

¿Es jurídicamente posible el desalojo inmediato de viviendas objeto de un delito leve de ocupación ilegal?

José Luis Rodríguez Lainz

Magistrado titular del Juzgado de Instrucción 4 de Córdoba

Diario La Ley, Nº 9693, Sección Doctrina, 10 de Septiembre de 2020, Wolters Kluwer

Comentarios

La consideración de los inmuebles usurpados, su posesión ilícita encuadrable en el tipo penal del art. 245.2 del CP, como efectos del delito permite activar los mecanismos de incautación/restitución que facilitarían, sin necesidad de acudir a la jurisdicción cautelar en sentido estricto, la inmediata recuperación de la posesión de un inmueble usurpado; haciendo que, con inmanencia de la exigencia del *fumus boni iuris*, el *periculum in mora* se difumine, ante la sola constatación de compatibilidad de la restitución de la posesión, como peculiar efecto del delito, con el objeto del proceso penal. La restitución, como derecho de la víctima garantido por el art. 15 de la Directiva 2012/29/UE, debería afectar igualmente no solo a los bienes muebles, sino a otros bienes jurídicos tales como en concreto la posesión inmobiliaria; independientemente de la condición de persona física o jurídica del poseedor legítimo.

La vía del art. 13 de la LECRIM, además, no debería cerrarse por el solo hecho de que el delito tenga la categoría de delito leve; toda vez que en la contraposición de los intereses en conflicto la garantía de la inviolabilidad domiciliaria de los ocupantes ilegales, cuando ésta se hubiera consolidado por el hecho de la posesión, juega tan solo desde una perspectiva meramente instrumental. Como nos advertirá la STC 32/2019, no puede oponerse la inviolabilidad domiciliaria del ocupante ilegal como obstáculo frente la legítima pretensión de recuperación posesoria. Tampoco la libertad de residencia o el derecho a una vivienda digna pueden oponerse frente a quien es un particular. Es ésta viable, como lo es la actuación policial de desalojo en situación de flagrancia delictiva; en tanto en cuanto la misma tenga lugar en un momento en que esa situación de inviolabilidad domiciliaria aún no se hubiera consolidado.

Aunque nuestra LECRIM arbitra mecanismos y pautas procesales suficientes para garantizar la adopción de medidas de desalojo con todas las garantías procesales, es evidente que una reforma de la LECRIM que estableciera un procedimiento específico sería más que aconsejable.

I. Planteamiento

Hasta la llegada de la gran crisis económica de 2008 el fenómeno de las ocupaciones ilegales de viviendas alcanzaba cotas estadísticas prácticamente episódicas, por no decir anecdóticas; más allá de un fenómeno sociológico, el de las llamadas *okupaciones* partía de un componente marcadamente ideológico. Se trataba de situaciones generalmente relacionadas con inmuebles en evidente estado de deterioro o abandono, que, si bien tenían un mayor predicamento en determinados ámbitos urbanos del Estado, apenas encontraban un calado en la sociedad más allá de lo casi anecdótico. Preocupaban más los focos de insalubridad, la molestias para el vecindario, o las conductas incívicas que solían estar detrás, aunque no siempre, de cada ocupación normalmente a título de colectividades o entidades asociativas más o menos estructuradas, que el hecho mismo de la infracción criminal que escondían. La jurisprudencia menor no encontraba especial reparo en sancionar como un delito menos grave del art. 245.2 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) este tipo de conductas; aunque no era inhabitual encontrar cierta sensibilidad en resoluciones judiciales que trataban de buscar una solución alternativa al duro yugo del derecho penal, mostrando cierto grado de empatía con este tipo de fenómenos. La delimitación del bien jurídico protegido y problemas técnicos derivados del carácter colectivo, que no individualizado, de estas formas de ocupación, solían estar detrás de los autos de archivo o sentencias absolutorias que llegaron a proliferar en concretas demarcaciones territoriales de

nuestra planta judicial.

La crisis, sin embargo, varió drásticamente el escenario de esta fenomenología social, ante el dramatismo de unas imágenes de centenares de familias que estaban perdiendo sus viviendas como consecuencia de ejecuciones hipotecarias, *desahucios* en el incorrecto uso del concepto jurídico a nivel social y periodístico, como consecuencia de su incapacidad para hacer frente al pago de las cuotas del préstamo con garantía hipotecaria. En un contexto de opinión pública francamente hostil hacia la banca, que se convirtiera en el auténtico chivo expiatorio de un sistema económico que más tarde o más temprano estaba condenado al fracaso, comenzaron a proliferar por todo el territorio nacional entidades asociativas o grupos de personas unidas por un sentimiento de grave injusticia social derivada de tan tristes acontecimientos; las cuales, principiando por estrategias de desobediencia civil que trataban de impedir o retrasar los lanzamientos, derivaron en la nueva idea de la reocupación de estos inmuebles por parte de las personas *desahuciadas* como forma de actuar en justicia frente a una banca que se entendía había sido rescatada a costa del sufrimiento de la ciudadanía. Estas reocupaciones llegaron a contar con el apoyo moral e incluso material de algunas de estas asociaciones, que no tenían el más mínimo reparo de presentarse ante la opinión pública como tales valedoras; incluso facilitando cerrajero, electricista y fontanero para materializar la reocupación.

