



FACULTADE DE DEREITO

DELITO DE OCUPACIÓN PACÍFICA DE BIENES INMUEBLES

TFG presentado por Miriam Nieto Torres

Curso académico 2016/2017

Tutor: Santiago B. Brage Cendán

DELITO DE OCUPACIÓN PACÍFICA DE BIENES INMUEBLES

PALABRAS CLAVE.- Ocupación pacífica. Movimiento “okupa”. Posesión. Derechos de uso. Titular. Propietario. Ocupar. Mantenerse. Patrimonio inmobiliario. Inmueble. Morada. Vivienda. Edificio. Autorización. Consentimiento.

RESUMEN.- En el artículo 245.2 del Código penal de 1995 se tipifica el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles, que surgió para dar una respuesta punitiva al “movimiento okupa”, tutelándose así como bien jurídico la posesión y los derechos de uso sobre el patrimonio inmobiliario. Esta infracción castiga con pena de multa de tres a seis meses dos modalidades de conducta: ocupar sin la autorización debida y mantenerse en contra de la voluntad del titular en los bienes que constituyen el objeto material de esta figura delictiva, esto es, inmuebles, viviendas o edificios ajenos que no sean morada. En cuanto a los medios comisivos, se trata de una ocupación pacífica que, por tanto, ha de desplegarse sin violencia o intimidación en las personas y en la que tiene cabida, para la mayor parte de la doctrina, la modalidad de fuerza en las cosas. El artículo 245.2 CP se configura como un delito común, por lo que cualquier persona puede ser sujeto activo del mismo, a excepción del propietario o titular del derecho real, dado el requisito de la ajenidad del objeto material así como el elemento subjetivo del ánimo de lucro, y, por otro lado, cabe identificar como sujeto pasivo a cualquiera que tenga facultad de disposición sobre el inmueble. Solo a través de dolo directo pueden llevarse a cabo las conductas del artículo 245.2 CP y, además, han de concurrir los elementos subjetivos del injusto “ánimo de lucro”, “actuar en concepto de dueño” y, por último, que el sujeto activo obtenga una utilidad con la ocupación.

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| 1. INTRODUCCIÓN | 3 |
| 2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: LA POSESIÓN Y LOS DERECHOS DE USO | 5 |
| 3. TIPO OBEJTIVO | 8 |
| 3.1 Sujetos activo y pasivo | 8 |
| 3.2 Objeto material: inmuebles, viviendas o edificios ajenos que no constituyan morada | 10 |
| 3.3 Conducta típica: ocupar sin la autorización debida y mantenerse en contra de la voluntad del titular | 15 |
| 3.3.1 Ocupar sin la autorización debida | 15 |
| 3.3.2 Mantenerse contra la voluntad del titular | 19 |
| 3.4 Medios comisivos: ausencia de violencia e intimidación en las personas y fuerza en las cosas..... | 21 |
| 4. TIPO SUBJETIVO..... | 24 |
| 4.1 Elementos subjetivos del injusto: el ánimo de lucro, actuar en concepto de dueño y la utilidad obtenida..... | 24 |
| 4.2 Formas de culpabilidad: el dolo..... | 25 |
| 4.3 Ausencia de culpabilidad: el error | 26 |
| 5. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN: LA LEGÍTIMA DEFENSA, EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO Y EL ESTADO DE NECESIDAD | 27 |
| 6. <i>ITER CRIMINIS</i> | 30 |
| 7. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN | 31 |
| 8. PROBLEMAS CONCURSALES | 32 |
| 9. PENALIDAD | 33 |
| 10. CONCLUSIONES..... | 34 |
| 11. BIBLIOGRAFÍA..... | 38 |
| 12. JURISPRUDENCIA CITADA | 40 |
| 13. LEGISLACIÓN..... | 42 |

1. INTRODUCCIÓN

El Capítulo V del Título XIII del Código penal acoge bajo la rúbrica “De la usurpación” distintos tipos penales, entre los que se encuentran los del artículo 245, que castiga en su apartado 1º “Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena” con las penas “en que incurriere por las violencias ejercidas y pena de prisión de uno a dos años, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado” y en su inciso 2º sanciona con la pena de multa de tres a seis meses al “que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular”. Así, en el mencionado artículo del Código penal se tipifican los delitos de ocupación de bienes inmuebles en su modalidad violenta o intimidatoria por un lado, y pacífica por otro, figura esta última en la que vamos a centrar nuestro análisis.

Con esta regulación, el Código penal pretende dar respuesta al fenómeno social de la ocupación, tal y como han declarado en diversas ocasiones doctrina¹ y jurisprudencia². Vulgarmente conocido como “movimiento okupa”, este suceso encuentra sus orígenes en los años sesenta y setenta en Gran Bretaña, donde el fenómeno *squatter* –movimiento “okupa” en inglés– estuvo primero vinculado al movimiento *hippie* y posteriormente al *punk*. Se extiende rápidamente por toda Europa dando lugar a la *Hausbesetzung* en Alemania y a la *krakers* holandesa, si bien no es hasta finales de los ochenta cuando llega a España –dando lugar a casos mediáticos como Lavapiés³ en Madrid³, o Cine Princesa en Barcelona⁴–, donde ha proliferado considerablemente hasta nuestros días, pues son aproximadamente 85.000 viviendas las ocupadas en nuestro país⁵ y tan solo en nuestra Comunidad Autónoma se presenta una media de una denuncia al día por “okupación” de

¹ Vid. BRAGE CENDÁN, S. B., “El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal)”, *El consultor inmobiliario*, septiembre de 2002, nº 27, p. 26; BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 28 y ss.; GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios prácticos al Código penal. Delitos contra el patrimonio y socioeconómicos. Artículos 234-318 bis. Tomo III*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 147 y 148.

² STS, Sala de lo Penal, 1318/2004, de 15 de noviembre (CENDOJ 28079120012004101257).

³ Diario digital El País, de 9 de octubre de 1996. http://elpais.com/diario/1996/10/09/madrid/844860277_850215.html

⁴ Diario electrónico El País, de 30 de octubre de 1996. http://elpais.com/diario/1996/10/30/espana/846630008_850215.html

⁵ Diario La Voz de Galicia, de 8 de mayo de 2017, p. 9.

viviendas⁶. En su mayoría se trata de grupos que promueven la defensa de espacios auto gestionados, como sucedió, por ejemplo, en los recientes casos de “Banc Expropiant” de Barcelona⁷ o de los Cines Yago de Santiago de Compostela⁸.

Ante esta situación los distintos Estados han optado por respuestas legislativas muy diversas: en Gran Bretaña la ocupación pacífica de inmuebles se trata como un ilícito civil y sin embargo en países como Holanda se construye en torno a una actitud de diálogo y apoyo por parte de las administraciones, ya que un inmueble tan solo puede estar un año sin que nadie haga uso de él⁹. Por su parte, España ha optado por la creación de una figura delictiva de ocupación en su modalidad pacífica, con pena de multa de tres a seis meses, que solo cuenta con los antecedentes fugaces de los Códigos penales de 1870 y 1928¹⁰, por lo que resulta extraña en nuestro Derecho histórico y que, además, pasa por alto el marco de protección extrapenal de nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, es necesario poner de manifiesto que el Derecho civil protege de forma suficiente el patrimonio inmobiliario: el titular del inmueble dispone de una acción interdictal de recuperar la posesión, que puede ejercitar en el plazo de un año y que se tramita por un procedimiento sumario, lo que supone una tutela rápida a la situación de despojo; asimismo, si el afectado por la penetración de un tercero en su inmueble con el propósito de ocuparlo fuese el propietario del bien, el Derecho privado le concede la acción reivindicatoria y, por último, también se prevé una acción derivada de los derechos inscritos en el Registro de la Propiedad, que podrá ejercitarse a través de juicio verbal, contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio¹¹.

⁶ Diario La Voz de Galicia, de 21 de abril de 2017, p. 10

⁷ Diario digital El Mundo, de 20 de octubre de 2016. <http://www.elmundo.es/madrid/2016/10/20/58091ad5468aebaf568b45b2.html>

⁸ Diario digital El Mundo, de 19 de noviembre de 2011. http://www.lavozdegalicia.es/noticia/santiago/2017/03/14/nueve-12-okupas-sala-yago-confiesan-delitos-evitar-carcel/0003_201703S14C3991.htm

Diario digital La Voz de Galicia, de 14 de marzo de 2017. http://www.lavozdegalicia.es/noticia/santiago/2017/03/14/nueve-12-okupas-sala-yago-confiesan-delitos-evitar-carcel/0003_201703S14C3991.htm

⁹ Vid. BAUCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles...*, op. cit., pp. 23 a 33; NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S., *Los delitos de usurpación de inmuebles en el Código penal de 1995. Aspectos sustantivos y procesales*. Madrián Libro, Librería Jurídica, Cambados, 1999, pp. 116 a 120.

¹⁰ Vid. BAUCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles...*, op. cit., pp. 66 a 78; NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S., *Los delitos de usurpación...*, op. cit., pp. 21 a 40.

¹¹ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal civil, parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 109 a 124; y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial II, Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Thomson Civitas, Madrid, 2008, pp. 543 y ss.

Así, el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles nace a la luz del denominado por sus redactores como el “Código penal de la Democracia”, cuya Exposición de Motivos declara que “pretende la adaptación positiva del nuevo Código penal a los valores constitucionales” y que “ha afrontado la antonimia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de una sociedad cada vez más compleja”, lo que llevó a la protección de nuevos bienes jurídicos y, con ello, la creación de nuevas figuras delictivas. Pero, ¿responde este delito a los principios que en todo caso deben regir el Derecho penal? Para solventar a esta cuestión hemos hecho un análisis e interpretación estrictamente jurídicos del delito del artículo 245.2 del Código penal, de ocupación no violenta de bienes inmuebles, dejando al margen cuestiones sociales o políticas y siguiendo el esquema básico de toda figura delictiva: bien jurídico protegido (epígrafe 2), tipos objetivo (epígrafe 3) y subjetivo (epígrafe 4), causas de justificación (epígrafe 5), *iter criminis* (epígrafe 6), autoría y participación (epígrafe 7), problemas concursales (epígrafe 8) y, por último, penalidad (epígrafe 9), lo que dará lugar a las conclusiones sobre esta no poco polémica figura delictiva (epígrafe 10).

2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: LA POSESIÓN Y LOS DERECHOS DE USO

Para determinar cuáles son aquellos bienes a los que este tipo penal pretende dar protección, el punto de partida es la ubicación en nuestro Código de la usurpación pacífica de bienes inmuebles, que no es otra que el Título relativo a los delitos contra el patrimonio. Por ello, cabe, por una parte, formular la siguiente cuestión: ¿qué se entiende por patrimonio? Si nos acogemos a una teoría mixta o jurídico-económica¹², cada vez más asentada en la doctrina, entenderíamos que los bienes patrimoniales se limitan a aquellos que gozan de un valor económico y que el sujeto posee en virtud de una relación jurídica. Así, bajo este Título XIII tienen cabida distintas figuras delictivas cuyo bien jurídico genérico es el patrimonio.

Prosiguiendo, interesa analizar el bien jurídico protegido del delito de usurpación desde un punto de vista concreto. Este tipo penal es una forma de ataque contra el patrimonio

¹² Vid. HUERTA TOCILDO, S., *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 35 y ss.

inmobiliario¹³, que trata de proteger el tranquilo disfrute de las cosas inmuebles, entendido éste como la ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o cualquier otro derecho real sobre los mismos¹⁴. Por tanto, no se protege el derecho a la propiedad¹⁵, a diferencia de lo que ocurre en los delitos de robo y hurto, que tienen como objeto material cosas muebles y por tanto aprehensibles y susceptibles de ser trasladadas de un lugar a otro, lo que permite que el sujeto activo las aparte del ámbito de dominio del sujeto pasivo de forma definitiva y permanente.

Es necesario precisar en este punto que los bienes inmuebles, que constituyen el objeto material de la figura delictiva del artículo 245.2 CP, son susceptibles de inscripción registral (artículo 1 de la Ley Hipotecaria) y no permiten traslado y sustracción física. La primera de las circunstancias apuntadas, la inscripción en el Registro de la propiedad de los bienes inmuebles, otorga una protección jurídica que no existe respecto de los bienes muebles. Ello permite la inscripción de los actos y contratos que afectan a la propiedad de los bienes inmuebles, así como la anotación de los demás derechos reales que recaigan sobre los mismos (artículo 605 CC), lo que, puesto en conjunción con la imposibilidad de traslado de este tipo de bienes¹⁶, supone que la titularidad jurídica de los mismos siempre permanezca a salvo en caso de que sean materialmente ocupados o usurpados por un tercero. Así, la vinculación formal que existe entre una persona y una cosa inmueble se ve dotada de protección por la función que cumple el Registro de la Propiedad, por lo que no sería necesario acudir al Derecho penal para obtener una tutela efectiva en cuanto a *dominus* de un inmueble o titular de un derecho real limitado sobre el mismo.

