acción civil, y recuperada la posesión (que es lo que verdaderamente le interesa) por parte del propietario o poseedor legítimo por otro título de una vivienda (o parte de ella), normalmente no ejercitará posteriormente la acción penal para interesar la condena por este delito. La acusación pública, pese a tratarse de un delito perseguible de oficio, y al que no es de aplicación el principio de *oportunidad reglada* (Circular 1/2015 FGE (LA LEY 149/2015)) (10) , tampoco podrá ejercitar esa acción penal sin previo conocimiento de la *notitia criminis* si no existe denuncia, querella, o atestado policial, formando parte de la cifra negra de delitos (11) .

1. ¿Ilícito civil? Vías de recuperar la posesión

Los partidarios de la no intervención penal ante el «movimiento okupa» sostienen que estamos ante un delito de nuevo cuño introducido (mejor reintroducido, pues no es una figura delictiva ajena al Derecho histórico español) por el CP de 1995 cuya necesidad político-criminal es más que dudosa (12) .

Señalan además que aunque los «okupas» puedan suponer una molestia, por regla general este tipo de conductas tiene lugar en edificios abandonados por sus moradores o propietarios; y no es más

que una manifestación de «cultura alternativa», lo cual siempre, si es ejercido sin violencia o intimidación sobre las personas, puede suponer unas gotas de heterodoxia o, simplemente, diversión, a la vida ordinaria de suyo asaz y gris (13) .

Lo cierto es que el legislador de 1995 entendió que era necesario regular una conducta que venía extendiéndose bajo la denominación conocida de «okupas», con objeto de dotar a la posesión de inmuebles de una mayor protección, adicional a la civil y administrativa. *El debate sobre la tipificación penal de este delito se sitúa fuera del mundo del Derecho para residir en el de la política* (14) .

Así, afirma VON LISZT, que «el Estado aplica siempre la consecuencia penal de lo injusto, allí donde la civil (ejecución forzosa, restitución, indemnización) no le parece suficiente para reprimir lo injusto. Así ocurre... Cuando, como en el caso de homicidio, violación, etc., la indemnización civil no puede constituir la reparación de la perturbación jurídica... Cuando el orden jurídico atribuye... a un bien jurídico atacado un valor especialmente alto y quiere expresar, por tanto, la desaprobación del ataque en forma particularmente enérgica... Cuando la frecuencia de la agresión, el incremento de ciertos delitos... hacen sentir la necesidad de crear una contrapartida suficiente, por medio de una rigurosa amenaza penal. El delito, definido según su contenido, es, por tanto, el ataque a los intereses jurídicamente protegidos, especialmente peligroso, a juicio del legislador, para el orden jurídico existente» (15) .

Afirma la doctrina que «en el delito de usurpación de bienes inmuebles tenemos el clásico supuesto de tipo penal que se encuentra en "tierra de nadie", por así decirlo. Son tipos que tienen su origen en un ilícito civil y que posteriormente el legislador ha considerado, por motivos de política jurídico criminal, oportuno el tipificarlos. Es indudable que el legislador tuvo en mente el fenómeno de los "okupas" a la hora de incluir esta conducta en el Código Penal; sin embargo..., no nos encontramos ante un delito *ad hoc* en su naturaleza que penalice únicamente a este colectivo, cosa que sería bastante dudosa, ya que nuestro Derecho Penal no es de autor, sino de actividad. Por lo tanto, hay que contemplar este delito como un complemento a la protección civil que se da a la posesión y al resto de los derechos inherentes al dominio... En resumen, estamos ante un delito que proviene de una infracción de tipo civil que ya contaba con sus propios medios de tutela frente a las intromisiones ilegítimas contra la propiedad y la posesión. El delito tipificado en el artículo 245.2 cumple... una función de prevención general, más que de prevención especial en concreto, habida cuenta de la levedad de sus penas. Esto quiere decir que el legislador, al incluirlo en el Código Penal de 1995 ha puesto un "plus" de desvalor sobre dicha conducta, que durante los años 80 y 90 adquirió especial virulencia en España» (16) . En los últimos años, la ocupación de bienes inmuebles, lejos de ser un fenómeno aislado y tendente a la eliminación, se ha multiplicado exponencialmente. Así lo atestiguan los datos de las Memorias de la Fiscalía General del Estado (17) .

Se trata, pues, de un delito que está en la frontera del ilícito civil, ámbito en el cual tiene su origen esta conducta, y para la cual existen los siguientes remedios en el orden jurisdiccional civil:

A) Asimilación del okupa al precarista

A través de esta ficción jurídica, y como medio para lograr la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, se le pasaría a considerar al okupa como un precarista (art. 250.1.2.º LEC); y ello pese a no haber sido «cedida» la finca por el dueño, usufructuario o persona con derecho a poseer. Esta equiparación del okupa al precarista supone una perversión del proceso civil y una utilización torticera y desnaturalizada del mismo, así como una rotura con los esquemas clásicos y una crisis del sistema (18) .

Este cauce conocido como *desahucio por precario* plantea un problema de inexactitud conceptual, dado que en los supuestos de ocupación ilegal, no existe realmente tal precario, puesto que no hay ni un uso tolerado por el propietario o titular del legítimo derecho de poseer, ni ningún tipo de relación previa con el ocupante (19) .

B) Protección civil a través del registro de la propiedad (acción real registral del artículo 41 LH)

Existe para los bienes inmuebles la posibilidad de inscripción de «*los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles*» en el Registro de la Propiedad (art. 1 LH), lo que ofrece una publicidad oficial de la situación jurídica de los mismos, tratando con ello de dar firmeza y seguridad al tráfico jurídico, tanto para el adquirente de buen fe, como para aquellas personas que figuren inscritas como sus titulares. El Ordenamiento Jurídico ofrece a estos últimos la posibilidad de hacer valer su derecho inscrito a través del juicio verbal frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio (arts. 41 LH y 250.1.7.º LEC), sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación (20) .

Como requisito previo de admisión a trámite de la demanda se exige que el actor exprese en la misma, las medidas que se consideren necesarias para asegurar la eficacia de la sentencia que recayere, la caución que habría de prestar el demandado en caso de comparecer y contestar a la demanda, sin cuya prestación el demandado no podrá oponerse a ella, y que acompañe certificación literal del Registro de la Propiedad que acredite expresamente la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento que legitima al demandante (art. 439.2 LEC) (21) .

C) Relaciones jurídico-reales no inscritas o no inscribibles (acciones posesorias y petitorias)

Para las relaciones jurídico-reales no inscritas o que no pueden llegar a inscribirse (posesión no basada en la titularidad de un derecho real como es la del mero usucapiente), y que forman parte del patrimonio inmobiliario de una persona, el Derecho civil ofrece los antiguos interdictos de tutela de la posesión de bienes inmuebles, ahora juicios sumarios, que se dilucidan también a través del juicio verbal (art. 250.1.4.º.I LEC) (22) .

Esta acción, afirman PÉREZ DAUDÍ Y SÁNCHEZ GARCÍA tiene dos limitaciones significativas: le es de aplicación un plazo de caducidad de un año (art. 439 LEC); y, sobre todo, ha de acreditarse un despojo o perturbación que lesionen un estado posesorio previo, que en muchos casos no existe (por ejemplo, por haberse recibido el inmueble en herencia o por adquisición en un concurso de acreedores). Por esta última razón, tampoco da solución a la problemática de «ocupación» (23) .