Los cimientos del actual casi imparable fenómeno de la ocupación ilegal estaban ya plenamente consolidados

Tal forma de actuar, con el beneplácito del oportunismo de determinados partidos políticos y el silencio condescendiente de otros, así como con un inicial consolidado apoyo social, pronto derivó en una especie de conciencia popular de que prácticamente cualquier ciudadano tenía derecho a ocupar impunemente un inmueble, un *piso de banco*, por el solo hecho de pertenecer a la cartera inmobiliaria de una entidad bancaria u odiado *fondo buitre*. Los cimientos del actual casi imparable fenómeno de la ocupación ilegal estaban ya plenamente consolidados; hasta el punto de redefinir lo

que no dejaba de ser un delito menos grave con ese eufemismo tan patético de la *solución habitacional* (1) . De buenas a primeras, y frente a una Administración de Justicia apenas incapaz de reaccionar frente a un fenómeno cada vez más extendido, la ocupación ilegal comenzaba a convertirse en una solución para cientos de personas o grupos familiares para procurarse una vivienda donde residir a coste cero o pagando al especialista en *reventar* puertas de acceso sus honorarios; si no en un negocio que proporcionaba pingües beneficios a verdaderas mafias organizadas, capaces de hacerse con un amplio parque de viviendas que eran cedidas en uso bajo precio a terceras personas o dedicadas al ejercicio de actividades ilícitas, generalmente invernaderos para el cultivo de marihuana o puntos de venta de droga. Las cifras, y más durante el período de confinamiento durante la vigencia del estado de alarma son realmente preocupantes: En el ejemplo de Cataluña, como punto álgido de localización del fenómeno, solo en el primer semestre de 2020 se contabilizaron 3.611 denuncias por ocupación ilegal (2) . Lo peor de todo es que, incluso desde la incomprensible condescendencia frente a las ocupaciones de pisos de banco se ha abierto la caja de Pandora de las ocupaciones ilegales; convirtiendo cualquier inmueble susceptible de ser utilizado como vivienda, incluso domicilios habitados o segundas residencias de ciudadanos que ningún pecado social han cometido, en potenciales objetivos de personas que han perdido cualquier respeto por la propiedad ajena; buscando una solución habitacional a costa de la desgracia de éstos, cada vez, y aunque resulte durísimo decirlo, con más desvergüenza.

La respuesta política frente a este fenómeno, liderada curiosamente por un grupo político que se abandera actualmente como uno de los principales precursores de una solución inmediata y sin paliativos frente a tal fenómeno, fue de una sutileza tal que deja mucho que pensar sobre una posible finalidad oculta. Se aprovechó la gran reforma del Código Penal de 2015 —CP—, la Ley Orgánica 1/2015 (LA LEY 4993/2015), para, sin tocar una sola coma del art. 245.2 ni de un tipo penal tan relacionado con éste, como es el de la defraudación de fluido eléctrico y análogas del art. 255, convertir tales infracciones de menos graves a leves. La solución radicó en la redefinición de la naturaleza de aquellas infracciones penales que compartían espacios penológicos entre las infracciones veniales, entonces faltas, y los actuales delitos leves (3) . Con anterioridad a la reforma, el entonces art. 13.4 encontraba una solución común a todos los supuestos: la consideración de que la coexistencia entre tramos de penas considerables graves o menos graves siempre cedería por su consideración como delito grave (4) . Con la nueva regulación, el nuevo art. 13.4 mantenía el mismo anterior esquema para la colisión entre penas con tramo común entre penas graves y menos graves; pero la confrontación entre delitos leves y menos graves ofreció una solución realmente sorpresiva e inesperada: «*Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve*». De entre los 16 delitos que pasaban a ser de menos graves a leves,