Pues bien, es doctrina asentada que el bien jurídico protegido del delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles está conformado por la posesión, tenencia y uso efectivo y material que una persona tiene sobre un inmueble¹⁷ y que constituye la vinculación fáctica con la misma. En palabras de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de marzo de 2010¹⁸, “el bien jurídico protegido por el delito de usurpación es la posesión, es decir, una

¹³ SERRANO GÓMEZ, A., y otros, *Curso de Derecho penal: Parte Especial*, Dykinson, Salamanca, 2016, p. 290.

¹⁴ BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles...*, *op. cit.*, p. 123.

¹⁵ SAP de Barcelona, Secc. 5ª, 217/2003, de 16 de enero (CENDOJ 08019370052003100041).

¹⁶ BOIX REIG, J. (dir.), y otros, *Derecho penal: Parte Especial. Delitos contra las relaciones familiares, contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Iustel, Madrid, 2012, p. 195.

¹⁷ BOIX REIG, J. (dir.), y otros, *Derecho penal: Parte Especial. Delitos contra...*, *op. cit.*, p. 196.

¹⁸ SAP de Madrid, Secc. 2ª, 126/2010, de 23 de marzo (Tol 1864681).

relación específica del propietario sobre la cosa, una situación de hecho consistente en el señorío sobre la cosa derivada de su condición de propietario de ella”.

Tras señalar como objeto de protección de esta figura delictiva la posesión y los derechos de uso, es preciso que traigamos a colación alguna de las sentencias que han ido perfilando el bien jurídico protegido. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de marzo de 2007¹⁹ consideró que la posesión protegida por el orden penal “es la que se goza y disfruta de forma efectiva, no solo porque la que no se disfruta efectivamente ya tiene protección en el ordenamiento civil mediante el ejercicio de las correspondientes acciones posesorias y reivindicatorias, sino porque el Derecho penal no debe proteger la posesión que no se ejerza obteniendo una utilidad individual y ello con independencia de que los motivos de la falta de utilización del bien no sean imputables a la propiedad”. Asimismo, matiza que el delito de usurpación pacífica de bienes inmuebles no se trata de una infracción de riesgo, sino de lesión al bien jurídico protegido, dando protección al poseedor que goce y disfrute efectivamente del bien, lo utilice en cualquier concepto, alcanzando tal protección también aquellas situaciones posesorias que, aunque no impliquen la utilización de la cosa de forma transitoria, tengan esa vocación, que se va a deducir de la adopción por parte del poseedor de las medidas adecuadas para dar efectividad a su utilización. Por su parte, la Audiencia Provincial de Barcelona, en su sentencia de 4 de febrero de 2010²⁰, sostiene que “no son punibles las ocupaciones (...) en las que no exista una posesión socialmente manifiesta”.

Para BOIX REIG²¹, el motivo que pudo llevar al legislador a la intervención del Derecho penal frente a conductas que atentan contra la pacífica posesión, tenencia o uso de un inmueble, viene justificada por no resultar esta vinculación fáctica debidamente protegida con la inscripción registral; si bien apunta que la inamovilidad de este tipo de bienes hacen que el Derecho civil sí que pueda restituir a su titular un bien que permanece siempre en el mismo lugar, a diferencia de lo que ocurrirá con los muebles, donde el Derecho civil no puede restituir a su titular un bien que no está. Asimismo, también critica la improcedencia del tipo penal del apartado 2º del artículo 245 CP, porque aunque el Registro de la Propiedad no pueda proteger de forma directa una situación posesoria, la vía civil proporciona la posibilidad de que el legítimo poseedor ejercite con carácter

¹⁹ SAP de Madrid, Secc. 17ª, 270/2007, de 12 de marzo (Tol 1091128).

²⁰ SAP de Barcelona, Secc. 7ª, 125/2010, de 4 de febrero (Tol 1830412).

²¹ BOIX REIG, J. (dir.), y otros, *Derecho penal: Parte Especial. Delitos contra...*, op. cit., pp. 196 a 199.

sumario los interdictos de retener o recobrar la posesión ante una situación de despojo material.

En suma, el bien jurídico tutelado por la figura delictiva del artículo 245.2 CP se corresponde con la ausencia de perturbación en el tranquilo disfrute de los derechos de posesión y uso que recaen sobre los bienes inmuebles, viviendas, o edificios que no constituyan morada.

3. TIPO OBEJTIVO

3.1 Sujetos activo y pasivo

Por lo que hace al sujeto activo, el artículo 245.2 del Código penal se refiere a la expresión “El que ocupare (...)”, que equivale a “cualquiera que”²², tratándose por tanto de un delito común, ya que no se exige ninguna cualidad especial para ser sujeto activo del tipo penal a analizar. Si bien ROCA AGAPITO entiende que sujeto activo también lo puede ser el propietario²³, la mayor parte de la doctrina es partidaria de puntualizar que ha de tratarse siempre del no propietario o no titular de los derechos reales sobre la cosa²⁴, ya que no queda comprendida en este tipo penal la perturbación en la legítima posesión por parte del propietario, amparándose en la ajenidad del inmueble que exige el propio precepto, esto es, que no sean propiedad del ocupante. En este orden de ideas, BRAGE CENDÁN apunta que, la conducta desplegada por el *dominus* del bien en aquellos casos en los que éste haya sido ocupado por otra persona y el propietario decida recuperarlo por vía de hecho, recobrándolo nuevamente, se trataría de una conducta atípica²⁵. Asimismo, advierte que no es solo la ajenidad del inmueble, vivienda o edificio ocupados la que determina la atipicidad de esta conducta, sino que también hay que tener en cuenta el elemento subjetivo del injusto ánimo de lucro, que no concurriría por parte del propietario. No obstante, la conducta del propietario podría constituir un delito de

²² Cfr. BRAGE CENDÁN, S. B., “El denominado delito de usurpación pacífica...”, *op. cit.*, p. 20.

²³ Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), y otros, *Derecho penal español. Parte especial (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 198.

²⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal: Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 365.

²⁵ BRAGE CENDÁN, S. B., “El denominado delito de usurpación pacífica...”, *op. cit.*, p. 20.

coacciones (artículo 172 del Código penal), o de realización arbitraria del propio derecho (artículo 455 del Código penal)²⁶.

En cuanto al sujeto pasivo, es preciso partir de que el artículo 245.2 del Código penal utiliza la expresión “titular”, lo que lleva a aclarar, por un lado, que no parece que se haga referencia a un término con contenido civil²⁷, sino que se pretende dar cabida a cualquiera que tenga facultad de disposición sobre el inmueble. Así, sujeto pasivo puede serlo todo aquel que goce de un derecho real que implique el *ius utendi* sobre la cosa.

Por otra parte, hay dos corrientes claramente diferenciadas respecto a si podría ser sujeto pasivo el titular de un derecho obligacional, como ocurre con el arrendatario, subarrendatario y el mero precarista. En este sentido, parte de la doctrina, entre ellos BOIX REIG²⁸, afirma que puede ser sujeto pasivo, además del propietario, cualquier poseedor que, sin ser propietario, haya accedido a la tenencia y uso del bien a través de un título jurídico eficaz para ello. Según su postura, así ocurriría con determinados derechos personales como es el caso del arrendamiento. En contraposición, otro sector doctrinal, representado por FERNÁNDEZ APARICIO, sostiene que los titulares de derechos obligacionales no son sujetos pasivos del delito de usurpación pacífica de bienes inmuebles²⁹. A esta postura nos sumamos, por entender que cuando un arrendatario, subarrendatario o precarista se vean privados del inmueble podrían ejercitar por la vía civil un interdicto de recobrar la posesión (artículos 446 del Código civil y 250.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil); o en el caso del arrendatario, partiendo de la obligación que tiene el arrendador de garantizar la posesión pacífica, sería posible que el arrendatario conminase a su arrendador al ejercicio de las acciones reales oportunas para recobrar la cosa³⁰ (artículo 1154.3º del Código civil). Siguiendo esta última postura quedarían incluidos en el abanico de posibilidades que admite el sujeto pasivo de esta figura, el usufructuario o el enfiteuta, en cuanto a titulares de un derecho real.

En síntesis, el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles se trata de un delito común, por lo que cualquier persona puede ser sujeto activo del mismo, a excepción del propietario o titular del derecho real, debido al requisito de la ajenidad del objeto material

²⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 365.

²⁷ Vid. NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S., *Los delitos de usurpación...*, *op. cit.*, p. 131.

²⁸ BOIX REIG, J. (dir.), y otros, *Derecho penal: Parte Especial. Delitos contra...*, *op. cit.*, p. 210.

²⁹ Cfr. BRAGE CENDÁN, S. B., “El denominado delito de usurpación pacífica...”, *op. cit.*, p. 21.

³⁰ Cfr. BRAGE CENDÁN, S. B., “El denominado delito de usurpación pacífica...”, *op. cit.*, pp. 21 a 24.

así como al elemento subjetivo del ánimo de lucro y, por otro lado, cabe identificar como sujeto pasivo a cualquiera que tenga facultad de disposición sobre el inmueble.

3.2 Objeto material: inmuebles, viviendas o edificios ajenos que no constituyan morada

El objeto material del delito de ocupación no violenta aparece en el tenor literal del artículo 245.2 del Código penal como “inmuebles, viviendas o edificios que no constituyan morada”, apuntando con ello una notable diferencia con respecto al apartado 1º del artículo 245 CP, que no contiene la exigencia de no constituir morada. Por consiguiente, cabe extraer tres notas definitorias del objeto material sobre el que han de recaer las modalidades de conducta previstas en el delito de usurpación pacífica, que serán objeto de análisis separadamente: ha de tratarse de un bien inmueble, no ha de constituir morada y ha de ser ajeno³¹.

En primer lugar, por lo que se refiere al concepto de “inmueble” hay dos posturas claramente opuestas³². Un sector doctrinal minoritario entiende que debe acogerse en el ámbito penal una acepción privatista de bienes inmuebles, que se corresponde con los nueve primeros supuestos preceptuados en el artículo 334 del Código civil. La corriente mayoritaria, a la que seguimos, se aparta por completo de la primera, ya que muchos de los que el Código civil considera bienes inmuebles (frutos, estatuas, palomares, estanques de peces, colmenas, abonos destinados al cultivo, etc.), son susceptibles de traslado de un lugar a otro, por lo que su toma y sustracción sería sancionada, en su caso, como delito de hurto o robo³³. De este modo, siguiendo a la doctrina mayoritaria, que defiende un concepto penal de inmueble autónomo y más restringido que el del ámbito civil, el objeto material abarcaría únicamente los denominados “inmuebles por naturaleza”: las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo; las minas, canteras y escoriales, mientras su materia permanece unida al yacimiento, y las aguas vivas o estancadas; los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados

³¹ BRAGE CENDÁN, S. B., *ibidem*.

³² BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles...*, *op. cit.*, pp. 149 y ss.

³³ *Vid.* HUERTA TOCILDO, S., *Protección penal del...*, *op. cit.*, p. 49; y MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 365, entre otros.

por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa (apartados 1º, 8º y 9º del artículo 334 del Código civil).

En opinión de BRAGE CENDÁN, la alusión de “inmuebles” permite ampliar el objeto material del delito, extendiéndose así a los espacios no edificados³⁴. En este sentido, hay resoluciones que han reconocido la aplicación de la figura delictiva respecto de las plazas de aparcamiento, exigiéndose que haya una clara delimitación del espacio de cada plaza, para que “quede constatada sin lugar a dudas la ocupación”³⁵.

Acompañando a los “inmuebles”, el artículo 245.2 del Código penal también hace mención a la “vivienda” y al “edificio”, cuestión sobre la que las opiniones doctrinales son del todo variadas y que ha dado lugar a diversas confrontaciones en la praxis judicial. La mencionada alusión, para BAUCELLS I LLADÓS, no amplía ni delimita el concepto de “cosa inmueble”, ya que el artículo 334.1º del Código civil reconoce como bienes inmuebles “los edificios (...) y construcciones de todo género adheridas al suelo”³⁶. MANZANARES SAMANIEGO comparte esa posición, pero solo por lo que respecta a la mención “edificio”, que se encuentra comprendido en los inmuebles por naturaleza; pero entiende acertada la referencia expresa a la “vivienda”, ya que ni la vivienda ni la morada han de ser necesariamente inmuebles. En este punto, se ha suscitado la cuestión de qué ocurre con las *roulottes* o caravanas, tiendas de campaña, barracas, casetas, casas prefabricadas, chabolas y, en definitiva, toda clase de viviendas que sin ser edificios adheridos al suelo puedan considerarse lugares para ser habitados por personas³⁷. Pues bien, al tratarse de bienes muebles deben excluirse del objeto material del delito que estamos analizando y, en su caso, la usurpación de los mismos debería reconducirse a las figuras de hurto o robo, pero teniendo en cuenta que en estos casos, “el hurto de uso (por ejemplo, para dormir), sería impune”³⁸. Asimismo, hay resoluciones –*ad exemplum*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de diciembre de 2006³⁹– que sostienen que deben quedar excluidos de la protección penal los inmuebles que no están en condiciones de ser habitados y, en definitiva, que no son punibles las ocupaciones de fincas abandonadas, mientras que otras afirman que no puede concluirse la exclusión de la protección penal de los inmuebles, viviendas o edificios que no ostentan requisitos

³⁴ BRAGE CENDÁN, S. B., “El denominado delito de usurpación pacífica...”, *op. cit.*, p. 24.