En contra de esta última limitación, ALBALADEJO, quien sostiene que el despojado, que ostenta la posesión como derecho (posesión incorporal del despojado durante un año desde el despojo conforme al art. 460.4.º CC), puede *cederla*; y por lo tanto, ejercitar el cesionario el interdicto (hoy juicio verbal sumario) durante el tiempo que resta hasta el transcurso de un año desde el despojo. Se trata pues, de un supuesto de adquisición de la posesión como derecho, «*la adquisición de la posesión incorporal del despojado, cuando éste cede al adquirente la facultad de reclamarla del despojante*», quedando legitimado el cesionario para el ejercicio de todas las acciones que corresponderían al cedente (despojado) si éste se las hubiera transmitido (v. gr., venta en escritura pública de un inmueble por el despojado a un tercero si de la misma no se deduce la voluntad de excluir la transmisión de la posesión como derecho) (24) .

Y ello, sin perjuicio de ejercitar las acciones oportunas (acciones petitorias) en el proceso plenario declarativo correspondiente en virtud de la relación jurídica que vincula al sujeto con la cosa (v. gr., el dueño puede ejercitar la acción reivindicatoria, el usufructuario la *vindicatio usufructus*...). La protección posesoria no interdictal sigue siendo posible en juicio ordinario (aunque por su lentitud y mayor coste no se emplee). No puede obviarse la *acción reivindicatoria* (art. 348.2 CC) (25) .

D) Desahucio exprés contra las ocupaciones (art. 250.1.4.º.II LEC)

A juicio de SÁNCHEZ GARCÍA y PÉREZ DAUDÍ aunque no hay ninguna ley que ampare la ocupación entendida como usurpación de la posesión de un bien inmueble a su legítimo poseedor, nuestra

legislación procesal no dispone de instrumentos rápidos y eficaces para que el propietario pueda recuperar la posesión de su bien (la excepción es el desalojo inmediato como medida cautelar penal, al amparo del art. 13 LECrim). Ello ha generado un clima de inseguridad jurídica entre los propietarios porque el Derecho les veda la autotutela, y el legislador no les ha dotado de mecanismos ágiles para la recuperación de su inmueble; trascendiendo el problema del ámbito jurídico al social, al no existir ningún procedimiento civil específico para tramitar los procesos en que se reclame la posesión del bien inmueble ocupado ilegalmente (26) .

El legislador, en el Preámbulo de la reciente Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas, igual que los referidos autores, reconoce que «ninguno de los cauces legales actualmente previstos en la vía civil, para procurar el desalojo de la ocupación por la fuerza de inmuebles, resulta plenamente satisfactorio», y que «tampoco encuentra protección suficiente la función social que han de cumplir las viviendas que tienen en su haber las entidades sociales o instrumentales de las Administraciones públicas, para ser gestionadas en beneficio de personas y familias vulnerables, puesto que un porcentaje demasiado elevado del referido parque de viviendas se encuentra ocupado de forma ilegal, especialmente en los núcleos urbanos». Con la finalidad de obtener una respuesta ágil y eficaz, al margen del Derecho penal, la mencionada Ley 5/2018, «adecua y actualiza el tradicional *interdicto de recobrar la posesión* para una recuperación inmediata de la vivienda ocupada ilegalmente».

Como la ocupación ilegal, esto es, la ocupación no consentida ni tolerada, no es título de acceso a la posesión de una vivienda ni encuentra amparo alguno en el derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna, se ha articulado este procedimiento (juicio verbal sumario) para la defensa de los derechos de titulares legítimos que se vean privados ilegalmente y sin su consentimiento de la posesión de su vivienda (o parte de ella), excluyéndose del ámbito objetivo de aplicación a todos aquellos inmuebles que carezcan de la consideración de vivienda (locales, trasteros, solares...). Procedimiento que restringe la legitimación activa a la persona física que sea propietaria o poseedora legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social.

En definitiva, se trata de un juicio verbal sumario sin efecto de cosa juzgada para recuperar la posesión de una vivienda (o parte de ella) ocupada ilegalmente con la particularidad social de que si el ocupante ilegal se encontrara en situación de vulnerabilidad social, se regula la obligación de trasladar a los servicios públicos competentes comunicación sobre la situación del mismo por si procediera su actuación, siempre que otorgara su consentimiento (27) . Traslado que se hará cuando la notificación de la resolución contenga fijación de fecha para el lanzamiento; cuando haya sido posible la identificación del receptor o demás ocupantes; y cuando en la resolución (auto) que resuelva el incidente de inmediata entrega de la posesión se acuerde la entrega de esta al demandante y el desalojo de los ocupantes.

La oposición del demandado podrá fundarse exclusivamente en la existencia de título suficiente frente al actor para poseer la vivienda o en la falta de título por parte del actor.

Otra especialidad es que el procedimiento puede dirigirse genéricamente contra los desconocidos ocupantes de la vivienda, sin perjuicio de la notificación que de la demanda se realice a quien en concreto se encontrare en el inmueble al tiempo de llevar a cabo dicha notificación, para lo cual quien realice el acto de comunicación podrá ir acompañado de agentes de la autoridad. El legislador acoge expresamente una solución que los Tribunales ya preveían. Ante la dificultad de identificación individualizada de los demandados, la Jurisprudencia a través del artículo 7.3 de la LOPJ otorgaba legitimación pasiva a los «ignorados ocupantes» como reconoció la Audiencia Provincial de Gerona, en el juicio del «Casal Popular La Maret», al reconocer legitimación pasiva al denominado Casal, actuando en su representación, una usuaria o integrante del grupo que actúa como Casal, quien compareció en el pleito con el consentimiento y asentimiento de los demás usuarios, que actuando en

régimen asambleario le encomendaron su personación en el pleito, o «le dieron a ella los papeles» para que lo hiciera, estando así representado el Casal demandado por la compareciente, como gestora de los intereses del grupo, aun cuando solo sea para ese concreto asunto, dada la aparente inexistencia de un permanente órgano de gestión interna que asuma la representación del grupo frente a terceros (28) .

Aunque en el ámbito penal la ocupación de una vivienda exige que no constituya morada, pues, en otro caso estaríamos ante un allanador y no ante un ocupa; entendemos que cuando el legislador en la LEC alude de forma genérica al término vivienda incluye tanto la morada, como las segundas viviendas (viviendas temporales o de vacaciones), como las viviendas que estén completamente deshabitadas (v. gr., vivienda vacía, en venta, y a la espera de un comprador). Mayores dudas suscitan los supuestos de vivienda que no sean inmuebles, pues, ni ésta ni la morada han de ser necesariamente, bienes inmuebles (tiendas de campaña, roulottes...) (29) .

La celeridad que se persigue con este procedimiento permite un trámite incidental (monitorio-posesorio previo lo denomina LÓPEZ JARA) conforme al cual si el demandante hubiera solicitado la inmediata entrega de la posesión de la vivienda, en el decreto de admisión de la demanda se requerirá a sus ocupantes para que aporten, en el plazo de cinco días desde la notificación de aquella, título que justifique su situación posesoria. Si no se aportara justificación suficiente, el tribunal ordenará mediante auto la inmediata entrega de la posesión de la vivienda al demandante, siempre que el título que se hubiere acompañado a la demanda fuere bastante para la acreditación de su derecho a poseer. Contra el auto que decida sobre el incidente no cabrá recurso alguno y se llevará a efecto contra cualquiera de los ocupantes que se encontraren en ese momento en la vivienda. Todo ello sin exigir caución ni concurrencia de peligro por la mora procesal.