por un solo día, se encontraban tipos tan variopintos como eran, siguiendo la relación propuesta por GONZÁLEZ RUS (5) : «Delitos que tienen señalada como pena única la multa de tres meses en adelante: art. 142.2 (homicidio por imprudencia menos grave); art. 152.2 (lesiones de los arts. 149 (LA LEY 3996/1995) y 150 (LA LEY 3996/1995) por imprudencia menos grave); art. 163.4 (detención ilegal de una persona para presentarla a la autoridad); art. 195.1 (omisión del deber de socorro); art. 236.1 (furtum possessionis); art. 245.2 (ocupación no violenta de inmuebles); art. 246.1 (alteración de términos o lindes); art. 247.1 (distracción de aguas); art. 254.1 (apropiación indebida); art. 255.1 (defraudación de energía eléctrica y análogas); art. 256 (utilización no autorizada de terminales de telecomunicación); art. 267 (daños por imprudencia grave); art. 324 (daños por imprudencia grave en archivos, registros, etcétera); art. 397 (libramiento de certificados falsos por facultativo); art. 399.1 (falsificación de certificados por particular); art. 456.1.3.º (acusación y denuncia falsa de un delito leve); art. 465.2 (destrucción de documentos o actuaciones por particular); art. 470.3 (evasión del condenado realizada por pariente)». Preferimos pensar que fue, como sostiene dicho autor, una imperdonable imprevisión del legislador no darse cuenta de que tantos delitos menos graves pasaban a convertirse en delitos leves, con las consecuencias penológicas o procesales que ello traía consigo; y la auténtica *biodiversidad jurídica* de bienes jurídicos protegidos a los que afectaba (6) . Más allá de ajustes técnicos exigibles para la adaptación de los nuevos delitos leves al estándar penológico de la multa de uno a tres meses, la solución diversa para la convivencia entre penas que abarcaban los delitos leves y menos graves no encontraba razón de ser; máxime si tenemos en cuenta que la extensión de la pena alcanzaba en su tope máximo un estándar de seis meses de multa, con la severa consecuencia jurídica de penas de localización permanente para caso de impago de hasta tres meses. De hecho, el nuevo art. 967.1, párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LA LEY 1/1882), incluía una cláusula proporcionada a tal severidad penológica impropia de los clásicos delitos leves, imponiendo la asistencia letrada y representación por procurador de los tribunales.

Las consecuencias derivadas de tan sutil pero radical modificación no se hicieron esperar, en orden precisamente a una jurisdicción cautelar, a mi juicio mal entendida, como seguidamente trataré de defender, que partía de la base de un principio de proporcionalidad entre la naturaleza y gravedad del delito y el gravamen que suponía ésta respecto de la persona o derechos de la persona afectada por la medida: La aparente inexistencia de normas procesales concretas que abrigaran la posibilidad de adopción de medidas cautelares en el ámbito de las faltas y de los actuales delitos leves impediría, según se llegó a entender, un acuerdo de inmediato desalojo del inmueble más allá de una sentencia firme o al menos una solicitud de ejecución provisional de la sentencia en lo referente a las responsabilidades civiles (7) .

La gran dificultad en la adopción de medidas de restitución nos lleva a escenarios de meses, incluso más de un año, hasta conseguir la emisión de la orden de desalojo

El escenario que ha dibujado tal nueva situación legal no puede ser más desolador. Partimos ya de raíz del absurdo agravio de considerar delito menos grave un hurto de prendas de ropa de un centro comercial por valor de venta al público de 400,01 €, y sin embargo ser delito leve una ocupación ilegal de inmueble que con notoria facilidad superaría tal importe económico en menos de un mes de posesión (8) . La gran dificultad en la adopción de medidas de restitución, bien por problemas de identificación del propietario o de los ocupantes, bien por la propia dinámica procesal del juicio por delito leve, nos lleva a escenarios de meses, incluso más de un año, hasta conseguir, tras la firmeza de una sentencia condenatoria casi siempre apelada, la emisión de la orden de desalojo;

que en no pocas ocasiones se ve truncada por el hecho de que a la llegada de la policía o la comisión judicial son ya otras personas las que ocupan la vivienda, dando pie a otra nueva demora de meses. Es evidente que cualquier solución al problema, cada vez más creciente, pasa por atender al ya casi imparable clamor social por una justicia penal que pueda con agilidad resolver *a limine* sobre la posibilidad de desalojo inmediato del inmueble usurpado; obviamente adornando la decisión con las adecuadas y ponderadas garantías procesales.

La única y tímida reacción del legislador, la Ley 5/2018, de 11 de junio (LA LEY 9487/2018), de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000), en relación a la ocupación ilegal de viviendas, pese a que mostró cierta voluntad de enmendar la situación, se mostró absolutamente corta de miras. Por una parte demostró ser absolutamente desconocedora de una realidad de la capacidad de respuesta de la jurisdicción civil que apenas podría asumir tan ambiciosos plazos procesales, por mucho que la norma logró superar con gran éxito el control de constitucionalidad con la STC 32/2019, de 28 de febrero (LA LEY 10171/2019); por otra complicó aún más la labor exegética dirigida a vislumbrar los ya sinuosos contornos de la frontera entre la relevancia penal de la