³⁵ SAP de Valladolid, Secc. 4ª, 195/2003, de 25 de marzo (CENDOJ 47186370042003100133), entre otras.

³⁶ Cfr. BAUCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles...*, *op. cit.*, p. 151.

³⁷ BAUCELLS I LLADÓS, J., *ibidem*.

³⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), y otros, *Derecho penal español...*, *op. cit.*, p. 204.

³⁹ SAP de Barcelona, Secc. 10ª, 21/2006, de 28 de diciembre (CENDOJ 08019370102006100810).

mínimos de habitabilidad, pues si el legislador hubiera querido no incluir estos inmuebles con el parámetro de la habitabilidad, no habría mencionado junto al específico y preciso término “vivienda”, los conceptos más genéricos de “inmuebles” o “edificios”⁴⁰.

En segundo lugar, el objeto material de este delito “no debe constituir morada”, configurándose tal condición como un elemento negativo del tipo. En cuanto al concepto de “morada”, BAUCELLS I LLADÓS analiza esta expresión en el contexto de distintos delitos de nuestro Código penal⁴¹, como en los delitos de allanamiento de morada (artículos 202 y 203 del Código penal), donde el término “morada” carece de definición típica⁴², pero atendiendo a la doctrina del Tribunal Constitucional⁴³, la morada se corresponde con “el lugar privado donde el sujeto vive y desarrolla actividades personales vinculadas con la intimidad”. Asimismo, BAUCELLS I LLADÓS hace referencia, entre otras cosas, al concepto de morada en la agravante de robo en casa habitada (artículo 241 del Código penal), donde el legislador utiliza tal expresión como sinónimo de “casa habitada”⁴⁴. Finalmente, concluye que lo que procede es poner el concepto de “morada” en relación con el bien jurídico protegido de cada delito, por lo que en el caso del delito de usurpación no violenta, el término debe ser interpretado de acuerdo con el bien jurídico protegido en esta figura delictiva: el patrimonio. De ahí que no quepa atender a un concepto de morada relacionado con la intimidad, dado que ese sería el objeto de los delitos de allanamiento de morada, sancionando el artículo 245.2 del Código penal al que ocupe, sin la autorización debida, o se mantenga, contra la voluntad de su titular en bienes inmuebles que, por no haber estado nunca ocupados o, por estar abandonados de forma efectiva, no pueden ser considerados morada en el sentido patrimonial de la expresión⁴⁵.

En relación a este elemento negativo que configura el objeto material del tipo, particular interés ofrecen también toda una serie de dependencias que no constituyen vivienda pero que sí rodean o complementan a ésta, bautizadas por la doctrina alemana como *nebensräume*⁴⁶ y que incluyen sótanos, escaleras, bajos y locales de negocio en los que se realiza una actividad profesional, artística, científica, etc. En estos casos la doctrina

⁴⁰ SAP de Guipúzcoa, Secc. 3ª, 112/2000, de 6 de junio (CENDOJ 20069370032000100471).

⁴¹ BAUCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles...*, *op. cit.*, pp. 157 a 163.

⁴² VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Nuevo Código penal comentado*, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1996, p. 202.

⁴³ STC, 22/1984, de 17 de febrero (BOE núm. 59, de 09 de marzo de 1984), entre otras.

⁴⁴ *Vid.* VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Nuevo Código penal...*, *op. cit.*, pp. 353 y 354.

⁴⁵ BRAGE CENDÁN, S. B., “El denominado delito de usurpación pacífica...”, *op. cit.*, p. 24.

⁴⁶ NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S., *Los delitos de usurpación...*, *op. cit.*, pp. 126 y 127.

realiza una integración hermenéutica de los artículos del Código penal relativos al delito de allanamiento de morada y de ocupación pacífica de bienes inmuebles (artículos 202 y 245.2 CP, respectivamente) en conjunción con el artículo 547 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece qué se reputa como edificios o lugares públicos. De tal integración resulta la conclusión de que este tipo de dependencias se excluyen del delito de allanamiento de morada; no obstante, nada impediría que constituyesen el objeto material del artículo 245.2 CP, ya que la usurpación no violenta se refiere expresamente a “edificios” y, además, en estas dependencias normalmente no se desarrolla la privacidad del individuo.

Por su parte, hay autores que, teniendo en cuenta que la ocupación pacífica no puede tener por objeto la morada de alguien, descartan que la conducta recaiga sobre inmuebles habitados, segundas viviendas, domicilios de personas jurídicas, y establecimientos mercantiles y abiertos al público, así como las dependencias unidas a todos ellos. Así lo hace ROCA AGAPITO⁴⁷, oponiéndose con ello a la primera de las corrientes mencionadas por entender, entre otras cosas, que no tienen cabida en el artículo 245.2 CP las dependencias denominadas por la doctrina alemana *nebensräume*, a las que ya se ha hecho mención anteriormente.

Por último, la tercera de las notas definatorias del objeto material es que los inmuebles, viviendas o edificios han de ser “ajenos”. Partiendo de la primera acepción que proporciona el Diccionario de la Lengua Española, un bien ajeno es aquel que pertenece a otra persona. De esta sencilla definición se infieren importantes consecuencias: en primer lugar, que por lo que respecta a las *res nullius*, es aplicable la máxima *res nullius cedit occupanti*, esto es, la cosa de nadie pasa a ser de quien la ocupa y, asimismo, también pueden ser legítimamente adquiridas a través de ocupación las *res derelicta* o cosas abandonadas. Poco preocupa en esta sede la hipótesis de las cosas perdidas –*res desperdita*–, ya que en la práctica resulta difícil concebir que alguien pueda perder un bien inmueble⁴⁸. Dicho lo anterior, es necesario advertir que las legislaciones modernas, como efectivamente hace la española, tienden a atribuir al Estado la titularidad de los bienes mostrencos⁴⁹ (artículo 17.1 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas), esto es, bienes que carecen de dueño. De ello se infiere que el objeto material

⁴⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), y otros, *Derecho penal español...*, op. cit., p. 204.

⁴⁸ Vid. BOIX REIG, J. (dir.), y otros, *Derecho penal: Parte Especial. Delitos contra...*, op. cit., p. 209.

⁴⁹ Cfr. BAUCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles...*, op. cit., p. 152.

de este delito pueden ser tanto bienes de titularidad pública, como bienes de titularidad privada, sin que quepa admitir la tesis de que los bienes de dominio público no son ajenos⁵⁰.

Continuando con el estudio de la ajenidad del objeto material, ésta debe quedar demostrada de manera clara y rotunda durante el proceso para que la usurpación sea punible⁵¹. En torno a esta idea, la doctrina se ha preguntado qué jurisdicción será la competente para resolver tal cuestión prejudicial⁵². Por una parte, de la lectura conjunta de los artículos 3 y 4.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se infiere que sería el juez de lo penal el que tendría competencia dentro del mismo proceso para resolver quien es el titular del bien inmueble cuando los derechos de propiedad sobre un inmueble u otro derecho real “aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión” y, en caso contrario, procederá la suspensión del proceso penal para que se resuelva la cuestión por la vía civil. De resultar competente el órgano jurisdiccional penal en virtud de lo expuesto, si bien deberá atenerse a las reglas del Derecho civil (artículo 7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), es absolutamente soberano de su decisión, sin estar vinculado a las decisiones de otros tribunales y sin que su decisión vincule tampoco a otros efectos que a los del delito en cuestión. Así, partiendo de la diversa finalidad de actuación entre los tribunales civiles y penales, MUÑOZ CONDE afirma, a nuestro juicio acertadamente, que podrían darse resoluciones contradictorias entre ambas jurisdicciones sobre un mismo asunto⁵³.

En suma, siguiendo el intento de ejemplificación sistemática de BOIX REIG⁵⁴, y sin olvidar el amplio elenco de apuntes jurisprudenciales y doctrinales, cabe afirmar que el delito de usurpación pacífica de bienes inmuebles se puede aplicar a los casos en los que la conducta recae sobre una finca rústica, como por ejemplo un predio o un latifundio; sobre una finca urbana, como un piso vacío; sobre un solar; sobre un edificio entero, como un hotel abandonado, un cine, una fábrica, un bloque de viviendas deshabitado, etc.

Por todo lo expuesto, nos gustaría concluir que las notas definitorias del objeto material sobre el que han de recaer las conductas del tipo penal del apartado 2º del artículo 245

⁵⁰ Cfr. BRAGE CENDÁN, S. B., “El denominado delito de usurpación pacífica...”, *op. cit.*, p. 25.

⁵¹ STS, Sala de lo Penal, 1318/2004, de 15 de noviembre (CENDOJ 28079120012004101257).

⁵² Vid. BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles...*, *op. cit.*, pp. 154 a 156; y BRAGE CENDÁN, S. B., *ibidem*.

⁵³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 365.

⁵⁴ BOIX REIG, J. (dir.), y otros, *Derecho penal: Parte Especial. Delitos contra...*, *op. cit.*, p. 209.

CP, determinan menor peligrosidad y mayor levedad en el ataque que sufre el patrimonio inmobiliario al desplegarse las acciones de ocupar y mantenerse en los inmuebles analizados en este epígrafe.

3.3 Conducta típica: ocupar sin la autorización debida y mantenerse en contra de la voluntad del titular

La conducta típica del delito de ocupación no violenta se construye en nuestro Código penal a través de dos modalidades: “ocupar sin la autorización debida un inmueble ajeno” y “mantenerse en él contra la voluntad de su titular”. Así, el legislador ha previsto una primera modalidad comisiva, que implica una desobediencia activa a la prohibición de entrar en un espacio físico –ocupar sin la autorización debida– y una segunda modalidad que supone una desobediencia omisiva a la orden de salida del espacio físico –mantenerse en contra de la voluntad del titular– que se configura como un delito de omisión propia⁵⁵.

3.3.1 Ocupar sin la autorización debida

En cuanto a la primera modalidad de conducta que sanciona el artículo 245.2 CP, ocupar sin la autorización debida, creemos acertado comenzar su análisis apuntando que no cabe acoger en el ámbito penal el sentido que el artículo 610 del Código civil otorga a la acción de “ocupar”, pues para éste se trata de un modo legítimo de adquisición de la propiedad de aquellos bienes que nunca han tenido dueño –*res nullius*– o que han sido abandonadas y por eso carecen de él –*res derelictae*–. Pues bien, si se rechaza esta concepción es precisamente porque en el delito objeto de estudio se exige la pertenencia ajena del objeto material y que no concurra la autorización del titular del inmueble, lo que lleva a concluir que ha de tratarse de una conducta que recaiga sobre un bien con dueño⁵⁶.

Por ello, resulta oportuno establecer qué se entiende por “ocupar” a efectos penales. Hay que advertir que el verbo “ocupar” aparece también en el apartado 1º del artículo 245 CP junto al término “usurpar”, sancionando el mencionado precepto al que “con violencia o

⁵⁵ BOIX REIG, J. (dir.), y otros, *Derecho penal: Parte Especial. Delitos contra...*, op. cit., pp. 211 a 213.