Con independencia de este «*incidente de inmediata entrega de la vivienda*», cuya solicitud depende de la voluntad del demandante, el proceso principal de *inmediata recuperación* de la plena posesión de una vivienda o parte de ella, que se decidirá por los trámites del juicio verbal, terminará con sentencia que en caso de ser estimatoria de la pretensión permitirá su ejecución sin necesidad del transcurso del plazo de 20 días a que alude el artículo 548 LEC. Mientras que en el incidente el demandado solo puede aportar título que justifique su situación posesoria, en el proceso principal puede alegar también la falta de título por parte del actor (30) .

A diferencia de lo que pudiera pensarse, por la ubicación sistemática de este procedimiento en el artículo 250.1.4.º de la LEC, y de lo que manifiesta el Preámbulo de la Ley 5/2018 «se adecua y actualiza el tradicional *interdicto* de recobrar la posesión»; no nos encontramos en realidad ante un interdicto, ni le es de aplicación el plazo de caducidad establecido en el artículo 439.1 de la LEC. Y ello, porque *la acción que se reconoce, por la reciente Ley 5/2018, en el párrafo II del artículo 250.1.4.º LEC, no se fundamenta en la pérdida de la posesión como hecho y correlativa existencia de la posesión como derecho (art. 460.4.º del CC), sino en el derecho a poseer* (31) . Así, el artículo 437.3 bisin fine establece que el actor en la demanda «*deberá acompañar el título en que funde su derecho a poseer*». En igual sentido se muestra el trámite incidental del 441.1 bis LEC al establecer que si el demandado no aporta título que justifique su situación posesoria, «*el tribunal ordenará mediante auto la inmediata entrega de la posesión de la vivienda al demandante, siempre que el título que se hubiere acompañado a la demanda fuere bastante para la acreditación de su derecho a poseer*». Y, por último el artículo 444. 1 bis LEC, donde se reconocen como únicas causas de oposición por parte del demandado «*la existencia de título suficiente frente al actor para poseer la vivienda o en la falta de título por parte del actor*».

Y derecho a poseer o *ius possidendi* es el que independientemente de que se sea o no poseedor, compete a la persona a quien, según la ley, corresponde la facultad de poseer la cosa (al dueño de la misma, al arrendatario...) (32) . Esto supone que si el actor, aunque haya transcurrido más de un año desde el despojo, en su demanda acompaña «*título en que funde su derecho a poseer*» (v. gr., el

título de propiedad), no debería en ningún caso inadmitirse la demanda por haber transcurrido el plazo de caducidad de un año al que alude el art. 439.1 LEC. Y ello, al no fundamentarse esta acción en la posesión como derecho (derivada de la correlativa desposesión y pérdida de la posesión como hecho), sino en su derecho a poseer o *ius possidendi*. Es decir, que mientras siga siendo propietario, arrendatario, usufructuario..., mientras siga ostentando la condición que le faculta a poseer la cosa, o dicho de otro modo mientras ostente el derecho a poseer o *ius possidendi*, podrá ejercitar el *desahucio exprés contra los ocupas*.

2. ¿Ilícito administrativo?

«La Constitución Española de 1978 asumió el concepto de seguridad ciudadana (artículo 104.1), así como el de seguridad pública (artículo 149.1.29.ª). Posteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han venido interpretando, con matices, estos dos conceptos como sinónimos, entendiendo por tales la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad ciudadana.

Es a la luz de estas consideraciones como se deben interpretar la idea de seguridad ciudadana y los conceptos afines a la misma, huyendo de definiciones genéricas que justifiquen una intervención expansiva sobre los ciudadanos en virtud de peligros indefinidos, y evitando una discrecionalidad administrativa y una potestad sancionadora genéricas.

Para garantizar la seguridad ciudadana... la Ley, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, parte de un concepto material de... [ésta] entendida como actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad de los ciudadanos... [y teniendo] en cuenta, como reiteradamente ha declarado el Tribunal Constitucional, que el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal son, con matices, manifestaciones de un único *ius puniendi* del Estado... junto a las infracciones tipificadas por el legislador de 1992, la Ley sanciona conductas que, sin ser constitutivas de delito, atentan gravemente contra la seguridad ciudadana... [Y] se ha considerado oportuno sancionar comportamientos... que perturban la convivencia ciudadana o el pacífico disfrute de las vías y espacios públicos, todos ellos bienes jurídicos cuya protección forma parte de los fines de esta Ley por su colindancia con la seguridad ciudadana.» (33)

En la Ley Orgánica de Protección de Seguridad Ciudadana (art. 37.7) se sanciona con una multa de 100 a 600 euros una conducta en apariencia similar a la tipificada en el artículo 245.2 del Código Penal (34) .

La diferencia entre ilícito penal y administrativo no podemos hallarla en la descripción de la acción misma porque ambos contemplan el hecho de la ocupación de un inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia (el mantenimiento) en ellos. La conducta no se solapa (o al menos no se solapa solamente) con el delito de usurpación del artículo 245.2 CP, como inicialmente pudiera parecer por su similitud en la redacción, sino que hay que poner en relación como techo superior de estas conductas, también los delitos tipificados en el 203 CP (en las modalidades en que no se exige violencia o intimidación) e incluso con el 557 ter CP (35) .

Será necesario acudir a las pautas marcadas por el Tribunal Constitucional; según el cual la interpretación de un determinado delito, cuando concurre con una infracción administrativa, ha de realizarse por la vía de la reducción del primero, para respetar el principio de proporcionalidad o intervención mínima. En palabras del Alto Tribunal «*el ámbito de la tipicidad penal es distinto y más estrecho que el de las prohibiciones administrativas*». Varias son las vías con las que cuenta el intérprete penal para operar esa reducción:

La primera sería acudir al sentido gramatical, dando a cada término la expresión exacta. La única diferencia la encontramos en la exigencia en el ámbito penal (art. 245.2 CP) de que el objeto material «no constituya morada», lo que permite sostener que en el ámbito administrativo su objeto material

es más amplio al poder recaer tanto sobre inmuebles que constituyan morada como sobre los que no cumplan tal requisito. Pero la acción, ocupar o permanecer (mantenerse dice el Código Penal) es la misma. Atendiendo a uno de los fines específicos de la LOPSC («la pacífica utilización de vías y demás bienes demaniales, y en general, espacios destinados al uso y disfrute público», —art. 3.f—) podemos concluir afirmando que aunque el objeto material puede ser cualquier inmueble que no constituya morada, la LOPSC está especialmente pensada para tutelar tanto las vías y demás bienes demaniales como los espacios destinados al uso y disfrute público, siempre que sean inmuebles y que la ocupación o permanencia en ellos no sea constitutiva de infracción penal. Consideramos, como afirma PRECIADO DOMÈNECH, que lo que se pretenden sancionar, fundamentalmente, son acciones de protesta tanto en la vía pública (v. gr., acampada en la Puerta del Sol por movimiento 15-M), como otras modalidades de protesta en espacios comunes públicos o privados (v. gr., encierros en empresas, en bancos, en organismos oficiales, etc.). Desde la entrada en vigor de esta Ley Orgánica se pretende, como sostiene el CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, que el uso del espacio público ya no se rija por el principio general del uso común al que se refería el Código Civil en su artículo 344, sino que parece seguir la tesis de que el espacio común, público o privado, ha de estar regulado y cualquiera de sus usos sometido a autorización (36) .