conducta de la ocupación ilegal y aquello que debía quedar en el ámbito del derecho civil; y, por si fuera poco, cayó en un lamentable error de desconocimiento del principio de prioridad de la jurisdicción penal en materia de responsabilidad civil, que convertía la pendencia de una causa penal en obstáculo insalvable para la tramitación independiente del procedimiento sumario y urgente de desalojo que la norma procesal civil diseñaba. Efectivamente, el legislador se olvida de que el art. 111 de la LECRIM (LA LEY 1/1982) impediría la posibilidad de reserva y ejercicio paralelo de la acción de responsabilidad civil, que lo es la de restitución del objeto del delito; sin más excepción que el ejercicio de una acción prejudicial sobre la propiedad o posesión, que difícilmente podría abarcar la vía expeditiva de la Ley 5/2018 (LA LEY 9487/2018). En definitiva, la pendencia de la causa penal se convertía en una causa impeditiva del ejercicio de la acción de recuperación posesoria, y ello hasta la firmeza misma de la sentencia. Bastaba al ocupante autoinculparse ante cualquier autoridad para, ante el más que probable no inmediato desalojo, gozar de la vivienda durante el tiempo transcurrido hasta la firmeza de la sentencia; para lo cual podría incluso poner todo tipo de obstáculos o trabas (provocar suspensiones ante la citación de solo parte de los denunciados, impedir o dificultar actos de comunicación,...). Era y es evidente que, no habiéndose exceptuado este principio de absoluta dependencia de la acción civil a las resultas del ejercicio de la acción penal, la única solución razonable era buscar una vía expeditiva de restitución de la legalidad posesoria en la propia sede de los juzgados de instrucción.

II. El desalojo previo a una condena firme por delito de ocupación ilegal de inmueble: ¿medida cautelar o de restitución del objeto del delito?

Uno de los grandes dilemas jurídicos a los que nos enfrentamos es por qué nos mostramos tan exigentes a la hora de garantizar la entrega de la posesión de una vivienda usurpada, incluso cuando es domicilio habitual o segunda residencia, más allá del falso mito de las 48 horas, y sin embargo nadie plantea la más mínima duda sobre la procedencia jurídica de hacer entrega de cualquier otro objeto del delito al perjudicado o víctima, sea el hecho punible constitutivo o no de delito leve, una vez éste puede ser recuperado. Cuando un vigilante de seguridad de un supermercado descubre cómo un cliente se introduce entre sus ropas varias cajas de berberechos y llega a abandonar el establecimiento sin pagarlos, nadie entra a discutir por qué se procede a la restitución inmediata de los objetos cuando acuden al lugar de los hechos la correspondiente dotación policial, cuando los hechos pudieran ser constitutivos de un delito leve de hurto del art. 234.2 del CP. (LA LEY 3996/1995) La norma que regula la restitución, tras su ocupación por los agentes como efectos del delito, es el art. 334 de la LECRIM (LA LEY 1/1982), en sus párrafos primero y tercero; complementada por un art. 338 exigente de la garantía de la integridad de entre otros los efectos del delito mediante su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito, así como por un art. 620, párrafo segundo, que impide la restitución definitiva hasta después que se haya celebrado el juicio oral. No debe dejarse atrás el hecho de que efectos del delito son tanto los objetos del mismo como aquel beneficio conseguido como consecuencia de su comisión. No hay mejor prueba de ello que la relación que se establece en el art. 122 del CP (LA LEY 3996/1995) entre los efectos del delito y el deber de restitución que se impone al partícipe a título gratuito de los mismos; concepto de restitución que nos lleva directamente al mandato del art. 111.1 del CP. (LA LEY 3996/1995) El párrafo tercero de dicho art. 334 de la LECRIM (LA LEY 1/1982) prevé precisamente la restitución no como una medida cautelar en sentido estricto, sino como un incuestionable derecho de la víctima a ser restituida inmediatamente en su posesión, «...salvo que excepcionalmente debieran ser conservados como medio de prueba o para la práctica de otras diligencias, y sin perjuicio de su restitución tan pronto resulte posible»; norma ésta que encuentra igualmente su aval respecto de las víctimas del delito, eso sí, personas físicas, en el art. 18 de la Ley 4/2015, del estatuto de la víctima del delito (LA LEY 6907/2015) (9), que a su vez da cumplimiento al mandato del art. 15 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 (LA LEY 19002/2012) (10).

Es fácil apreciar cómo la norma se encuentra ubicada sistemáticamente en el Capítulo II del Título V del Libro II de la LECRIM (LA LEY 1/1982); es decir, entre las normas que regulan la fase de instrucción del procedimiento sumario. Igual sucede respecto de las normas que habilitan a la Policía Judicial a la recogida de, entre otros, de los efectos del delito —arts. 282 y 284.4—; norma que es adaptada a las peculiaridades de las fases de investigación de los procedimientos abreviados, o diligencias previas, en el art. 770.3ª de la LECRIM (LA LEY 1/1982), y que se sobreentiende respecto de los procedimientos de enjuiciamiento rápido en el art. 797.1. Sin embargo, ni en el art. 962 ni en los siguientes se hace referencia alguna en el procedimiento de juicio por delito leve a ese deber policial de incautación; ni menos a la existencia de un derecho de restitución inmediata de los efectos del delito a la víctima.