⁵⁶ Vid. BRAGE CENDÁN, S. B., “El denominado delito de usurpación pacífica...”, op. cit., p. 20; y BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles...*, op. cit., pp. 125 a 129.

intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena”. En este sentido, la doctrina mayoritaria sostiene que las conductas de “ocupar” y “usurpar” son equivalentes y que la única diferencia entre ambas radica en el objeto sobre el que recae⁵⁷. Asimismo, esta corriente estima que resulta admisible el significado vulgar de dichos términos, por lo procede traer a colación las acepciones que el Diccionario de la Lengua Española otorga a estas expresiones. Así, por ocupar hay que entender “tomar posesión o apoderarse de una cosa” y por usurpar “quitar a alguien lo que es suyo o quedarse con ello, generalmente con violencia”. De este modo, se puede entender que las dos modalidades equivalen a despojar de tales bienes o derechos al titular, refiriéndose la de ocupación a los inmuebles y la de usurpación a los derechos reales⁵⁸. En contra de lo expuesto, HUERTA TOCILDO defiende que los términos ocupar y usurpar tienen significaciones distintas: “usurpar” implicaría atribuirse la titularidad de un derecho real sobre un inmueble, mientras que “ocupar” supondría una perturbación en el uso o disfrute de éste, sin ánimo de poseer una cosa como propia⁵⁹. No obstante, consideramos más acertado estimar la semejanza de ambos términos, tal y como hace BAUCELLS I LLADÓS al afirmar que “de entenderse impune la usurpación de derechos reales como algo distinto a la ocupación, se estaría protegiendo exclusivamente la simple tenencia o posesión no derivada de un derecho real y se estaría dejando desprotegida la posesión derivada de la titularidad de un derecho real sobre el inmueble”⁶⁰. Por consiguiente, los dos apartados del artículo 245 del Código penal tipifican la conducta de desposeer físicamente al propietario –ocupar– o titular del derecho real –usurpar– de su vinculación fáctica con el bien inmueble para subrogarse en su posición jurídica.

En este orden de ideas, entender la definición de la acción de “ocupar” como despojar físicamente al titular de la vinculación fáctica con el bien inmueble actuando en concepto de dueño, implica que la conducta requiera cierta permanencia, ya que el sujeto activo procura subrogarse en la posición del titular, pero no por un instante, sino de forma más o menos prolongada en el tiempo⁶¹. En cuanto al carácter de la permanencia, sería erróneo

⁵⁷ BRAGE CENDÁN, S. B., *ibidem*.

⁵⁸ *Vid.* ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), y otros, *Derecho penal español...*, *op. cit.*, p. 201; y GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios prácticos...*, *op. cit.*, p. 146.

⁵⁹ *Cfr.* HUERTA TOCILDO, S., *Protección penal del...*, *op. cit.*, pp. 82 y 83.

⁶⁰ BAUCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles...*, *op. cit.*, p. 128. En el mismo sentido, *vid.* BRAGE CENDÁN, S. B., “El denominado delito de usurpación pacífica...”, *op. cit.*, p. 21; y ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), y otros, *Derecho penal español...*, *op. cit.*, p. 202.

⁶¹ *Vid.* BAUCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles...*, *op. cit.*, pp. 129 y 190. Este autor señala que es precisamente el carácter permanente de la acción el que permite diferenciar, en sede de tipo objetivo,

que éste quedase determinado únicamente a través de criterios cuantitativos, que permiten computar el período de duración de la ocupación, pues es necesario tomar en consideración también otro tipo de parámetros de tipo cualitativo⁶², como el propósito del autor de llevar a efecto la conducta⁶³.

Si bien durante años no se contó con resoluciones del Tribunal Supremo que cumpliesen con su función de unificación de doctrina en la interpretación del delito del artículo 245.2 del Código penal, el 14 de noviembre de 2014 el alto Tribunal dictó una sentencia que resulta clave en cuanto que perfila los requisitos necesarios para la comisión de esta figura delictiva⁶⁴. Así, entre otros extremos, exige “Que esta perturbación posesoria pueda ser calificada penalmente como ocupación, ya que la interpretación de la acción típica debe realizarse desde la perspectiva del bien jurídico protegido y del principio de proporcionalidad que informa el sistema penal (artículo 49.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Desde ambas perspectivas la ocupación inmobiliaria tipificada penalmente es la que conlleva un riesgo relevante para la posesión del sujeto pasivo sobre el inmueble afectado, que es lo que dota de lesividad y significación típica a la conducta, por lo que las ocupaciones ocasionales o esporádicas, sin vocación de permanencia o de escasa intensidad, son ajenas al ámbito de aplicación del tipo”. Así, la intención de permanecer en la ocupación es un requisito generalmente admitido por la Jurisprudencia y que ya había sido tomado en consideración en numerosas resoluciones de las Audiencias Provinciales con anterioridad a los pronunciamientos del Tribunal Supremo⁶⁵.

la conducta de “ocupar” en los delitos de usurpación del artículo 245 del Código penal de la acción de “entrar” en los de allanamiento de morada de los artículos 202 y 203 del Código penal.

⁶² En este sentido, la SAP de Málaga, Secc. 2ª, 442/2009, de 16 de septiembre (CENDOJ 29067370022009100386) estima que la ocupación debe hacerse con vocación de permanencia, y, con ello, desposeer al titular del inmueble de modo continuo y estable. Tras tal afirmación condena a una persona que se mantuvo horas en el inmueble, pero por la concurrencia de circunstancias que permitieron inferir la voluntad de permanencia en la ocupación: “procedió a barrer la basura que había acumulada, actividad que no podía tener otra finalidad que la de habilitar el lugar para establecerse, sucediendo que, como también admitió el recurrente, carece o carecía de domicilio siendo su intención buscar trabajo para lo que precisaba un lugar en que residir”.

⁶³ Cfr. BAUCCELLS I LLADÓS, J., *ibidem*; y BRAGE CENDÁN, S. B., “El denominado delito de usurpación pacífica...”, *op. cit.*, pp. 21 y 22.

⁶⁴ STS, Sala de lo Penal, 800/2014, de 12 de noviembre (CENDOJ 28079120012014100820).

⁶⁵ SAP de Asturias, Secc. 2ª, 451/1998, de 2 de julio (CENDOJ 33044370021998100421), que afirma que: “si la voluntad del ocupante no engloba una decidida intención de contrariar la legítima posesión del titular inmobiliario, sino que se limita a procurarse una utilización o aprovechamiento pasajeros, transitorios u ocasionales, su conducta no puede entenderse subsumida en el mismo”; SAP de Málaga, Secc. 2ª, 16/2007, de 2 de enero (Tol 1243835); y SAP de Albacete, Secc. 1ª, 81/2010, de 4 de junio (Tol 1909113), entre otras.

En este sentido, el delito de ocupación no violenta es necesariamente permanente, por lo que hay que tener en cuenta las consecuencias que ello comporta, como la participación punible en este delito con posterioridad a la consumación y que el plazo de prescripción no empieza a correr mientras no cese el menoscabo del bien jurídico, entre otros efectos⁶⁶. Además, permite excluir la ocupación de un fundo al aire libre puramente simbólica con ánimo de manifestarse o de un edificio con ese ánimo o con otro, siempre que sea distinto al de ocupar –para dormir, por ejemplo–⁶⁷.

Prosiguiendo con el análisis de esta modalidad de conducta, la ocupación ha de llevarse a cabo concurriendo el elemento normativo del tipo “sin la autorización debida”⁶⁸. Así, es necesario que exista alguien que ostente un título hábil para legitimar la ocupación y cuyo permiso no se tiene, pues en caso contrario la conducta sería impune por quedar amparada en el ejercicio legítimo de un derecho. En este sentido, la autorización puede provenir del propietario o titular del derecho real que acarree la posesión, así como de cualquier acto que faculte al sujeto para ocupar el inmueble, esto es, decisiones judiciales o administrativas⁶⁹.

No obstante, para destipificar la conducta, parte de la doctrina jurisprudencial exige que la autorización para ocupar sea expresa, pues en caso contrario podría ocurrir, por ejemplo, que el propietario o titular desconozca la ocupación, supuesto en el que entendemos que la simple tolerancia pasiva no ha de equipararse a un permiso para llevar a cabo la conducta⁷⁰. En contra de esta postura existen resoluciones, como la de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 28 de octubre de 1998⁷¹, que estiman que el desconocimiento de la ocupación por el propietario no impide el libre ejercicio de sus derechos, destipificando por tanto la conducta de la ocupación. Este pronunciamiento, a nuestro juicio, es incorrecto, ya que no siempre existe consentimiento si el ocupante no cuenta con una prohibición expresa, sobre todo si se desconoce quién tiene capacidad para autorizar o si el propio legitimado para ello no tiene constancia de la ocupación. En esta línea, BRAGE CENDÁN y ROCA AGAPITO afirman que la falta de autorización

⁶⁶ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), y otros, *Derecho penal español...*, *op. cit.*, pp. 202 y 203; BRAGE CENDÁN, S. B., “El denominado delito de usurpación pacífica...”, *op. cit.*, p. 26.

⁶⁷ Cfr. BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles...*, *op. cit.*, pp. 147 y 148.

⁶⁸ Vid. NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S., *Los delitos de usurpación...*, *op. cit.*, pp. 128 a 130.

⁶⁹ Cfr. BRAGE CENDÁN, S. B., “El denominado delito de usurpación pacífica...”, *op. cit.*, p. 22.

⁷⁰ SAP de Burgos, Secc. 1ª, 100/2010, de 21 de abril (Tol 1879343).

⁷¹ SAP de Zaragoza, Secc. 1ª, 451/1998, de 28 de octubre (CENDOJ 50297370011998100636).

goza de una presunción *iuris tantum* que podrá desecharse mediante la prueba en contrario del sujeto activo⁷².

Por lo que se refiere a la forma de la autorización, si bien otorgaría al ocupante mayor seguridad jurídica la forma escrita, al no exigirse ningún requisito *ad solemnitatem*, cabe que se otorgue tanto verbalmente como por escrito⁷³.

3.3.2 Mantenerse contra la voluntad del titular

Como ya apuntábamos al comienzo del epígrafe, en el artículo 245.2 CP, el legislador penal ha querido sancionar una segunda modalidad de conducta: la de “mantenerse” en el inmueble, vivienda o edificio ajeno que no constituya morada, en contra de la voluntad de su titular. Así, se prevé el castigo de los supuestos de ocupación iniciados con una entrada lícita, esto es, con permiso o sin oposición del titular, en los que manifiesta con posterioridad su voluntad contraria⁷⁴. Con ello no se pretende “criminalizar una acción de invasión del bien inmueble ajeno de forma más o menos permanente distinta a la simple ocupación”⁷⁵, sino dar cobertura penal a los supuestos en los que el sujeto, tras acceder de modo legítimo al bien, permanece en éste una vez es requerido por el titular para el abandono.

Tal y como apuntan algunos autores, entre ellos BAUCELLS I LLADÓS y ROCA AGAPITO, existe cierta similitud entre la técnica legislativa que se utiliza en esta conducta típica y la del delito de allanamiento de morada, ya que no solo se castiga la entrada ilegítima en morada ajena, sino también el mantenimiento en ésta en contra de la voluntad del morador, igual que sucede en la figura delictiva objeto de análisis⁷⁶. Además, y continuando con los paralelismos entre ambos preceptos, la modalidad de “mantenerse”

⁷² Cfr. BRAGE CENDÁN, S. B., *ibidem*; y ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), y otros, *Derecho penal español...*, *op. cit.*, p. 209.

⁷³ Vid. BRAGE CENDÁN, S. B., “El denominado delito de usurpación pacífica...”, *op. cit.*, pp. 21 y 22.

⁷⁴ Vid. BAUCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles...*, *op. cit.*, pp. 130 a 132; BRAGE CENDÁN, S. B., “El denominado delito de usurpación pacífica...”, *op. cit.*, pp. 22 y 23; y ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), y otros, *Derecho penal español...*, *op. cit.*, p. 203.

⁷⁵ BAUCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles...*, *op. cit.*, p. 131.

⁷⁶ Cfr. BAUCELLS I LLADÓS, J., *ibidem*; y ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), y otros, *ibidem*.

es un delito de omisión propia, a diferencia de lo que ocurre con la acción de “ocupar”, por lo que no admite la apreciación de formas imperfectas de ejecución⁷⁷.

No obstante lo expuesto, dado el carácter permanente de la acción de “ocupar”, esta primera modalidad conducta del artículo 245.2 CP implica necesariamente la de “mantenerse”, pues quien ocupa lo hace para permanecer en ese dominio sobre la cosa, puesto que de lo contrario ya no desarrollaría la acción de “ocupar”, sino simplemente la de “entrar”. Además, en conexión con ello, es preciso tener en cuenta que, igual que afirmamos que la ausencia de la expresión “usurpar” en la modalidad pacífica del delito de ocupación no supone que se excluya de la acción de “ocupar”, ahora debemos puntualizar que, pese a la falta de mención expresa de la conducta de “mantenerse” en el apartado 1º, ésta se desprende de la conducta de “ocupar”, ya que, como hemos indicado, quien ocupa lo hace para mantenerse en el uso y disfrute de la cosa⁷⁸.

Por último, el sujeto activo ha de mantenerse “en contra de la voluntad del titular”, característica positiva que ha de darse para que la conducta sea punible⁷⁹. La ya mencionada resolución de la Sala Casacional de 14 de noviembre de 2014⁸⁰, que apunta los requisitos que han de concurrir para la consumación de la ocupación pacífica, establece, entre otras exigencias: “Que conste la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble, bien antes de producirse, bien después, lo que especifica este artículo al contemplar el mantenimiento en el edificio “contra la voluntad de su titular”, voluntad que deberá ser expresa”. Pese a este criterio del Tribunal Supremo en cuanto a la voluntad contraria del titular, la mayor parte de la doctrina admite que esa voluntad se manifieste, no solo de forma expresa⁸¹, sino también tácitamente⁸² –a través de *facta concludentia*–; eso sí, sin que quepa en ningún caso la voluntad contraria presunta.