En segundo lugar acudir a los principios generales de limitación del *ius puniendi* que impiden que existan delitos meramente formales penalizando infracciones administrativas.

Y en tercer lugar tener en cuenta la protección del bien jurídico de modo que sólo cuando la acción tenga potencialidad para lesionarlo, más allá de lo que en su caso prevea la infracción administrativa, la acción en cuestión podrá ser considerada como infractora del ordenamiento penal (37) .

Si partimos de que el Derecho penal sólo sanciona las conductas más graves forzoso será buscar en los hechos mismos la distinción y así sólo podrá hablarse de delito del art. 245.2 ó 203 CP cuando el riesgo generado por el hecho de la ocupación o mantenimiento sea superior al que se produce por el solo hecho de hacerlo. Dicho de otro modo, en general la ocupación o el mantenimiento será infracción administrativa y sólo cuando se demuestre, por las circunstancias concretas de los hechos, que ese riesgo es superior al que trata de proteger la norma administrativa podrá hablarse de delito. Es obvio que no es posible hacer un elenco o catálogo de supuestos, que siempre tendrán un carácter relativo, pero entendemos que con las bases establecidas será suficiente como para poder diferenciar en qué ocasiones los hechos han de merecer el reproche del Derecho penal (38) .

La Jurisprudencia *menor*, en el caso concreto de concurrencia de ilícito penal y administrativo, ha tenido ocasión de pronunciarse y manifiesta expresamente: que la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, si bien degrada la consideración como leve del delito de usurpación de bien inmueble, en ningún caso lo despenaliza; que la Ley de Seguridad Ciudadana es subsidiaria de la regulación penal; que la preferencia que se impone de la jurisdicción penal sobre la administrativa obliga a la Administración a abstenerse de actuar en los supuestos en que los hechos pueden ser constitutivos de infracción penal mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; y que cuando tal deber de abstención se infringe, procede declarar nulo el acto administrativo sancionador o computar la sanción administrativa en la ejecución de la pena (39) .

3. ¿Delito?

Siendo las acciones registrales y los interdictos de retener y recobrar la posesión (en la actualidad juicios verbales sumarios, aunque el Preámbulo de la Ley 5/2018 vuelve al empleo del término interdicto), vías suficientes para proteger el patrimonio inmobiliario (40) , consideran los partidarios de la no intervención penal que no se entiende el recurso al mismo, pues ello vulnera su carácter fragmentario, subsidiario, de «última *ratio*», y de intervención mínima (41) .

MANGAS CAMPOS considera que para discernir cuándo estamos ante un delito o ante una mera cuestión civil, «no puede acudirse al tan socorrido e invocado principio de intervención mínima del

Derecho penal, puesto que se trata de una herramienta interpretativa de escaso valor al ceder siempre ante el principio de legalidad». Igualmente afirma que «tampoco es de utilidad, a diferencia de lo que en otras infracciones penales linderas con el Derecho privado ocurre, el considerar si en el caso concreto ese Derecho ofrece o no suficiente protección al derecho subjetivo afectado, pues para todos los casos subsumibles en el art. 245.2 CP, en cualquiera de sus dos modalidades, el Derecho civil da protección suficiente; es incuestionable que el Derecho civil no puede abarcar la íntegra defensa de la propiedad o de la posesión dejando despojado de contenido al Derecho penal, puesto que si el Legislador ha previsto tales herramientas ha sido precisamente para actuar contra vulneraciones cuya resolución privada no es suficiente para garantizar el bien jurídico protegido. Y, en fin, ni siquiera cabe aludir a la mayor gravedad del ataque como criterio diferenciador, pues, dejando aparte los supuestos en los que se utiliza la violencia (contemplados en el apartado 1 del referido artículo), esa gravedad está ínsita en la propia usurpación, en el despojo del disfrute de una cosa ajena y en las consecuencias jurídico privadas de la posesión de mala fe, expresamente previstas en el Código Civil» (42) .

Razones, sobre todo de prevención general, justificarían la tipificación de la ocupación pacífica de bienes inmuebles a juicio del legislador. Para éste, afirma IBARRA SÁNCHEZ, no bastan los procedimientos civiles porque sostiene que el especial desvalor de estas conductas trasciende al derecho privado (43) .

Así, frente a quienes afirman que la ocupación pacífica es una mera cuestión civil, sostenemos por el contrario, que la intervención penal es necesaria, está perfectamente adaptada a las exigencias jurídico-penales de un Estado social y democrático de Derecho, y responde a los valores constitucionalmente proclamados por el artículo 1 CE (44) .

En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3.ª, S 21-11-2002, rec. 567/2002, Pte: Morales García, Oscar: «El artículo 245 del Código Penal ha suscitado una fuerte polémica desde su entrada en vigor, principalmente desde una perspectiva ideológica (de posicionamiento político, si se quiere) pero también de técnica jurídica, dados los evidentes puentes entre la norma penal y las instituciones de carácter civil. Desde la primera perspectiva el rol del juzgador, en cuanto aplicador del Derecho es limitada. A lo sumo, en el momento de dar salida al segundo problema, es decir, al problema de técnica jurídica, si el halo de discrecionalidad es suficientemente grande podrá optar por la solución ideológicamente más acorde con sus postulados. Y, en todo caso, no puede negarse que en la tipificación de la conducta del artículo 245 CP hay una carga ideológica importante que el legislador, legítimamente, ha plasmado. Conviene recordar aquí, para evitar confusiones, que los principios de subsidiariedad y *ultima ratio*, tan invocados en la práctica forense, no concurren en el momento de interpretar las normas penales como mecanismos de derogación de normas. Los citados principios, por el contrario, y en cuanto informadores del Derecho Penal, deben estar presentes en la mente del legislador cuando éste propone a las Cámaras la aprobación de una norma penal, restrictiva por lo tanto de derechos, invasiva en la mayor parte de los casos en la libertad personal del individuo. Pero el contenido de estos principios (y principalmente la ponderación de proporcionalidad que lleva pareja el de subsidiariedad) es lo suficientemente elevado como para legitimar la existencia del artículo 245 CP, aun cuando ideológicamente no se esté de acuerdo. La Sentencia del Tribunal Constitucional 55/1996, de 28 de marzo, ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el entendimiento que de los principios anteriormente descritos y sus respectivas interacciones (especialmente proporcionalidad en relación con la selección del bien jurídico y, delimitado éste, "*quantum*" de sanción penal correspondiente, y subsidiariedad), es lícito efectuar a partir de la Constitución. La apuntada pluralidad de lecturas integradas en la Carta Magna, sirve de apoyo al Tribunal para extraer un mínimo axiológico en la labor interpretativa de la misma cuya virtualidad se ofrece, de modo ciertamente juicioso y equilibrado, en un doble sentido. De un lado, en función de "los principios elementales de justicia

inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho", se afirma la posibilidad de desterrar del ordenamiento jurídico aquellas normas jurídico penales en cuya elaboración no se haya tenido en cuenta "la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador". Ello confirmaría, en una primera lectura, la virtualidad del marco valorativo constitucional en la elaboración de las normas penales y su decisivo papel en el proceso de legitimación del *ius puniendi*. Ahora bien, y en segundo lugar, la aplicación *ex Constitutionem* de medidas expeditivas de la magnitud de la advertida, no puede convertirse en instrumento del juego político-ideológico no siendo, pues, recurso de fácil consecución, quedando expedita su utilización única y exclusivamente en supuestos en los que la violación lo es respecto de pautas valorativas (que tampoco imponen al legislador una solución precisa y unívoca, según recoge la Sentencia) constitucionalmente indiscutibles (para lo que habrá de acudir al cotejo de normas penales análogas) en los que se advierta un "patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria". El razonamiento anterior se produce, además, a la luz del necesario reconocimiento del pluralismo político (atributo igualmente de la dignidad humana) como límite a la pretensión de imponer autoritariamente las valoraciones propias. Partiendo de lo anterior, es evidente que *la norma del artículo 245 CP, se comparta o no política o ideológicamente por cuantos intervienen en el proceso penal, es constitucionalmente irreproachable* a la luz de la doctrina del TC expuesta, y a salvo la interposición de una cuestión de inconstitucionalidad y un cambio sustancial en la línea del Alto Tribunal. El legislador de 1995, en definitiva, ha pretendido ofrecer una protección reforzada a la posesión como atributo de la propiedad cuando esta última es puesta en jaque por una posesión ajena continuada».

Afirma la Fiscalía General del Estado que «preocupa la degradación de las usurpaciones a delito leve... una conducta demasiado generalizada y grave» (45) . No nos encontramos ante un «delito bagatela». Existe un interés público relevante en la persecución del hecho como lo demuestra la obligación que tienen los Fiscales de interesar siempre «*la prosecución de la causa y la celebración de juicio*» sin que opere el principio de oportunidad reglada (46) . Si no ha de darse un exceso en la punición (sanción penal) de aquellas conductas de escasa transcendencia y relevancia social, tampoco es político-legislativa, ni constitucionalmente admisible, la bagatelización de determinados bienes jurídicos nucleares protegiéndolos exclusivamente mediante infracciones administrativas o ilícitos civiles. La importancia de los bienes jurídicos que se tutelan en el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles justifica la necesidad de la tutela penal de tales conductas (47) .

III. Conclusiones

Sorprende que frente a las actuales tendencias político-criminales de nuestros días (de defensa contra peligros, de temor al delito, de control de una sociedad de riesgos, y con un Derecho penal preventivo), exista una cierta «sensibilidad social» hacia las conductas de los colectivos okupas que apuntan en otra dirección totalmente opuesta (48) . Igualmente llama la atención que el legislador a través de la Ley 5/2018 pretenda una despenalización si no tácita, de *facto*, de esta conducta antisocial. Así como que equipare los supuestos de personas y familias en sobrevenida situación de vulnerabilidad económica y de exclusión residencial, con aquellos otros supuestos en que sin que exista relación alguna con situaciones de extrema necesidad, se da una ocupación ilegal premeditada con finalidad lucrativa aprovechando de forma muy reprochable la situación de necesidad de personas y familias vulnerables. Y ello amparándose en la alta sensibilidad social que existe en relación a las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad económica y de exclusión residencial; disfrazando actuaciones ilegales por motivaciones diversas, que pocas veces responden a la extrema necesidad.

Consideramos criticable la restricción que la Ley 5/2018 hace del nuevo juicio verbal sumario de recuperar la posesión a las entidades con ánimo de lucro y no ya solo por establecer una diferencia injustificada ante el titular de la propiedad que el art. 33 CE no establece, sino por obligarle, bien a

acudir a la vía penal para recuperar la posesión de sus inmuebles ilegítimamente ocupados, o bien a acudir a la vía civil teniendo que emplear (según reconoce el legislador) cauces insatisfactorios, que conllevan una demora temporal extraordinaria y con perjuicios de los legítimos poseedores.

Creemos que para lograr una inmediata recuperación de la vivienda por el propietario o titular de otros derechos legítimos de posesión de viviendas (o parte de ellas), así como para proteger suficientemente la función social que han de cumplir las viviendas que tienen en su haber las entidades sociales o instrumentales de las Administraciones públicas, para ser gestionadas en beneficio de personas y familias vulnerables, hubiera sido preferible, como dice la Memoria de la Fiscalía General del Estado (2017), *introducir un inciso en el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a fin de que se recoja de forma expresa la posibilidad de acordar como medida cautelar el reintegro en la posesión con carácter provisional a los legítimos titulares de los bienes muebles o inmuebles sustraídos o usurpados* (49) . Esta medida cautelar penal se estima necesaria para evitar que los ilegítimos ocupantes, posibles beneficiarios de las viviendas de protección oficial, soslayen el cumplimiento de determinados requisitos, entre ellos el de su solicitud, y el establecimiento de criterios de preferencias que aseguren la mayor objetividad posible. Precisamente para hacer efectivo el constitucional principio de igualdad.

Sin olvidar que la función social de la propiedad, desligada de la política social e intereses de la colectividad, no puede ser soporte para argüir la exclusión de la protección penal y que el estado de necesidad no puede convertirse en un subterfugio para dar lugar expansivamente a impunidades inadmisibles, con quiebra de la propia seguridad jurídica, si cualquier conflicto de intereses abocara a la comisión del delito, concluimos que frente a las ideas que preconizan la derogación de este tipo penal es más acertado, como afirma el Profesor GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «un modelo de reacción al delito que pondere no solo el rendimiento y efectividad del sistema sino la satisfacción razonable de las expectativas de los implicados en este problema social y comunitario: el castigo del comportamiento delictivo, la reinserción del infractor, la reparación del daño ocasionado a la víctima, la solución productiva del conflicto interpersonal que el delito pueda evidenciar, en su caso, y la pacificación de las relaciones sociales y mejora del clima social» (50) .

- (1) Vid., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., Y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. (1988). *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias*. Madrid: Akal; *Código Penal de Carlos VII, por la gracia de Dios, Rey de España*. Edición oficial. Tolosa, en la imprenta real, 1875; SANTA CECILIA GARCÍA, F. (1992). Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, sobre actualización del Código español. *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, núm. 57/58.
- (2) ASENS LLODRÁ, J. (2004). La represión al «movimiento de las okupaciones»: Del aparato policial a los *mass media*. En: ADELL ARGILÉS, R., Y MARTÍNEZ LÓPEZ, M. (COORD.), *¿Dónde están las llaves? El movimiento okupa: Prácticas y contextos sociales*. Madrid: Catarata, pág. 300.
- (3) *Instrucción Interna, Núm. 3/2001. Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 14 de mayo de 2001.*
- (4) Propuesta de Montserrat Comas de Argemir, Estrella Blanes y Joaquín Bayo, la cual obtuvo 82 votos a favor, 2 votos en contra, y 22 abstenciones. Vid., JUECES PARA LA DEMOCRACIA. (1996). *Acerca de la criminalización de los llamados «Okupas»*. *Resolución del Congreso de Jueces para la Democracia en Santander, días 7, 8 y 9 de noviembre*. [En línea], <http://juecesdemocracia.es/congresos/xicongresos/Documentos/Resolucion%20-%20Acerca%20de%20los%20llamados%20okupas.pdf>
- (5) AGUIRRE, B. (1997). El Defensor del Pueblo acepta mediar entre los «okupas» de Lavapiés y las instituciones. *El País*, 25/10/1997. [En línea], http://elpais.com/diario/1997/10/25/madrid/877778663_850215.html
- (6) Vid., DEFENSOR DEL PUEBLO (1999). *Informe anual 1998 y debates en las Cortes Generales I. Informe*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados. Págs. 216-219.