La permeabilidad de estas normas al procedimiento de enjuiciamiento de delitos leves, y más teniendo en cuenta la estructura propia de una norma de la LECRIM (LA LEY 1/1982) que se articula en un procedimiento base, el procedimiento sumario, frente al que los demás se configuran como auténticas especialidades que beben de una misma fuente común a modo de supletoriedad, no debería ser objeto de controversia jurídica; máxime cuando el art. 11.1,g) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LA LEY 619/1986) reconoce una competencia genérica de las fuerzas y cuerpos de seguridad, en concreto, para «...asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente». Es más, pretender tal ausencia de referencia expresa en la regulación de los juicios por delito leve al deber de incautación de los efectos del delito y de su inmediata restitución al perjudicado como fundamento para su exclusión contravendría flagrantemente el mandato de la citada Directiva y del art. 18 de la Ley 4/2015 (LA LEY 6907/2015).

La duda pasaría ahora a si esta regla que exige la inmediata restitución de los efectos del delito a la víctima sin necesidad desde de luego de esperar al dictado de una sentencia firme debería alcanzar no solamente a los bienes muebles, lo que nadie discute, sino también a los bienes inmuebles. Y es lo cierto que ninguna norma procesal o sustantiva entra a hacer una distinción entre bienes muebles e inmuebles a los efectos de su restitución. ¿Qué impide por tanto a un juez de instrucción ordenar la inmediata restitución de un inmueble usurpado o una vivienda objeto de una venta fraudulenta al perjudicado; y por qué no, según las circunstancias del caso, a la Policía Judicial asegurar esta restitución dando cuenta inmediata de ello a la autoridad judicial competente? No existe en nuestro ordenamiento jurídico norma ni interpretación jurisprudencial que permita discriminar los bienes inmuebles del deber de restitución; por lo que, sin perjuicio de tener en cuenta los posibles valores constitucionales en conflicto, la norma del art. 334, párrafos primero y tercero, de la LECRIM (LA LEY 1/1982), podría servir de incontestable base para acordar el desalojo inmediato de un inmueble, cuando de la denuncia o lo actuado por la policía judicial pudieran inferirse indicios de la posible comisión de un delito de ocupación ilegal de inmueble del art. 245.2 del CP. (LA LEY 3996/1995) El objeto o efecto del delito en ese tipo penal es precisamente el inmueble usurpado; como tal perfectamente restituible al igual que cualquier efecto que sea cosa mueble.

Entrar a discutir si la restitución en base a dicho precepto es o no una medida cautelar carece de un especial interés jurídico. Por supuesto que lo es, en tanto en cuanto la medida tiende, por evidentes razones de justicia material, aparte de asegurar la disponibilidad del efecto del delito como medio de prueba, a garantizar uno de los objetos propios del proceso penal: la satisfacción de la responsabilidad civil mediante la restitución de los efectos del delito. Pero ello no significa que se someta la decisión sobre la restitución hasta sus últimas consecuencias a las exigencias clásicas del *fumus boni iuris*, que siempre habría de darse al menos en términos de acreditación de la relación posesoria entre el bien y la persona de la víctima; y del *periculum in mora*. Es precisamente en este último presupuesto donde se produce la cesura con el régimen propio de una jurisdicción cautelar penal que tanta relación tiene con el esquema propio de la jurisdicción civil. El *periculum in mora* se convierte en una simple rémora a la restitución, en tanto en cuanto ésta pudiera afectar a la finalidad investigadora o probatoria de los efectos del delito, tal y como se colige del tercer párrafo del citado art. 334 de la LECRIM (LA LEY 1/1982); y que incluso puede ser sustituido por un deber de conservación a las resultas del procedimiento. El *periculum in mora*, en una peculiar dimensión negativa, se considera por el legislador absorbido por ese deber de restitución; sin necesidad de que en momento alguno la víctima demuestre que la no restitución le habrá de parar un perjuicio conocido. No puede negarse la devolución inmediata de una joya robada en una vivienda aduciéndose que la víctima ya no se la ponía; o de un coche guardado en un garaje porque la víctima no lo usa sino en contadas ocasiones. En la misma situación nos encontraríamos, por tanto, en cuanto a una vivienda ajena que se constata usurpada, ocupada sin la autorización de su poseedor; pues bastaría con la apariencia de buen derecho para que se considerara a la víctima plenamente acreedora del derecho a la inmediata restitución. El apartamiento de ese concepto clásico de medida cautelar alcanza incluso más que a la exigencia de garantía o aseguramiento de las pretensiones acusatorias para un supuesto de condena, toda vez que en los supuestos de sobreseimiento libre o provisional de la causa los arts. 634 (LA LEY 1/1982) y 635 de la LECRIM (LA LEY 1/1982) garantizan el mantenimiento de la posesión de los efectos del delito en poder de su dueño conocido. Podríamos, por ello, entrar a discutir sobre el cómo poder llevar a efecto la medida, el procedimiento; pero es evidente que el art. 334 de la LECRIM (LA LEY 1/1982) abre las puertas a una solución rápida y expeditiva a las situaciones generadas con motivo de la comisión de supuestos delitos de ocupación ilegal de inmuebles.