⁷⁷ Vid. BRAGE CENDÁN, S. B., “El denominado delito de usurpación pacífica...”, *op. cit.*, p. 23; y BOIX REIG, J. (dir.), y otros, *Derecho penal: Parte Especial. Delitos contra...*, *op. cit.*, pp. 211 a 213.

⁷⁸ Cfr. BAUCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles...*, *op. cit.*, p. 132.

⁷⁹ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), y otros, *Derecho penal español...*, *op. cit.*, pp. 208 y 209.

⁸⁰ STS, Sala de lo Penal, 800/2014, de 12 de noviembre (CENDOJ 28079120012014100820).

⁸¹ Vid. NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S., *Los delitos de usurpación...*, *op. cit.*, pp. 128 a 130. Según este autor, serían medios aptos para proclamar una manifestación de voluntad de forma expresa tanto palabras orales u escritas, como un abrazo.

⁸² Vid. BRAGE CENDÁN, S. B., “El denominado delito de usurpación pacífica...”, *op. cit.*, p. 23; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), y otros, *Derecho penal español...*, *op. cit.*, p. 209; y NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S., *Los delitos de usurpación...*, *op. cit.*, p. 129.

3.4 Medios comisivos: ausencia de violencia e intimidación en las personas y fuerza en las cosas

Por lo que hace a los medios comisivos, doctrina⁸³ y jurisprudencia⁸⁴ mayoritarias sostienen que, en la modalidad del artículo 245.2 CP, el sujeto activo ha de llevar a cabo la conducta típica sin la concurrencia de violencia o intimidación, pues en caso contrario entraría en aplicación el apartado 1º del artículo 245 CP, precepto en el que el legislador ha empleado los términos “con violencia o intimidación en las personas” y que no se han incluido en el apartado 2º⁸⁵. Así, existe una diferencia trascendental en punto a los medios comisivos entre ambos apartados: el primero es un delito de medios legalmente determinados, ya que han de concurrir las circunstancias de violencia o intimidación en las personas para determinar su apreciación; mientras que el segundo se trata de una modalidad pacífica o usurpación impropia, en cuanto que para estimar la aplicación de esta modalidad no pueden concurrir los citados medios comisivos a los que hace referencia el apartado 1º. BOIX REIG habla en este último caso de que la desposesión se obtiene con la simple utilización de las vías de hecho y pone como ejemplos “la ocupación de un inmueble urbano entrando por una puerta o una ventana que estaban rotas o abiertas, o la toma de posesión de una finca rústica que carece de vallado o éste se encuentra deteriorado”⁸⁶.

Oponiéndose a este parecer, BAUCELLS I LLADÓS parte de que las conductas de ocupación y mantenimiento en bienes inmuebles, viviendas y edificios ajenos que no constituyan morada exigen la concurrencia de los mismos medios comisivos que el apartado primero del artículo 245 del Código penal, por lo que entiende que la relación que juega entre los dos incisos es que el apartado 2º es un tipo privilegiado con respecto al tipo básico del 1º, señalando como único elemento diferenciador entre ambos que en el 245.2 CP el objeto material no puede constituir morada⁸⁷. Su línea argumentativa gira en

⁸³ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*, op. cit., pp. 365 y 366; BRAGE CENDÁN, S. B., “El denominado delito de usurpación pacífica...”, op. cit., pp. 23 y 24; BOIX REIG, J. (dir.), y otros, *Derecho penal: Parte Especial. Delitos contra...*, op. cit., p. 211 a 213.

⁸⁴ STS, Sala de lo Penal, 800/2014, de 12 de noviembre (CENDOJ 28079120012014100820).

⁸⁵ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), y otros, *Derecho penal español...*, op. cit., pp. 207 y 208; BAUCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles...*, op. cit., pp. 132 a 141; NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S., *Los delitos de usurpación...*, op. cit., pp. 76 a 82; y HUERTA TOCILDO, S., *Protección penal del...*, op. cit., pp. 98 a 103.

⁸⁶ BOIX REIG, J. (dir.), y otros, *Derecho penal: Parte Especial. Delitos contra...*, op. cit., p. 212.

⁸⁷ BAUCELLS I LLADÓS, J., *passim*.

torno a interpretaciones del precepto penal, tomando en consideración los antecedentes históricos y legislativos, fundamentos constitucionales y criterios de interpretación normativa en general y penales en particular⁸⁸. Si bien expone de modo amplio un elenco de motivos que dan fundamento a su postura –como la vulneración de la analogía prohibida en materia penal, establecida en los artículos 4.1 CP y 4.2 CC, dado que el artículo 245.2 CP no contiene expresamente la alusión “sin violencia o intimidación”; o el entender que si se castiga penalmente la ocupación pacífica vulneraría los principios constitucionales de proporcionalidad y necesidad de pena–, a nuestro juicio lo acertado sería entender que el delito del 245.2 del CP no es un tipo privilegiado al que deben extenderse todos los requisitos del tipo básico del primer apartado, sino que es una figura *sui generis* en atención al objeto material y es por ello que la denominada ocupación pacífica no hace una exclusión expresa de los medios comisivos “violencia o intimidación en las personas”. Asimismo, teniendo en cuenta cómo hemos definido el bien jurídico protegido de este delito –el tranquilo disfrute de las cosas inmuebles, entendido éste como la ausencia de perturbación no solo en la propiedad, sino también en el ejercicio de la posesión o cualquier otro derecho real sobre los mismos– resulta coherente interpretar que tienen cabida en el artículo 245.2 del Código penal las conductas de ocupar y mantenerse en inmuebles, viviendas y edificios ajenos que no constituyan morada de forma no violenta, pues son actuaciones que entendemos que lesionan el bien jurídico tutelado por esta figura delictiva⁸⁹.

Siguiendo el razonamiento expuesto, cabe inferir que la excusa absolutoria a la que se refiere el artículo 268 del Código penal solo será aplicable a la modalidad de ocupación pacífica y no a la del apartado 1º, pues dispone que: “Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación”⁹⁰.

⁸⁸ Cfr. BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles...*, *op. cit.*, pp. 132 a 141.

⁸⁹ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), y otros, *Derecho penal español...*, *op. cit.*, pp. 207 y 208; BRAGE CENDÁN, S. B., “El denominado delito de usurpación pacífica...”, *op. cit.*, pp. 23 y 24; BOIX REIG, J. (dir.), y otros, *Derecho penal: Parte Especial. Delitos contra...*, *op. cit.*, p. 212.

⁹⁰ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), y otros, *ibidem*; y BURGOS PAVÓN, F., *Derecho penal: Delitos I*, CEF, Madrid, 2015, p. 199.

Otra cuestión relevante en relación con los medios comisivos del delito objeto de estudio, es el interrogante que han formulado diversos autores⁹¹: ¿En qué apartado del artículo 245 del Código penal encaja la conducta de ocupación de inmuebles o usurpación de derechos reales cuando el sujeto activo lleve a cabo el medio comisivo de fuerza en las cosas? Pues bien, se puede partir de que, tal y como afirma BRAGE CENDÁN⁹², dado el silencio del tenor literal del precepto en cuanto al empleo de algún medio comisivo, el delito tipificado en el artículo 245.2 del Código penal es una figura de medios legalmente indeterminados. En estos supuestos –por ejemplo, cuando la ocupación del inmueble tiene lugar mediante fractura de puertas o ventanas o de sus cerraduras, rompimiento de pared, techo, suelo, destrozo de un vallado, etcétera– los autores se decantan en su mayoría por entender que se reconducen al apartado 2º del artículo 245.2 del Código penal, dado que este precepto es, como se ha expuesto, un delito de medios legalmente indeterminados y el apartado 1º hace mención expresa a que la violencia o intimidación han de proyectarse sobre las personas⁹³. Frente a ello, un sector doctrinal minoritario entiende que la única fuerza en las cosas que se puede considerar típica a los efectos de los artículos 245.1 y 245.2 del Código penal es aquella dirigida a intimidar al sujeto pasivo, cuando, por ejemplo, el ocupante de un inmueble destroza todos los muebles que se encuentran en su interior, dando a entender que si el legítimo titular abandonase la vivienda no los destrozaría⁹⁴. No obstante, estamos de acuerdo con BOIX REIG cuando afirma que no tendría sentido que el texto punitivo castigase lo más grave –la violencia o intimidación en las personas del artículo 245.1– y lo menos grave –la ocupación pacífica del artículo 245.2– y dejara de castigar una conducta de gravedad intermedia entre ambos comportamientos –la fuerza en las cosas⁹⁵–. En esta línea, hay resoluciones que han dado cabida a la conducta de ocupación llevada a cabo con fuerza en las cosas en el apartado 2º del artículo 245 del Código penal. Así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Sevilla dictaminó que no hubo violencia o intimidación en las personas en el caso de quienes, impidiendo que la titular entrara en el inmueble, opusieron resistencia, colocando un somier y un mueble detrás de la puerta del piso que instantes antes habían ocupado, ya que no hubo contacto físico alguno al estar de por medio la puerta que los implicados

⁹¹ Vid. BRAGE CENDÁN, S. B., “El denominado delito de usurpación pacífica...”, *op. cit.*, pp. 23 y 24; BOIX REIG, J. (dir.), y otros, *Derecho penal: Parte Especial. Delitos contra...*, *op. cit.*, p. 211 a 213; y ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), y otros, *Derecho penal español...*, *op. cit.*, pp. 207 y 208.

⁹² BRAGE CENDÁN, S. B., “El denominado delito de usurpación pacífica...”, *op. cit.*, p. 24.

⁹³ BOIX REIG, J. (dir.), y otros, *Derecho penal: Parte Especial. Delitos contra...*, *op. cit.*, p. 212.

⁹⁴ Vid. BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles...*, *op. cit.*, pp. 138 a 141.

⁹⁵ BOIX REIG, J. (dir.), y otros, *Derecho penal: Parte Especial. Delitos contra...*, *op. cit.*, p. 213.

empujaban en sentido opuesto⁹⁶. Por su parte, ROCA AGAPITO puntualiza que el lanzamiento de objetos contundentes desde el interior, lo que el colectivo “okupa” suele denominar “resistencia activa no violenta”, da lugar a la aplicación del artículo 245.1 del Código penal, ya que se podrían causar daños en terceras personas; mientras que la llamada “resistencia pasiva” consistente en atrincherarse encajaría en el apartado 2º del mencionado precepto penal⁹⁷.

4. TIPO SUBJETIVO

4.1 Elementos subjetivos del injusto: el ánimo de lucro, actuar en concepto de dueño y la utilidad obtenida

Es doctrina mayoritaria entender que el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles exige ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto, pese a que el artículo 245.2 del Código penal no recoja en su tenor literal este requisito⁹⁸. No obstante, dado que se ha venido reconociendo el ánimo de lucro respecto de la modalidad violenta del apartado 1º y que, tal y como hemos afirmado, las conductas de ambos párrafos no difieren, cabe afirmar su existencia con respecto a la conducta del apartado 2º del artículo 245 del Código penal⁹⁹. Pues bien, HUERTA TOCILDO define el “ánimo de lucro” como “la persecución por parte del autor de un propósito lucrativo cifrado en la obtención de obtener una ventaja patrimonial a través del correlativo perjuicio, económicamente evaluable, ocasionado en el patrimonio del sujeto pasivo”¹⁰⁰. De este modo, el ánimo de lucro implica que el bien inmueble o el derecho real se disfrute en concepto de dueño o titular, ya que se despliega la conducta típica para subrogarse en la posición jurídica de éste¹⁰¹. ROCA AGAPITO también admite la necesidad de la presencia del ánimo de lucro, si bien matiza que es una “finalidad trascendente a la acción, porque al ocupar ya se estaría

⁹⁶ SAP de Sevilla, Secc. 3ª, 631/2009, de 17 de diciembre (CENDOJ 41091370032009100567).

⁹⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), y otros, *Derecho penal español...*, op. cit., p. 208.

⁹⁸ Vid. BAUCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles...*, op. cit., pp. 145 a 148; BRAGE CENDÁN, S. B., “El denominado delito de usurpación pacífica...”, op. cit., pp. 25 y 26; y ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), y otros, *Derecho penal español...*, op. cit., p. 210. En contra, vid. SERRANO GÓMEZ, A., y otros, *Curso de Derecho penal...*, op. cit., p. 291.

⁹⁹ Cfr. BAUCELLS I LLADÓS, J., *ibidem*.