- (7) BOE. Núm. 306. III.— Otras disposiciones. 22 de diciembre de 2000, pág. 45458.

- (8) *Vid.*, BOCG. Congreso de los Diputados. VI Legislatura. Serie B. Propositiones de Ley, 13 de febrero de 1998. Núm. 152-1; BOCG. Congreso de los Diputados. VI Legislatura. Serie B. Propositiones de Ley, 13 de febrero de 1998. Núm. 154-1; BOCG. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie B. Propositiones de Ley, 9 de junio de 2000. Núm. 73-1; BOCG. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie B. Propositiones de Ley, 23 de noviembre de 2001. Núm. 174-1.

- (9) En este artículo empleamos como la generalidad de la doctrina indistintamente los términos ocupa y okupa. No obstante, para una distinción terminológica y conceptual entre ocupas, «inmobiliarias ocupas» y okupas, *Vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, J.M. (2017). Ocupación vs. Okupación: ¿dos realidades distintas para un mismo tipo penal? *La Ley Penal*. núm. 125; JIMÉNEZ PARÍS, J.M. (2018). *La Ocupación de inmuebles en el Código penal español*. Madrid: Reus. En la línea de este autor, la reciente Proposición de Ley de garantía de la seguridad y convivencia ciudadanas frente a la ocupación ilegal de viviendas presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos estima que «es necesario distinguir entre dos tipos de ocupaciones ilegales. Por un lado, las llevadas a cabo por individuos o grupos de delincuencia organizada (a veces incluso por grupos terroristas), que perpetran estas ocupaciones de forma premeditada y con una finalidad lucrativa, aprovechándose de esas mismas personas en situación de vulnerabilidad a las que tenemos a bien proteger, a veces incluso extorsionándolas para obtener una compensación económica como condición previa para recuperar su vivienda; y, por otro, las realizadas por grupos antisistema». BOCG. Congreso de los Diputados. XII Legislatura. Serie B. Propositiones de Ley, 6 de abril de 2018. Núm. 242-1, pág. 2.

- (10) Fiscalía General del Estado ha dispuesto instrucciones de actuación para los Fiscales (Circular 1/2015 (LA LEY 149/2015)) que persiguen «enmendar y corregir» los errores del legislador, ordenando que *«se interesará siempre la prosecución de la causa y la celebración de juicio cuando se trate de un delito de ocupación de un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o de mantenerse en los mismos sin autorización, del art. 245.2 CP»*. Circular 1/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015, pág. 33.

- (11) «La "cifra negra" alude a un cociente (concepto aritmético) que expresa la relación entre el número de delitos efectivamente cometidos y el de delitos estadísticamente reflejados». GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (2013). *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 63.

- (12) En esta línea de oposición a la tipificación de la ocupación pacífica, máxime si se trata de inmuebles que no se encuentran en condiciones de ser habitados, *Vid.*, ROCA AGAPITO, L. (2011). Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas. En: ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.), *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. Valencia: Tirant lo Blanch. Págs. 199-200; SERRANO GÓMEZ, A., Y SERRANO MAÍLLO, A. (2011). *Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid: Dykinson, pág. 409; MUÑOZ CONDE, F. (2013). *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 397; BRAGE CENDÁN, S.B. (2002). El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal). *El Consultor inmobiliario*, núm. 27. Pág., 27; BARBER BURUSCO, S. (1999). La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal. *Sentencias de TST y AP y otros Tribunales*, vol. V, Pág., 5; BAUCCELLS I LLADÓS, J. (1997). *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- (13) QUERALT JIMÉNEZ, J.J. (2010). *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, pág. 445.

- (14) IBARRA SÁNCHEZ, J.L. (2015). Práctica procesal y bien jurídico protegido en el delito de usurpación inmobiliaria del artículo 245.2 del Código Penal, tras la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5. Págs. 243-244. «Este tipo de delito, introducido en nuestra legislación por el CP 95 a fin de sancionar las conductas de los llamados "ocupas"». STS, Sala 2.ª, S 15-11-2004, núm. 1318/2004, rec. 487/2003, Pte: Delgado García, Joaquín.

- (15) VON LISZT, F. (1927). *Tratado de Derecho Penal. Tomo segundo*. Madrid: Reus. Págs. 442-444.

- (16) GÓMEZ IBARGUREN, P. (2009). *El tratamiento del fenómeno «okupa» en el Derecho Español*. Bosch biblioteca on line. Págs. 29-31.

- (17) JIMÉNEZ PARÍS, J.M. (2018). *La Ocupación de inmuebles en el Código penal español*. Madrid: Reus, pág. 28.
- (18) Vid., IBARRA SÁNCHEZ, J.L. (2009). La ocupación de inmueble no destinado a morada: El delito de usurpación del artículo 245.2 del Código Penal. *Diario La Ley*, núm. 7305; MARTÍ MARTÍ, J. (2006). Desahucio por precario contra el movimiento «ocupa». *Diario La Ley*, núm. 6446; MARTÍ MARTÍ, J. (2010). Proceso de desahucio frente a los colectivos «ocupas». *Diario La Ley*, núm. 7442; MARTÍ MARTÍ, J. (2013). La protección del Derecho Penal frente a la ocupación de los bienes inmuebles por colectivos «ocupas». *Diario La Ley*, núm. 7999. Sobre el particular, Vid., IZQUIERDO BLANCO, P. (2017): Capítulo II. El juicio verbal de desahucio por precario. En: IZQUIERDO BLANCO, P., Y PICÓ I JUNOY, J. (DIR.), *El juicio verbal de desahucio y el desalojo de viviendas okupadas*. Barcelona: Bosch. Págs. 41-100.
- (19) Exposición de motivos de la Proposición de Ley de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, por la que se regula un procedimiento específico para garantizar la posesión de viviendas titularidad de propietarios personas físicas y para asegurar a las entidades sociales y a las Administraciones públicas la disponibilidad de las viviendas en su haber destinadas al alquiler social. BOCG. Congreso de los Diputados. XII Legislatura. Serie B. Proposiciones de Ley, 30 de enero de 2017. Núm. 78-1, pág. 3.
- (20) Vid., ALBALADEJO GARCÍA, M. (2010). *Derecho Civil III. Derecho de bienes*. Madrid: Edisofer, pág. 898. Sobre el particular, Vid., GIL HEREDIA, J.A. (2017): Capítulo III. El juicio verbal de protección de los derechos reales inscritos, frente a quienes se oponga a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación. En: IZQUIERDO BLANCO, P., Y PICÓ I JUNOY, J. (DIR.), *El juicio verbal de desahucio y el desalojo de viviendas okupadas*. Barcelona: Bosch. Págs. 101-136.
- (21) Vid., LÓPEZ CHOCARRO, I. (2018). La ocupación ilegal y el juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos (artículo 250.1.7.º LEC). La caución como requisito para acceder al recurso de apelación. *Diario La Ley*, núm. 9204.
- (22) JUAN PINTÓ RUIZ considera el procedimiento del art. 250.1.4.º LEC (antiguo interdicto de recobrar y retener) más oportuno que el procedimiento penal. En contra de este criterio se muestra MARTÍ MARTÍ, QUIEN en caso de acudir a la vía civil considera más adecuado la equiparación del ocupa al precarista (art. 250.1.2.º LEC). Cfr. PINTÓ RUIZ, J.J. (2007). El fenómeno «Okupa»: defensa del perjudicado. ¿Qué vías procesales tiene el poseedor legítimo para proteger su derecho? *Economist&Jurist*, núm. 108, pág. 32; MARTÍ MARTÍ, J. (2010). Proceso de desahucio frente a los colectivos «ocupas». *Diario La Ley*, núm. 7442; pág. 7.
- (23) PÉREZ DAUDÍ, V., Y SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2017). La protección del propietario frente a los actos de ocupación ilegal de un bien inmueble. *Diario La Ley*, núm. 9008, pág. 4.
- (24) ALBALADEJO GARCÍA, M. (2010). *Derecho Civil III. Derecho de bienes*. Madrid: Edisofer. Págs. 77-81.
- (25) Vid., ALBALADEJO GARCÍA, M. (2010). *Derecho Civil III. Derecho de bienes*. Madrid: Edisofer. Págs. 331 y ss.
- (26) Vid., SÁNCHEZ GARCÍA, J.M.ª. (2016). Instrumentos procesales adecuados para la recuperación de la vivienda ocupada contra la voluntad de su propietario. *vLex*, núm. 150. [En línea], <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid./instrumentos-procesales-adecuados-recuperacion-652787625>; PÉREZ DAUDÍ, V., Y SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2017). La protección del propietario frente a los actos de ocupación ilegal de un bien inmueble. *Diario La Ley*, núm. 9008.
- (27) Distinta de la ocupación ilegal, esto es, la ocupación no consentida ni tolerada, que no es título de acceso a la posesión de una vivienda ni encuentra amparo alguno en el derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna es la permanencia en la vivienda ejecutada que contempla el art.1 de la Ley 1/2013 a favor de los deudores hipotecarios en situación de vulnerabilidad social. Vid., JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2015). La suspensión del lanzamiento del deudor hipotecario y su familia, y la continuación de la ejecución ordinaria posterior, tras la Ley 1/2013 «Anti-desahucios». En: CUADRADO IGLESIAS, M., Y NÚÑEZ BOLUDA, M.ª, DE LOS D. (DIR.), BERROCAL LANZAROT, A.I., JIMÉNEZ PARÍS, T.A., Y CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (COORD.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Manuel García Amigo*. Madrid: La Ley. JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2016). La suspensión del lanzamiento del deudor hipotecario. Análisis de la reformas operadas por la Ley 25/2015, de mecanismo de segunda oportunidad y de la reciente jurisprudencia de los Tribunales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. núm. 758.