Solo resta determinar la duda sobre si ese concepto de víctima afectaría solo a las víctimas del delito tal y como son

definidas por el art. 2,a) de la Ley 4/2015 (LA LEY 6907/2015), es decir, a las víctimas directas, o personas físicas que hayan sufrido *«...un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito»*; y si ello habría de suponer que ese derecho de restitución solo abarcaría a éstas y no a las personas jurídicas que, como las grandes corporaciones bancarias o entidades gestoras de patrimonios inmobiliarios, son las que están sufriendo de forma más contundente tal fenomenología delictiva. La verdad es que es un interrogante de compleja respuesta, pues los párrafos tercero y cuarto del art. 334 de la LECRIM (LA LEY 1/1882) fueron introducidos precisamente por la Ley 4/2015 (LA LEY 6907/2015); que el propio art. 2 de la Ley 4/2015 (LA LEY 6907/2015) limita la aplicación de la misma a ese concepto de víctima directa o indirecta que seguidamente define, y que, posteriormente, la nueva redacción del art. 250.1 (LA LEY 58/2000), 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) discriminó de forma exclusiva a las personas jurídicas, a excepción de las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social, del procedimiento de restitución sumaria que regula la ley 5/2018 (LA LEY 9487/2018) (11) .

Realmente, el propósito de la Ley 4/2015 (LA LEY 6907/2015) es garantizar determinados derechos procesales a las víctimas del delito, a quienes confiere una carta estatutaria. Las modificaciones de la LECRIM (LA LEY 1/1882) a través de disposiciones adicionales no tienen por qué entenderse sometidas a tal limitación de aplicación; máxime cuando el deber de restitución, sin perjuicio de su conservación, ya se sobreentendía de la anterior redacción del art. 334 y concordantes de la LECRIM. (LA LEY 1/1882) No hay razón jurídica para excluir del derecho de restitución a las personas jurídicas. Al igual que nadie comprendería que las latas de berberechos no fueran devueltas a MERCADONA, sin perjuicio de un posible deber de conservación para el acto del juicio como piezas de convicción, por el hecho de ser ésta persona jurídica víctima de un delito leve de hurto, no encontramos tampoco una razón convincente para entender que las personas jurídicas propietarias de inmuebles, cualquiera que fuera su finalidad social y el patrimonio inmobiliario inactivo con el que contaran, debieran ser apartadas de este derecho de restitución.

En cualquier caso, no deberíamos encontrar obstáculos serios a la posibilidad de acudir a la vía del art. 13 de la LECRIM (LA LEY 1/1882) para obtener, como genuina medida cautelar, la tutela inmediata del poseedor legítimo de la vivienda usurpada; siempre obviamente que se dieran las exigencias de la apariencia de buen derecho y, en tal caso sí, del *periculum in mora*. Así lo defendía con vehemencia el propio MAGRO SERVET (12) , cuando el delito era considerado delito menos grave, en cuanto a considerar que las medidas de protección de la víctima de que habla el precepto no deberían ceñirse exclusivamente a su dimensión personal; y ya hemos anticipado que lo defienden, entre otros, VALDERRAMA ROMERO, PÉREZ DAUDÍ y SÁNCHEZ GARCÍA (13) . La jurisprudencia menor se muestra, sin embargo en buena parte dubitativa, aunque se constata cada vez una tendencia mayor a aceptar los desalojos como medida cautelar en base a dicho precepto. Destaca especialmente el AAP de Sevilla, Secc. 1ª, 926/2018, de 17 de diciembre (14) . Dicha resolución comienza por salvar la duda doctrinal sobre si el concepto de dar protección a los perjudicados afectaba tan solo a su esfera personal o si podía abrir las puertas a medidas que tiendan a dar cobertura a cualesquiera bienes que resulten protegidos por los tipos delictivos presuntamente cometidos; acabando por concluir que: *«En lógica consecuencia, la posible comisión del delito de usurpación u ocupación ilegal del artículo 245.2 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) Legislación citada autoriza la adopción de la medida cautelar específica de este tipo penal cual es el desalojo célere de quienes han ocupado un inmueble ajeno y permanecen en el mismo desconociendo bien el ius possidendi, bien el ius possessionis del perjudicado»*. Otros ejemplos de aceptación del desalojo inmediato como medida cautelar pueden encontrarse en las AAP de Barcelona, Secc. 2ª, 240/2020, de 11 de mayo (15) ; de Burgos, Sección 1ª, 287/2020, de 18 de mayo, y de Ávila, Secc. 1ª, 122/2020, de 5 de junio.

Las sentencias que muestran una mayor oposición a la adopción de esta medida lo hacen precisamente incidiendo en la no suficiente acreditación de los presupuestos fácticos de la misma. Así lo entendió el AAP de Madrid, Secc. 29, 55/2020, de 30 de enero; admitiendo la posibilidad de una medida cautelar de desalojo, pero condicionándola a las limitaciones y ritmos del juicio por delito leve; sirviéndole, ante lo que considera previsible rápida finalización del proceso por delito leve, de fundamento para denegar la adopción de la medida por falta de apreciación de la exigencia del *periculum in mora* (16) . Desde el punto de vista de la finalidad de la medida, y obviamente de su comparativa con los valores constitucionales en conflicto, el AAP de Madrid, Secc. 2ª, 864/2019, de 25 de septiembre, consideró que el motivo del desalojo no podía descansar exclusivamente en *«...evitar la prolongación de la situación antijurídica que implica la usurpación de bienes inmuebles»* (17) .