¹⁰⁰ HUERTA TOCILDO, S., *Protección penal del...*, op. cit., p. 92.

¹⁰¹ Cfr. BAUCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles...*, op. cit., p. 145.

lucrando”¹⁰². Al mismo tiempo, el ánimo de lucro se concreta en la necesidad de que la acción se desarrolle “en concepto de dueño”, lo que permite la determinación del carácter permanente de la conducta de “ocupar”, cuestión ya analizada en sede de conducta típica.

Sumado a ello, es preciso mencionar el requisito de la “utilidad”¹⁰³, que sí que se exige expresamente en el apartado 1º al establecerse que la pena se fijará, entre otras cosas, “teniendo en cuenta la utilidad obtenida”. Son nuevamente las notables similitudes entre las conductas de los dos apartados del artículo 245 CP las que sirven a la doctrina para deducir la existencia de este requisito en la modalidad pacífica, afirmando que para alcanzar la consumación del delito no basta con que se haya ocupado el inmueble o usurpado el derecho real de que se trate, sino que es preciso que se haya reportado una utilidad de índole económica, sea estimable o no¹⁰⁴. Asimismo, la utilidad es una consecuencia del propio bien jurídico protegido en esta figura delictiva de conformidad con la teoría mixta o jurídico-económica de patrimonio que hemos adoptado en sede de bien jurídico¹⁰⁵.

Así, por todo lo expuesto cabe concluir que la comisión de este delito exige los siguientes elementos subjetivos del injusto: ánimo de lucro, que el sujeto activo actúe en concepto de dueño y que obtenga utilidad con la ocupación.

4.2 Formas de culpabilidad: el dolo

Como es sabido, en aquellos delitos en los que se exigen elementos subjetivos del injusto, rara vez se admiten las modalidades imprudentes de comisión del delito, dado que los citados elementos subjetivos implican un grado de conocimiento y voluntad incompatible con que el sujeto activo actúe de un modo negligente. Así, estamos ante un delito doloso, por lo que el sujeto debe querer, además de realizar la ocupación, procurarse una utilidad o provecho económico¹⁰⁶. En este sentido, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 14 de

¹⁰²ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), y otros, *Derecho penal español...*, op. cit., p. 210.

¹⁰³ Vid. BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles...*, op. cit., pp. 145 a 148; BRAGE CENDÁN, S. B., “El denominado delito de usurpación pacífica...”, op. cit., pp. 25 y 26; y CALDERÓN CERREZO, A., y CHOCLÁN MONTALVO J. A., *Manual de Derecho penal II. Parte especial*, Deusto Jurídico, Barcelona, 2005, p. 223.

¹⁰⁴ Vid. BAUCCELLS I LLADÓS, J., ibidem; y BRAGE CENDÁN, S. B., ibidem.

¹⁰⁵ Vid. HUERTA TOCILDO, S., *Protección penal del...*, op. cit., pp. 35 y ss.

¹⁰⁶ Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*, op. cit., p. 365.

noviembre de 2014¹⁰⁷, establece, entre otros requisitos: "Que concurra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la ajeneidad del inmueble y de la ausencia de autorización, unido a la voluntad de afectación del bien jurídico tutelado por el delito, es decir la efectiva perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada". Además, el elemento subjetivo del injusto excluye la posibilidad de comisión de este delito con dolo eventual¹⁰⁸.

De este modo, solo a través de dolo directo pueden llevarse a cabo las conductas del artículo 245.2 CP.

4.3 Ausencia de culpabilidad: el error

Por lo que se refiere a la vertiente negativa de las formas de culpabilidad, las exigencias de "falta de autorización" o "voluntad contraria del titular" podrían ser relevantes en torno a la institución del error si el autor realiza una falsa representación de tales requisitos. En este sentido, la mayor parte de la doctrina considera que si el sujeto cree erróneamente que es el titular de un derecho real inmobiliario que le permite acceder a la posesión del bien inmueble, ha de dársele la consideración de error de tipo, pues yerra sobre el carácter ajeno de la titularidad de tal derecho, o lo que es lo mismo, sobre uno de los elementos típicos¹⁰⁹. De acuerdo con BRAGE CENDÁN¹¹⁰, procede aplicar el error vencible de tipo, cuya consecuencia jurídica se regula en el artículo 14.1 del Código penal, pero que en este caso quedaría impune al no haberse previsto en el delito la modalidad imprudente¹¹¹. Otros autores también consideran la posibilidad de error invencible de tipo, lo que excluiría la responsabilidad criminal¹¹².

¹⁰⁷ STS, Sala de lo Penal, 800/2014, de 12 de noviembre (CENDOJ 28079120012014100820).

¹⁰⁸ Cfr. BRAGE CENDÁN, S. B., *ibidem*. En contra, *vid.* ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), y otros, *Derecho penal español...*, *op. cit.*, p. 210.

¹⁰⁹ *Vid.* BRAGE CENDÁN, S. B., *ibidem*; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), y otros, *ibidem*; BOIX REIG, J. (dir.), y otros, *Derecho penal: Parte Especial. Delitos contra...*, *op. cit.*, p. 206.

¹¹⁰ Cfr. BRAGE CENDÁN, S. B., *ibidem*.

¹¹¹ *Ad exemplum*, SAP, Barcelona, Secc. 5ª, 732/2009, 14-10 (Tol 1895828), que absuelve al acusado por falta de conocimiento del carácter ajeno de los bienes y de la oposición del titular.

¹¹² *Vid.* NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S., *Los delitos de usurpación...*, *op. cit.*, pp. 104 y 105. Este autor incluso estima la posibilidad de que concurra error vencible de prohibición.

5. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN: LA LEGÍTIMA DEFENSA, EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO Y EL ESTADO DE NECESIDAD

En primer lugar, por lo que se refiere a la admisión de la legítima defensa en el delito de ocupación pacífica de inmuebles, viviendas o edificios ajenos que no constituyan morada¹¹³, la mencionada causa de justificación del artículo 20.4 del Código penal estaría limitada en gran medida, ya que la utilización de una fuerza necesaria para repeler una agresión injusta, dado el carácter no violento de la figura delictiva y la existencia de vías legales de tutela de la posesión en el ámbito civil, supondría una falta de necesidad racional del medio empleado¹¹⁴, y además, si el propietario o titular no acudiesen por estas vías previstas en el Derecho privado podrían incurrir en un delito de realización arbitraria del propio derecho del artículo 455 del Código penal, si empleasen violencia, intimidación o fuerza en las cosas para recuperar la posesión del inmueble¹¹⁵.

Por otro lado, partiendo de la existencia de personas sin vivienda, así como viviendas deshabitadas, podría entrar en aplicación la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho, regulada en el artículo 20.7 del Código penal, habida cuenta de la previsión constitucional del artículo 47 de nuestra Carta Magna. A tenor del mencionado precepto de la Constitución española: “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación (...)”, lo que constituye un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos y no un derecho de carácter fundamental¹¹⁶. Pese a ello, dada la dejación de ese principio rector de la política social y económica que se ha venido llevando a cabo por parte del poder público, hay autores que estiman que no cabe descartar la posible aplicación de ejercicio legítimo de un derecho, amparándose en el artículo 47 de la Constitución¹¹⁷. No obstante, en la práctica judicial no hay resoluciones

¹¹³ Vid. CORCOY BIDASOLO, M., MIR PUIG, S. (dirs.), y otros, *Comentarios al Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 93.

¹¹⁴ Vid. GÓMEZ RIVERO, M. C. (coord.), MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I., y NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Nociones fundamentales de Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 233 a 238.

¹¹⁵ Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), y otros, *Derecho penal español...*, *op. cit.*, p. 210.

¹¹⁶ STC, 152/88, de 20 de julio (BOE núm. 203, de 24 de agosto de 1988).

¹¹⁷ Cfr. BOIX REIG, J. (dir.), y otros, *Derecho penal: Parte Especial. Delitos contra...*, *op. cit.*, p. 213.

que se hayan pronunciado en ese sentido ante situaciones de indigencia o familias sin hogar.

Por último, es de especial relevancia en el delito del artículo 245.2 del Código penal la consideración del estado de necesidad¹¹⁸, que podría tener frecuente aplicación en este ámbito en sus variedades de eximente completa, incompleta o atenuante analógica cuando una persona penetra en una vivienda desocupada para poner al abrigo a su familia, por carecer de otras posibilidades para la satisfacción de tal elemental necesidad, siempre y cuando se cumplan las reglas generales afectantes al artículo 20.5 del Código penal¹¹⁹.

Así, cuando concurren los requisitos de situación de necesidad, que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar –vivir sin cobijo– y que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto, procede apreciar la causa de estado de necesidad como eximente completa¹²⁰. En tal sentido se han pronunciado los órganos jurisdiccionales del orden penal en numerosas ocasiones, entre otras¹²¹, la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 1 de diciembre de 1999¹²², que estimó la aplicación de la eximente completa, manifestando que la acusada: “padece epilepsia y no puede realizar ningún tipo de trabajo, tiene tres hijos a su cuidado, recibe una pensión de 37.500 pesetas y, ante la imposibilidad de dar cobijo permanente a los tres hijos y a sí misma, a pesar de haber solicitado vivienda de promoción pública, y no habiendo obtenido respuesta, ocupó la citada vivienda que estaba desocupada, (...) conducta que realizó por la situación de necesidad en la que se encontraba y que vino a paliarla en detrimento de los intereses Patrimoniales del IVIMA, perjuicio claramente inferior comparativamente a la situación en la que se encontraba la citada señora y sus hijos”; o la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 9 de mayo de 2002¹²³, que dictaminó que: “al haber quedado acreditada en el acto de juicio su situación angustiosa y que carecían de todo tipo de bienes (...) es lo cierto que en todo caso no se ha probado la ausencia de otro medio viable y legítimo para subvenir la necesidad”.

¹¹⁸ Vid. NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S., *Los delitos de usurpación...*, op. cit., pp. 131 a 134.

¹¹⁹ Vid. CALDERÓN CERESO, A., y CHOCLÁN MONTALVO J. A., *Manual de Derecho penal...*, op. cit., p.224.

¹²⁰ Vid. BLANCO LOZANO, C., *Tratado de Derecho penal español. El sistema de la parte especial. Tomo II: Volumen I: Delitos contra bienes jurídicos individuales*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2005, p. 505.

¹²¹ SAP de Castellón, Secc. 3ª, 329/2004, de 26 de noviembre (Tol 581897); SAP de Cáceres, Secc. 2ª, 49/2005, de 22 de abril (Tol 622694).

¹²² SAP de Madrid, Secc. 6ª, 556/1999, de 1 de diciembre (CENDOJ 28079370061999100960).

¹²³ SAP de Murcia, Secc. 3ª, 39/2002, de 9 de mayo (CENDOJ 30030370032002100314).

También constituye práctica judicial reiterada apreciar la causa de estado de necesidad como eximente incompleta, como han hecho, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 9 de mayo de 2014¹²⁴, al estimar: “una situación de indigencia, no habiendo acreditado agotar todas las posibilidades de petición de ayuda pública para poder apreciar la eximente como completa”; o la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 29 de mayo de 1998¹²⁵, al entender que: “no se podía llegar a la conclusión de que los acusados se encontraran en una extrema indigencia, a pesar de la situación de marginalidad genérica de los tres, de las condiciones de habitabilidad del domicilio de Primitiva, vivienda proporcionada por Cáritas y en la que convivía con tres hijos y tres nietos y de la inminencia del parto de una de las acusadas”.

No obstante, no se pueden omitir todos aquellos pronunciamientos en los que la Jurisprudencia no admite como eximente el estado de necesidad por el mero hecho de existir servicios sociales al alcance de los ciudadanos, ONG’s que tratan de proveer viviendas a familias desamparadas o la posibilidad de obtención de ayudas por parte de familiares de los afectados por una mala situación económica y social. Así, *ad exemplum*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 17 de septiembre de 2009 sostiene que: “el hecho de ser padres de una hija menor de edad, con dificultades económicas por la falta de empleo no es impedimento para tratar de obtener una vivienda por otros cauces, por lo que no se cumplen ninguno de los requisitos exigidos en el artículo 20.5 CP, ni como eximente completa ni incompleta”¹²⁶.

Con todo, estamos de acuerdo con BOIX REIG cuando afirma que la ausencia de violencia o intimidación en el tipo del artículo 245.2 del Código penal y la causación de perjuicios de carácter exclusivamente patrimonial deberían favorecer la aplicación en esta infracción de las causas de justificación expuestas¹²⁷.

¹²⁴ SAP de Córdoba, Secc. 3ª, 221/2014, de 9 de mayo (CENDOJ 14021370032014100257).

¹²⁵ SAP de Murcia, Secc. 4ª, 50/1998, de 29 de mayo (CENDOJ 30030370041998100343). En el mismo sentido, SAP de Madrid, Secc. 15ª, 176/2000, de 28 de abril (CENDOJ 28079370152000100694); y SAP de Madrid, Secc.15ª, 234/2004, de 28 de mayo (Tol 771966).