- (28) Vid., Audiencia Provincial de Gerona, sec. 2.ª 7-5-1998, núm. 188/1998, rec. 149/1998.
- (29) Cfr., QUERALT JIMÉNEZ, J.J. (2010). *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, pág. 446.
- (30) BOE. I.- Disposiciones Generales. Jefatura del Estado. Núm. 142. Martes, 12 de junio de 2018. Sec. I. Págs. 60209-60213. Sobre la reforma de la LEC por la Ley 5/2018, de 12 de junio, en relación a la ocupación ilegal de viviendas, Vid., PÉREZ LLOSA, L. (2018) (1). El nuevo procedimiento frente a la «okupación». La tutela efectivamente sumaria. *Actualidad Civil. Especial: Nuevo procedimiento frente al fenómeno «okupa»*. junio 2018; PÉREZ LLOSA, L. (2018) (2). El nuevo procedimiento frente a la «okupación». La ejecución de las resoluciones judiciales. *Actualidad Civil. Especial: Nuevo procedimiento frente al fenómeno «okupa»*, junio 2018; LÓPEZ JARA, M. (2018). El nuevo procedimiento civil para garantizar la posesión de viviendas frente a su ocupación ilegal. *Actualidad Civil*. núm. 6.
- (31) Sólo es interdicto la acción que se basa en el solo hecho de ser poseedor (en la posesión de hecho). La acción del art. 250.1.4.º II LEC se basa en el *derecho a poseer*. «La protección de la posesión en sí, se realiza mediante las acciones llamadas (con terminología procedente del Derecho romano) *interdictos*... Hoy la antigua protección posesoria interdictal se realiza en juicio verbal (LEC 250.4.º) y dentro del plazo de caducidad de un año (art. 439)... El poseedor puede, durante el plazo de un año a partir del despojo, o inquietación, acudir a los Tribunales para, *basándose en el solo hecho de ser poseedor (y sin entrar en la cuestión de si le corresponde o no el derecho a poseer)*, promover el oportuno procedimiento judicial tendente a que se le devuelva la posesión o cese la inquietación (y se evite en el futuro). Usando el juicio interdictal, hoy verbal, en que se pretende la *tutela sumaria* de la posesión, el plazo de un año es de caducidad; fuera de aquél, el plazo es de prescripción y la duración del mismo la que corresponda al caso, según sea acción relativa a posesión de inmuebles o de muebles». ALBALADEJO GARCÍA, M. (2010). *Derecho Civil III. Derecho de bienes*. Madrid: Edisofer. Págs. 94-95. El plazo de presentación de la demanda interdictal, que como señala el artículo 439.1 LEC es el de un año a contar desde el acto de la perturbación o despojo, tiene su raíz sustantiva en el número 4.º del artículo 460 CC. Vid., AP Cádiz, sec. 8.ª 19-12-2003, núm. 414/2003, rec. 484/2003; AP Sevilla, sec. 5.ª 19-2-2007, núm. 82/2007, rec. 268/2007; AP Girona, sec. 1.ª 22-2-2008, núm. 82/2008, rec. 664/2007.
- (32) ALBALADEJO GARCÍA, M. (2010). *Derecho Civil III. Derecho de bienes*. Madrid: Edisofer, pág. 37.
- (33) Preámbulo de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.
- (34) Dispone el artículo 245.2 CP: «*El que ocupe, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses*». Con similar redacción el 37.7 LOPSC: «*Son infracciones leves... 7. — La ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos, en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de infracción penal. Asimismo la ocupación de la vía pública con infracción de lo dispuesto por la Ley o contra la decisión adoptada en aplicación de aquella por la autoridad competente. Se entenderá incluida en este supuesto la ocupación de la vía pública para la venta ambulante no autorizada*».
- (35) Sobre las propuestas *de lege ferenda* para ofrecer una distinta respuesta penal ante las diferentes conductas de los ocupas, «inmobiliarias ocupas» y okupas, Vid., JIMÉNEZ PARÍS, J.M. (2017). Ocupación vs. Okupación: ¿dos realidades distintas para un mismo tipo penal? *La Ley Penal*. núm. 125; JIMÉNEZ PARÍS, J.M. (2018). *La Ocupación de inmuebles en el Código penal español*. Madrid: Reus. Págs. 343-346.
- (36) PRECIADO DOMÈNECH, C.H. (2013). *Anteproyecto de ley de represión ciudadana. Comentarios de urgencia y tablas comparativas*. Pdf. (29/XI/2013). [En línea], <http://www.juecesdemocracia.es/pdf/INFOLEYSEGCIUDADANA.pdf>, pág. 17; CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA. (2015). La nueva Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana (Informe 12/2014). *Informes 2014. Comisión Jurídica. Consejo General de la Abogacía Española*. Valencia: Tirant lo Blanch. Págs. 44-45.
- (37) TC Pleno, S 24-2-2004, núm. 24/2004, BOE 74/2004, de 26 de marzo de 2004, rec. 3371/1997, Pte: Pérez Vera, Elisa. Sobre la distinción entre ilícito penal e ilícito administrativo, Vid., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (2012). *Introducción al Derecho Penal. Volumen I. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*. Madrid: Ceura. Págs. 95-105; GÓMEZ