Lo cierto es que la ubicación sistemática del art. 13 de la LECRIM (LA LEY

La ubicación sistemática del art. 13 de la LECRIM permite la adopción de estas medidas de protección del perjudicado bajo el formato de un desalojo inmediato

1/1882) permite la adopción de estas medidas de protección del perjudicado bajo el formato de un desalojo inmediato; independientemente de la naturaleza leve del delito del art. 245.2 del CP. (LA LEY 3996/1995) Tal naturaleza jurídica venial del que prácticamente no deja de ser un *pseudo-delito menos grave*, no debería necesariamente ser el único parámetro a tener en cuenta a la hora de hacer una ponderación de los intereses en conflicto en aplicación de un principio de proporcionalidad sin duda inherente a la adopción de cualquier medida cautelar. Acreditada indiciariamente la

comisión del delito en función de la denuncia interpuesta por el legítimo poseedor o en base a las actuaciones llevadas a cabo por la policía judicial, la valoración del *periculum in mora* habría de incidir especialmente, al menos en mi opinión tanto en el eventual lucro cesante por imposibilidad el perjudicado de sacar rentabilidad o uso al inmueble supuestamente usurpado como por el alto riesgo de gran deterioro o dificultad de recuperación ante la previsión de tiempo que habría de transcurrir hasta la consecución de una eventual sentencia condenatoria firme y su definitiva ejecución. Cómo debe tramitarse la solicitud y cuáles son los parámetros jurídicos exigibles para su concesión son ya cuestiones que deben abordarse en cada caso concreto; ante la inexistencia de un protocolo claro de actuación que alcanza incluso a las dudas sobre la posibilidad o no de adoptar la medida sin oír previamente a los presuntos ocupantes.

A esta alturas podremos comprobar cómo la necesidad de una reforma de la LECRIM (LA LEY 1/1882) que arbitre una solución cautelar que garantice la incontestablemente justa inmediata restitución de un inmueble usurpado a su legítimo poseedor, poniendo fin a la diáspora de soluciones y prácticas jurisprudenciales, es indiscutible. Entre tanto, tal vez debería bastarnos con despojar el conflicto de cualquier matiz ideológico o de prejuicio en una u otra dirección, para, simplemente aplicar con prudencia y ponderación unas soluciones legales que están y que resultan perfectamente aplicables para dar una respuesta a la legítima pretensión de los poseedores despojados de obtener una restitución lo más inmediata posible.

III. Los valores jurídicos en pugna: derecho de restitución/propiedad vs. inviolabilidad domiciliaria

Es habitual que un alegato de oposición tanto a una pretensión de condena penal con desalojo como a una medida cautelar de desalojo de la vivienda o inmueble usurpado parta de la proclama del derecho a la vivienda digna que reconoce el art. 47 de la Constitución Española (LA LEY 2500/1978) —CE—. Aun así, debería quedar bien claro desde un principio que el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada a que se refiere el art. 47 de la Constitución (LA LEY 2500/1978) es un derecho que podrá hacerse valer frente a los poderes públicos; nunca frente a los particulares, sean personas físicas o jurídicas, incluidas sin duda las entidades financieras, bancarias o grandes gestoras inmobiliarias. Así lo ha entendido recientemente la STC 32/2019, de 28 de febrero (LA LEY 10171/2019); que en interpretación no solo de dicho precepto, sino también de los arts. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (LA LEY 22/1948), y 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (LA LEY 128/1966), refiere que ese derecho a un nivel de vida que asegure una vivienda adecuada, no genera un derecho subjetivo exigible como tal por los ciudadanos, sino que configura «...un mandato para los Estados parte de adoptar medidas apropiadas para promover políticas públicas encaminadas a facilitar el acceso de todos los ciudadanos a una vida digna». El derecho a la vivienda, como principio rector de la política social y económica, carece de horizontalidad. Igualmente, debe advertirse que la existencia de ordenamientos jurídicos autonómicos que establezcan normas que, en base al principio de la función social de la propiedad, puedan someter a determinadas personas o entidades a un control administrativo de la propiedad inmobiliaria, y en su caso a la imposición de restricciones a su libre uso o destino (en este sentido la Ley del Parlamento de Andalucía 10/2010 (LA LEY 23367/2010), reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía), incluso a la expropiación forzosa del uso o ejercicio de derechos de adquisición preferente, permitirán en su caso la imposición de tales medidas; pero nunca podrán servir de fundamento para dar cobertura legal a una ocupación arbitraria e ilícita de un inmueble de propiedad ajena. La función social de la propiedad inmobiliaria no puede comprimir tanto el derecho de propiedad como para convertirlo en algo vacío de contenido (18) . El derecho a una vivienda digna, por tanto, no debería ser un obstáculo real para la denegación de una medida judicial de inmediata restitución de la vivienda o inmueble supuestamente usurpados.