¹²⁶ SAP de Málaga, Secc. 9ª, 458/2009, de 17 de septiembre (CENDOJ 29067370092009100355). En el mismo sentido, SAP de Madrid, Secc. 17ª, 916/2009, de 14 de septiembre (Tol 1626426); SAP de Madrid, Secc. 16ª, 649/2009, de 15 de octubre (Tol 1760525).

¹²⁷ *Cfr.* BOIX REIG, J. (dir.), y otros, *Derecho penal: Parte Especial. Delitos contra...*, op. cit., p. 213.

6. *ITER CRIMINIS*

En cuanto al desarrollo de esta figura delictiva, la impunidad de los actos preparatorios de la ocupación pacífica no ofrece duda alguna, ya que el artículo 269 del Código penal, disposición común a los delitos comprendidos en Capítulos Primero a Noveno del Título XIII, no prevé el castigo de la provocación, conspiración y proposición para el delito que nos ocupa¹²⁸.

Continuando con el *iter criminis*, la consumación del tipo penal del artículo 245.2 de nuestro Código se alcanza una vez producida la ocupación o el mantenimiento contra la voluntad del titular, concurriendo dolo en la conducta delictiva y ánimo de lucro, el requisito de la utilidad obtenida y una actuación en concepto de dueño. En otras palabras, el delito queda consumado cuando el sujeto activo se subroga en la situación posesoria del sujeto pasivo, produciéndose con ello la lesión efectiva del bien jurídico protegido¹²⁹. Así, se admite la tentativa acabada e inacabada en aquellos casos en los que se produce la penetración en el inmueble, vivienda o edificio, pero no tiene lugar una mínima consolidación ocupacional. En este sentido los Tribunales del orden jurisdiccional penal han venido apreciando tentativa inacabada en la ejecución del delito cuando el sujeto activo no logra entrar en la vivienda debido a la llegada de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, o sale huyendo ante su presencia¹³⁰.

Por otro lado, el carácter permanente de esta figura delictiva hace posible que aparezca cualquier forma de participación criminal con posterioridad a consumación de la infracción¹³¹. En este punto, BRAGE CENDÁN pone el ejemplo de “quien ayuda a los ocupantes de un inmueble a mantenerse en el mismo aprovisionándolos de todo tipo de enseres o víveres”¹³². Del mismo modo, el carácter permanente de esta figura abre la posibilidad de que aparezca el dolo en un momento posterior a la simple entrada en el inmueble con un fin distinto a la ocupación, así como que *ab initio* haya una autorización

¹²⁸ Vid. BURGOS PAVÓN, F., *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 199; y ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), y otros, *Derecho penal español...*, *op. cit.*, p. 211.

¹²⁹ Vid. BOIX REIG, J. (dir.), y otros, *Derecho penal: Parte Especial. Delitos contra...*, *op. cit.*, p. 206; BRAGE CENDÁN, S. B., “El denominado delito de usurpación pacífica...”, *op. cit.*, p. 26; y NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S., *Los delitos de usurpación...*, *op. cit.*, p. 106.

¹³⁰ SAP de Madrid, Secc. 2ª, 458/2002, de 17 de octubre (CENDOJ 28079370022002101037); SAP de Sevilla, Secc. 1ª, 396/2004, de 17 de septiembre (CENDOJ 41091370012004100386); y SAP de Madrid, Secc. 6ª, 465/2006, de 24 de noviembre (CENDOJ 28079370062006100831).

¹³¹ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), y otros, *Derecho penal español...*, *op. cit.*, pp. 202 y 203.

¹³² BRAGE CENDÁN, S. B., “El denominado delito de usurpación pacífica...”, *op. cit.*, p. 26.

para la entrada durante un corto periodo de tiempo, produciéndose posteriormente una verdadera ocupación.

Por último, en cuanto a la conducta de “mantenerse”, por tratarse de un delito de omisión propia, tal y como hemos apuntado, no admitiría la apreciación de formas imperfectas de ejecución¹³³.

7. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Esta cuestión no plantea problemas específicos, por lo que resultan de aplicación las normas generales que regulan la autoría y participación en nuestro Código penal, previstas en el Título II del Libro I. Como se ha visto, el artículo 245.2 CP tipifica un delito permanente, por lo que reiteramos en esta sede que caben formas de autoría y participación posteriores al momento inicial de la consumación en relación a aquellos que intervengan en la ocupación, incluso, para ROCA AGAPITO, durante el desalojo¹³⁴. No obstante, para ello han de darse todos los elementos del tipo y, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Madrid no condenó como autor ni como partícipe, a quien se encontraba junto con otros en la azotea del edificio ocupado por entender que no tenía intención de ocupar el inmueble, ni tampoco de colaborar a que los demás se mantuvieran en él, pues tras las oportunas conversaciones y el correspondiente requerimiento, accedieron voluntaria y pacíficamente a descender de la azotea¹³⁵. Es preciso señalar, por último, que se puede considerar cooperador a quien colabora para que otro ocupe el inmueble, tal y como hizo la Audiencia Provincial de Sevilla ante la ayuda de una madre a la recolocación de la puerta a fin de que su hija pudiese utilizar la vivienda¹³⁶, lo que se estimó como complicidad¹³⁷.

¹³³ Vid. BRAGE CENDÁN, S. B., “El denominado delito de usurpación pacífica...”, *op. cit.*, p. 23; y BOIX REIG, J. (dir.), y otros, *Derecho penal: Parte Especial. Delitos contra...*, *op. cit.*, pp. 211 a 213.

¹³⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), y otros, *Derecho penal español...*, *op. cit.*, p. 211.

¹³⁵ SAP de Madrid, Secc. 15ª, 363/2003, de 10 de septiembre (Tol 325711).

¹³⁶ SAP de Sevilla, Secc. 1ª, 396/2004, de 17 de septiembre (CENDOJ 41091370012004100386).

¹³⁷ Vid. BOIX REIG, J. (dir.), y otros, *Derecho penal: Parte Especial. Delitos contra...*, *op. cit.*, p. 207; NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S., *Los delitos de usurpación...*, *op. cit.*, p. 211; y ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), y otros, *ibidem*.

8. PROBLEMAS CONCURSALES

El carácter pacífico del tipo penal del artículo 245.2 CP impide, en principio, la posibilidad de concurso con los delitos de coacciones y amenazas¹³⁸. En torno a la figura delictiva de las coacciones, cabe traer a colación la crítica que realiza NOGUEIRA GANDÁSEGUI¹³⁹ a una línea jurisprudencial¹⁴⁰ anterior al Código Penal de 1995, que consideraba como delito de coacciones la entrada en inmuebles deshabitados, por no encontrar la conducta de la ocupación un claro encaje en ningún tipo penal, ahora sancionada por el artículo 245.2 CP, realizando con ello el Tribunal Supremo una interpretación extensiva del delito de coacciones. Tampoco sería posible que entrasen en concurso la ocupación pacífica de bienes inmuebles y el delito de allanamiento de morada del artículo 202 CP, porque en el artículo 245.2 CP los inmuebles ocupados no lo son de acuerdo con la propia previsión legal del precepto. Por lo que se refiere a la relación entre los delitos de ocupación pacífica de bienes inmuebles y de allanamiento de domicilio de personas jurídicas del artículo 203 del Código penal, estimamos que no hay apariencia concursal entre ambas figuras ni identidad de bienes jurídicos, por lo que nos oponemos al parecer de BLANCO LOZANO, que identifica un concurso ideal de delitos en este punto¹⁴¹.

Por otra parte, al tratarse de un delito de medios legalmente indeterminados¹⁴², cabe que el sujeto activo emplee fuerza en las cosas para conseguir desplegar la conducta típica, por lo que se apreciaría un concurso entre la ocupación no violenta y el delito de daños al que pueda dar lugar, por ejemplo, los casos de fractura de cerradura, puerta, pared, etc. –concurso medial– o de destrozos como represalia ante el próximo desalojo –concurso real–¹⁴³. Llevar a cabo la conducta típica del artículo 245.2 CP con frecuencia da lugar a

¹³⁸ Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*, op. cit., p. 366; y BRAGE CENDÁN, S. B., “El denominado delito de usurpación pacífica...”, op. cit., p. 26.

¹³⁹ Cfr. NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S., *Los delitos de usurpación...*, op. cit., p. 135.

¹⁴⁰ STS, Sala de lo Penal, 157/1980, de 13 de febrero (CENDOJ 28079120011980100370).

¹⁴¹ Cfr. BLANCO LOZANO, C., *Tratado de Derecho...*, op. cit., p. 506. Este autor plantea de modo incorrecto el problema concursal entre los delitos 245.2 y 203 del Código penal, ya que, por un lado estima apreciable un concurso ideal de delitos, cuando a nuestro juicio no hay apariencia concursal alguna y, además, en lugar de resolver tal concurso ideal aplicando el artículo 77 CP, acude al criterio de la especialidad del artículo 8.1. del Código penal.

¹⁴² Vid. BAUCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles...*, op. cit., pp. 132 a 145; BOIX REIG, J. (dir.), y otros, *Derecho penal: Parte Especial. Delitos contra...*, op. cit., pp. 211 a 213; BRAGE CENDÁN, S. B., “El denominado delito de usurpación pacífica...”, op. cit., p. 23; y ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), y otros, *Derecho penal español...*, op. cit., pp. 207 y 208.

¹⁴³ BRAGE CENDÁN, S. B., “El denominado delito de usurpación pacífica...”, op. cit., pp. 26 y 27; y ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), y otros, *Derecho penal español...*, op. cit., p. 212.

un concurso entre este delito y el delito de desobediencia a la autoridad del artículo 556 del Código penal¹⁴⁴, al hacer caso omiso el sujeto activo ante los requerimientos de desalojo por parte de la autoridad o sus agentes¹⁴⁵.

9. PENALIDAD

El delito de ocupación pacífica aparece sancionado en el artículo 245.2 del Código penal con pena de multa de tres a seis meses. En este punto, siguiendo a los autores BAUCCELLS I LLADÓS y BRAGE CENDÁN, el fundamento de que la penalidad de estas conductas sea inferior a las tipificadas en el apartado 1º –castigadas con pena de prisión de uno a dos años– radica en el diferente objeto material sobre el que han de recaer las acciones en ambos delitos y no en la ausencia de violencia o intimidación en el apartado 2º. Esto es así porque las modalidades del artículo 245.2 del Código penal han de ser realizadas en inmuebles, viviendas o edificios ajenos “que no constituyan morada”, lo que a juicio de estos autores implica menor peligrosidad por tratarse de inmuebles abandonados que no cumplen ninguna función económica o social a la que debe estar orientada el patrimonio y por tanto merece menor desvalor que el ataque a un bien inmueble que pueda servir de vivienda¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Cfr. BRAGE CENDÁN, S. B., *ibidem*.

¹⁴⁵ SAP de Santa Cruz de Tenerife, Secc. 2ª, 2074/2016, de 19 de diciembre (CENDOJ 38038370022016100391); SAP de Córdoba, Secc. 3ª, 1022/2016, de 6 de julio (CENDOJ 14021370032016100433).

¹⁴⁶ Cfr. BRAGE CENDÁN, S. B., “El denominado delito de usurpación pacífica...”, *op. cit.*, p. 27; y BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles...*, *op. cit.*, pp. 164 y 165.

10. CONCLUSIONES

La creación de la figura delictiva del artículo 245.2 del Código penal, tal y como ha afirmado el Tribunal Supremo¹⁴⁷, responde a una voluntad inequívoca del legislador de dar una respuesta punitiva al fenómeno de los “okupas”. Esta criminalización tiene su fundamento en una realidad social existente tanto en el momento de promulgación del Código penal de 1995 como en la época actual, ya que son alrededor de 85.000 las viviendas las ocupadas en España¹⁴⁸ y tan solo en nuestra Comunidad Autónoma se presenta una media de una denuncia al día por “okupación”¹⁴⁹.