TOMILLO, M. (2010). La distinción ente la infracción administrativa y el delito. En: GÓMEZ TOMILLO, M., Y SANZ RUBIALES, I, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. Navarra: Aranzadi; RANDO CASERMEIRO, P. (2010). *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- (38) Vid., AP Toledo, sec. 2.ª, S 2-7-2015, núm. 87/2015, rec. 62/2015, Pte: Ochoa Vidaur, María Isabel.
- (39) Vid., AP Madrid, sec. 16.ª, S 29-1-2016, núm. 55/2016, rec. 107/2016, Pte: Teijeiro Dacal, Francisco Javier; AP Barcelona, sec. 10.ª, S 26-4-2016, núm. 302/2016, rec. 32/2016; MAGRO SERVET, V. (2017). El delito de usurpación de inmuebles del artículo 245.2 CP: ¿Vía penal o vía civil? *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 126, pág. 12. CUERDA RIEZU sostiene, sobre el descuento o compensación por parte del Tribunal penal de la previa sanción administrativa, que lo correcto es que cuando ya ha existido una previa sanción administrativa y el mismo hecho es objeto después de un enjuiciamiento penal, proponer un indulto total o parcial (que equivalga al descuento de la sanción administrativa), y asimismo proponer al Gobierno mediante exposición razonada que reforme el Código y prevea el descuento mediante una norma expresa. CUERDA RIEZU, A. (2011). El descuento o la compensación como criterio para evitar un *bis in idem*. ¿Cumplimiento de la Constitución con incumplimiento de la Ley? En: MUÑOZ CONDE, F., LORENZO SALGADO, J.M., FERRÉ OLIVÉ, J.C., CORTÉS BECHIARELLI, E., NÚÑEZ PAZ, M.A. (DIR.); Y NÚÑEZ PAZ, M.A. (EDITOR Y COORD.), *Un Derecho Penal Comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*. Valencia: Tirant lo Blanch. Págs. 239-266.
- (40) ALBALADEJO GARCÍA, M. (2010). *Derecho Civil III. Derecho de bienes*. Madrid: Edisofer. Págs. 96-97; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. (2004). Especialidades de los procesos declarativos ordinarios. En: DE LA OLIVA SANTOS, A., Y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Tomo II. — Derecho Procesal civil. El proceso de declaración. Conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Ceura. Págs. 664-665. La protección posesoria interdictal está pues íntimamente ligada a la posesión como derecho, y más concretamente a la posesión incorporal del despojado (una de las tres manifestaciones de la posesión como derecho junto a la posesión civilísima del heredero y la posesión mediata), según la cual el despojado pierde el poder de hecho sobre la cosa pero conserva durante un año un poder incorporal en cuya virtud puede, durante ese plazo, recuperar la tenencia material mediante la oportuna reclamación judicial (arts. 460.4.º y 446 CC). Y ello, sin perjuicio de ejercitar las acciones oportunas en proceso plenario declarativo correspondiente en virtud de la relación jurídica que vincula al sujeto con la cosa (v. gr., el dueño puede ejercitar la acción reivindicatoria, el usufructuario la *vindicatio usufructus*...). ALBALADEJO GARCÍA, M. (2010). *Derecho Civil III. Derecho de bienes*. Madrid: Edisofer. Págs. 94-102.
- (41) Vid., BAUCELLS I LLADÓS, J. (2000). La okupación de inmuebles en el nuevo Código Penal. En: VV.AA. *Okupación, represión y movimientos sociales. Jornadas de debate organizadas por la asamblea de Okupas de Terrasa*. Barcelona: Traficantes de sueños. Págs. 49-50.
- (42) MANGAS CAMPOS, A. (2015). La interpretación del artículo 245.2 del Código Penal y el activismo judicial. *Diario La Ley*, núm. 8672, pág. 8. «Lo que determina la "gravedad" del hecho... [es] la conducta de entrar en el inmueble con la oposición del titular, permanecer en éste y el dolo de llevar a cabo esta conducta». MAGRO SERVET, V. (2017). El delito de usurpación de inmuebles del artículo 245.2 CP: ¿Vía penal o vía civil? *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 126, pág. 7. Para un estudio dogmático penal de la ocupación pacífica de bienes inmuebles (art. 245.2 CP) desde una concepción finalista del delito, Vid., JIMÉNEZ PARÍS, J.M. (2018). *La Ocupación de inmuebles en el Código penal español*. Madrid: Reus.
- (43) IBARRA SÁNCHEZ, J.L. (2015). Práctica procesal y bien jurídico protegido en el delito de usurpación inmobiliaria del artículo 245.2 del Código Penal, tras la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, pág. 245.
- (44) «No es factible argüir una posible inconstitucionalidad del precepto [art. 245.2 CP] contraponiendo los artículos 33 y 47 de la Constitución Española y la función social de la propiedad que aparece en el artículo 348 del Código Civil... El legislador ha creído pertinente dar una protección adicional en el ámbito penal a los derechos inherentes al dominio sobre los bienes inmuebles por razones de política criminal, siendo además el derecho a la vivienda digna un principio rector de la vida social y económica y no un derecho propiamente dicho cuya tutela pueda pedirse directamente ante los Tribunales como establece el artículo 53.3 de la Constitución. El único argumento válido en este sentido es el de cuestionar la constitucionalidad de las razones del legislador, teniendo en cuenta que todas las normas del ordenamiento deben ser interpretadas de acuerdo con la Constitución. Sin embargo, al no hacerse una tipificación "ad hoc" contra los "okupas", se elimina completamente esta tenue posibilidad». GÓMEZ IBARGUREN, P. (2007). *El fenómeno okupa desde la perspectiva del Derecho Penal*. Noticias Jurídicas. Artículos Doctrinales. Derecho Penal (1-XI-2007). [En línea], <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4326-el-fenomeno-okupa-desde-la-perspectiva-del-derecho-penal/>.

- (45) *Memoria Elevada al Gobierno de S.M. Presentada al Inicio del Año Judicial por la Fiscal General del Estado Excm. Sra. D.ª Consuelo Madrigal Martínez Pereda. Madrid, 2016. Volumen I. Edita: Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. Gobierno de España, pág. 801.*

- (46) *Circular 1/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015 (LA LEY 149/2015), pág. 33.*

- (47) GÓMEZ TOMILLO, M. (2010). La distinción ente la infracción administrativa y el delito. En: GÓMEZ TOMILLO, M., Y SANZ RUBIALES, I, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. Navarra: Aranzadi. Págs. 118-119.

- (48) *Vid., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (2013). Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos. Valencia: Tirant lo Blanch. Págs. 726-735; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (2014). Tratado de Criminología. Valencia: Tirant lo Blanch. Págs. 1129-1137; HASSEMER, W. (2008). Seguridad por intermedio del Derecho penal. En: MUÑOZ CONDE, F. (DIR.), Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch. Págs. 63-64.*

- (49) *Memoria Elevada al Gobierno de S.M. Presentada al Inicio del Año Judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín. Madrid, 2017. Volumen I. Edita: Fiscalía General del Estado. Ministerio de Justicia. Gobierno de España. Págs. 901-902.*

- (50) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (2013). *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 727.