De este modo, el bien jurídico tutelado por el delito del artículo 245.2 CP es la ausencia de perturbación en el tranquilo disfrute de los derechos de posesión y uso que recaen sobre los bienes inmuebles, viviendas, o edificios que no constituyan morada. No obstante, tanto la ocupación pacífica de bienes inmuebles como el mantenimiento en los mismos, se trata de una cuestión dotada de especial protección por el Derecho civil, que ofrece mecanismos como la acción reivindicatoria, la de desahucio por precario, los interdictos posesorios y las acciones registrales. En este sentido, el elenco de posibilidades que proporciona el Derecho privado para proteger las situaciones de despojo del patrimonio inmobiliario debería suponer que el Derecho penal se mantuviese al margen en cuanto a la sanción de estos sucesos. No obstante, el legislador penal no lo ha decidido así, por lo que cabe concluir que, por un lado, el delito tipificado en el artículo 245.2 del texto punitivo vulnera el principio de *ultima ratio* –vigente como consecuencia del principio de intervención mínima– ya que la política criminal de un Estado social, democrático y de Derecho no debería huir al Derecho punitivo para resolver conflictos que podrían encontrar soluciones en otros instrumentos del ordenamiento jurídico. Por otra parte, esta regulación podría resultar perturbadora del ejercicio de las acciones civiles, ya que quedarían en suspenso en tanto no quedase resuelta la acción penal, generando con ello una dilación innecesaria en un procedimiento que, por gozar de naturaleza sumaria y por poder ventilarse, en su caso, a través de un procedimiento de desahucio al que el legislador dotó de gran celeridad para preservar los derechos de los propietarios, es lo suficientemente eficaz y rápido *per se* para proteger al perjudicado.

¹⁴⁷ STS, Sala de lo Penal, 1318/2004, de 15 de noviembre (CENDOJ 28079120012004101257).

¹⁴⁸ Diario La Voz de Galicia, de 8 de mayo de 2017, p. 9.

¹⁴⁹ Diario La Voz de Galicia, de 21 de abril de 2017, p. 10

Pese a lo expuesto, por todos es sabido que la Administración de Justicia se ha visto colapsada en las últimas décadas, lo que ha implicado dilaciones injustificadas, pero tales deficiencias estructurales no han de dar lugar a que la sanción penal solucione el incumplimiento de las obligaciones civiles, ya que en todo caso el mencionado principio de *ultima ratio* exigiría la necesidad de reformar los procedimientos civiles centenarios que eternizan los procesos judiciales y no crear la figura delictiva de ocupación pacífica de inmuebles.

Asimismo, el concepto de Estado social que se proclama en el artículo 1.1 de la Constitución, obligaría al legislador español a encontrar soluciones para el conflicto que está detrás de la “okupación” en políticas sociales de vivienda, llevando a efecto verdaderamente las directrices constitucionales que han de informar las actuaciones de los poderes públicos, por ejemplo, promoviendo las Viviendas de Protección Oficial y, permitiendo con ello, cuanto menos, disminuir el número de familias sin hogar, garantizando el derecho a una vivienda digna.

Tampoco hay que dejar de lado que el principio de intervención mínima del Derecho penal implica que esta rama del ordenamiento jurídico solo debería sancionar aquellos casos más graves de atentado contra los bienes inmuebles y que, desde luego, no serían los previstos en el apartado 2º del Código penal, habida cuenta su carácter pacífico y el objeto material sobre el que han de recaer las conductas, que como se ha visto son inmuebles, viviendas y edificios “que no constituyan morada”.

En este punto, de acuerdo con el carácter fragmentario del Derecho penal, a cuyo tenor solo se deben proteger los bienes jurídicos más importantes y únicamente contra los ataques más intolerables, consideramos acertado afirmar que solo deberían tener cabida en un tipo penal, en primer lugar, las ocupaciones que se realizasen desplegando los medios comisivos de violencia o intimidación en las personas –ya sancionadas en el apartado 1º del artículo 245 CP–, pues aquí el ataque al patrimonio inmobiliario va unido a un desvalor que afecta a otros bienes jurídicos de carácter personal y, tal y como afirma BAUCELLS I LLADÓS “esa es precisamente la principal finalidad del Derecho penal: estar únicamente al servicio de un marco mínimo de convivencia (...) si el Derecho penal logra erradicar la violencia ya ha conseguido su objetivo para que el Derecho pueda encontrar soluciones en el ámbito civil”¹⁵⁰.

¹⁵⁰ BAUCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles...*, op. cit., p. 69.

En segundo lugar, creemos oportuno el castigo de aquella conducta cuya gravedad se sitúa entre la ocupación violenta o intimidatoria y la pacífica, esto es, la ocupación llevada a cabo con fuerza en las cosas –que para gran parte de la doctrina se reconduce al tipo del artículo 245.2 del Código penal–, pues desplegar el citado medio comisivo implica mayor peligrosidad para el patrimonio inmobiliario y supondría mayor desvalor en la conducta realizada.

En tercer lugar, también consideramos que procedería el castigo por la vía penal únicamente de aquellas conductas realizadas en inmuebles que impliquen un mayor detrimento y desvalor para el patrimonio inmobiliario que, a nuestro juicio, no son los que constituyen el objeto material de la ocupación no violenta, y que se corresponden con inmuebles abandonados que no cumplen una función o económica a la que debe responder el patrimonio.

Por otro lado, la ausencia de violencia o intimidación en el tipo del artículo 245.2 del Código penal y la causación de perjuicios de carácter exclusivamente patrimonial deberían favorecer la aplicación en esta infracción de las causas de justificación analizadas en el presente trabajo, en especial el estado de necesidad.

Asimismo, dado que la creación de esta figura delictiva no responde a una merma en las garantías o en los medios de protección que ofrece el Derecho civil para la tutela del patrimonio inmobiliario –tanto en su vertiente de vinculación formal con el inmueble como de vinculación fáctica para proteger meramente la posesión– la proliferación del movimiento “okupa” no justifica la intervención del Derecho penal, que ha puesto al servicio del propietario o del titular de otro derecho real sobre el inmueble el *ius puniendi* del Estado y convierte en ilícito penal lo que hasta el 1995 había sido un ilícito civil. Estimamos que el legislador penal ha hecho uso de un Derecho penal simbólico que vulnera los principios expuestos y que, pese a ello, va a ser aplicado por los jueces y tribunales, pues, siguiendo lo dispuesto por el Tribunal Supremo¹⁵¹: “reducir la intervención del Derecho penal, como *ultima ratio*, al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad

¹⁵¹ STS, Sala de lo Penal, 96/2002, de 30 de enero (CENDOJ 28079120012002102645).

por cuanto no es al juez, sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del Derecho penal”.

Por todo lo expuesto, estimamos *de lege ferenda* que el delito sancionado en el artículo 245.2 del Código penal debería ser suprimido, dada la vulneración que conlleva de diversos principios rectores del Derecho penal y la suficiencia de mecanismos en el Derecho civil para solventar estos supuestos, que no suponen un gran desvalor para el patrimonio inmobiliario que pueda justificar la intervención del Derecho punitivo, empleado aquí por el legislador como Derecho penal simbólico para articular una política criminal que no debería tener cabida en un Estado social, democrático y de Derecho.

11. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., ROCA AGAPITO, L., VENTURA PÜSCHEL, A., y otros, *Derecho penal español. Parte especial (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

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

BOIX REIG, J. (dir.), GARCÍA RIVAS, N., JUANATEY DORADO, C., DOVAL PAIS, A., JAREÑO LEAL, A., MIRA BENAVENT, J., LLORIA GARCÍA, P., MORENO ALCÁZAR, M. A., y ANARTE BORRALLA, E., *Derecho penal: Parte Especial. Delitos contra las relaciones familiares, contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Iustel, Madrid, 2012.

BLANCO LOZANO, C., *Tratado de Derecho penal español. El sistema de la parte especial. Tomo II: Volumen I: Delitos contra bienes jurídicos individuales*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2005.

BRAGE CENDÁN, S. B., “El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal)”, *El consultor inmobiliario*, septiembre de 2002, nº 27, pp. 19 a 29.

BURGOS PAVÓN, F., *Derecho penal: Delitos I*, CEF, Madrid, 2015.

CALDERÓN CEREZO, A., y CHOCLÁN MONTALVO J. A., *Manual de Derecho penal II. Parte especial*, Deusto Jurídico, Barcelona, 2005.

CORCOY BIDASOLO, M., MIR PUIG, S. (dirs.), y otros, *Comentarios al Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal civil, parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial, II, Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Thomson Civitas, Madrid, 2008.

GÓMEZ RIVERO, M. C. (coord.), MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I., y NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Nociones fundamentales de Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 2010.

GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios prácticos al Código penal. Delitos contra el patrimonio y socioeconómicos. Artículos 234-318 bis. Tomo III*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

HUERTA TOCILDO, S., *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, Civitas, Madrid, 1980.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal: Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S., *Los delitos de usurpación de inmuebles en el Código penal de 1995. Aspectos sustantivos y procesales*. Madrián Libro, Librería Jurídica, Cambados, 1999.

SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M. D., y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Curso de Derecho penal: Parte Especial*, Dykinson, Salamanca, 2016.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Nuevo Código penal comentado*, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1996.

12. JURISPRUDENCIA CITADA

STC, 152/88, de 20 de julio (BOE núm. 203, de 24 de agosto de 1988).

STC, 22/1984, de 17 de febrero (BOE núm. 59, de 09 de marzo de 1984).

STS, Sala de lo Penal, 800/2014, de 12 de noviembre (CENDOJ 28079120012014100820).

STS, Sala de lo Penal, 1318/2004, de 15 de noviembre (CENDOJ 28079120012004101257).

STS, Sala de lo Penal, 96/2002, de 30 de enero (CENDOJ 28079120012002102645).

STS, Sala de lo Penal, 157/1980, de 13 de febrero (CENDOJ 28079120011980100370).

SAP de Santa Cruz de Tenerife, Secc. 2ª, 2074/2016, de 19 de diciembre (CENDOJ 38038370022016100391).

SAP de Córdoba, Secc. 3ª, 1022/2016, de 6 de julio (CENDOJ 14021370032016100433).

SAP de Córdoba, Secc. 3ª, 221/2014, de 9 de mayo (CENDOJ 14021370032014100257).

SAP de Albacete, Secc. 1ª, 81/2010, de 4 de junio (Tol 1909113).

SAP de Burgos, Secc. 1ª, 100/2010, de 21 de abril (Tol 1879343).

SAP de Madrid, Secc. 2ª, 126/2010, de 23 de marzo (Tol 1864681).

SAP de Barcelona, Secc. 7ª, 125/2010, de 4 de febrero (Tol 1830412).

SAP de Sevilla, Secc. 3ª, 631/2009, de 17 de diciembre (CENDOJ 41091370032009100567).

SAP de Madrid, Secc. 16ª, 649/2009, de 15 de octubre (Tol 1760525).

SAP de Málaga, Secc. 9ª, 458/2009, de 17 de septiembre (CENDOJ 29067370092009100355).

SAP de Málaga, Secc. 2ª, 442/2009, de 16 de septiembre (CENDOJ 29067370022009100386)

SAP de Madrid, Secc. 17ª, 916/2009, de 14 de septiembre (Tol 1626426)

SAP de Madrid, Secc. 17ª, 270/2007, de 12 de marzo (Tol 1091128).

SAP de Málaga, Secc. 2ª, 16/2007, de 2 de enero (Tol 1243835).

SAP de Barcelona, Secc. 10ª, 21/2006, de 28 de diciembre (CENDOJ 08019370102006100810).

SAP de Madrid, Secc. 6ª, 465/2006, de 24 de noviembre (CENDOJ 28079370062006100831).

SAP de Cáceres, Secc. 2ª, 49/2005, de 22 de abril (Tol 622694).

SAP de Castellón, Secc. 3ª, 329/2004, de 26 de noviembre (Tol 581897).

SAP de Sevilla, Secc. 1ª, 396/2004, de 17 de septiembre (CENDOJ 41091370012004100386)

SAP de Madrid, Secc.15ª, 234/2004, de 28 de mayo (Tol 771966).

SAP de Madrid, Secc. 15ª, 363/2003, de 10 de septiembre (Tol 325711).

SAP de Valladolid, Secc. 4ª, 195/2003, de 25 de marzo (CENDOJ 47186370042003100133).

SAP de Barcelona, Secc. 5ª, 217/2003, de 16 de enero (CENDOJ 08019370052003100041).

SAP de Madrid, Secc. 2ª, 458/2002, de 17 de octubre (CENDOJ 28079370022002101037).

SAP de Murcia, Secc. 3ª, 39/2002, de 9 de mayo (CENDOJ 30030370032002100314).

SAP de Guipúzcoa, Secc. 3ª, 112/2000, de 6 de junio (CENDOJ 20069370032000100471).

SAP de Madrid, Secc. 15ª, 176/2000, de 28 de abril (CENDOJ 28079370152000100694).

SAP de Madrid, Secc. 6ª, 556/1999, de 1 de diciembre (CENDOJ 8079370061999100960).

SAP de Zaragoza, Secc. 1ª, 451/1998, de 28 de octubre (CENDOJ 50297370011998100636).

SAP de Asturias, Secc. 2ª, 451/1998, de 2 de julio (CENDOJ 33044370021998100421).

SAP de Murcia, Secc. 4ª, 50/1998, de 29 de mayo (CENDOJ 30030370041998100343).

13. LEGISLACIÓN

Constitución española, aprobada por Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Real decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.

Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