De manera excepcional podrían plantearse auténticas situaciones de urgencia vital, humanitarias, que permitieran un retardo de la ejecución de la medida de desalojo, con miras a tratar de que las Administraciones competentes pudieran dar una solución habitacional perentoria o de protección a los ocupantes en aquellas situaciones que éstos tuvieran a su cargo a menores de edad o personas con discapacidad; planteamiento éste que cuenta con el respaldo de su recurrente referencia en el articulado de la Ley 5/2018 (LA LEY 9487/2018) (19) . No obstante, ello no debería comportarse como un argumento obstativo a la concesión de la medida; no debería tener más recorrido que el de poder dar la oportunidad a las autoridades competentes para hacerse cargo de la situación y, en su caso, ofrecer la debida protección a los menores o personas discapacitadas que pudieran verse afectadas por el desalojo. La propia STC 32/2019 (LA LEY 10171/2019) ya nos advirtió que no era lícito oponer a una legítima medida de desalojo «... circunstancias de hecho encaminadas a hacer posible la permanencia y consolidación de una situación ilícita, como la ocupación ilegal de una vivienda». La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de hecho, ha insistido en que la demora prolongada de las autoridades públicas a la hora de ejecutar una orden judicial de desalojo de los ocupantes ilegales de un inmueble, aun escudándose en la necesidad de planificar cuidadosamente el desalojo con el fin de preservar el orden público y garantizar la asistencia a las personas en situación de vulnerabilidad que participaron en la ocupación, vulnera el derecho del titular legítimo a un proceso equitativo que garantiza el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (LA LEY 16/1950), así como su derecho a la propiedad —STEDH, Secc 1ª, de 13 de diciembre de 2018— (asunto CASA DI CURA VALLE FIORITA, S.R.L. v. Italia; asunto 67944/13). La labilidad en la concesión de plazos más o menos amplios representa, por otra parte, un alto riesgo de convertir la ocupación en un auténtico acelerante de la concesión de una vivienda social, con preterición de personas que, incluso en una situación personal o familiar mucho peor que los infractores prefieren atenerse al cumplimiento de la ley.

Tampoco, obviamente puede aducirse la libertad de residencia, reconocida como tal en el art. 19, párrafo primero, de la CE. Igual que el deseo de quien roba un coche para poder desplazarse desde Tarifa a Tudela no podría justificarse en modo alguno en el derecho a circular libremente por todo el territorio nacional que reconoce el mismo precepto, pues la norma nacional garantiza el sí no el cómo, la libre elección de residencia parte de la base de que la misma se vea respaldada con una situación de legitimidad posesoria. La Constitución no garantiza que elijamos como residencia cualquier lugar que nos apetezca, sea o no un piso de banco. Al abordar esta cuestión en su STC 32/2019 (LA LEY 10171/2019), el Alto Tribunal de garantías constitucionales no pudo mostrarse más contundente: «Valga recordar en este sentido que, como ya ha declarado este Tribunal en relación con el derecho a la libertad de residencia que reconoce el art. 19 CE (LA LEY 2500/1978) —doctrina que es trasladable al supuesto que nos ocupa, en cuanto a la protección de la inviolabilidad del domicilio garantizada por el art. 18.2 CE (LA LEY 2500/1978)—, "el derecho a la elección de residencia no es un derecho absoluto que habilite a ocupar cualquier vivienda o espacio, sino que, como el resto de los derechos, ha de ejercerse dentro del respeto a la ley y a los derechos de los demás, que, como expresa el art. 10.1 CE (LA LEY 2500/1978), son fundamento del orden político y de la paz social" (STC 160/1991 (LA LEY 1771-TC/1991), FJ 11). De este modo, para habitar lícitamente en una vivienda es necesario disfrutar de algún derecho, cualquiera que sea su naturaleza, que habilite al sujeto para la realización de tal uso del bien en el que pretende establecerse. Por ello, que la libre elección de domicilio forme parte del contenido de la libertad de residencia proclamada en el art. 19 CE (LA LEY 2500/1978), en modo alguno justifica conductas tales como "invadir propiedades ajenas o desconocer sin más legítimos derechos de uso de bienes inmuebles" (STC 28/1999, de 8 de marzo (LA LEY 2946/1999), FJ 7, y ATC 227/1983, de 25 de mayo (LA LEY 213/1983), FJ 2)».

Es en el campo del derecho a la inviolabilidad domiciliaria donde debería incidir realmente el principal motivo obstativo para la concesión o ejecución de una medida de desalojo inmediato de un inmueble usurpado. La relación entre el que roba un coche y el coche robado no genera en sí mismo ningún derecho de naturaleza constitucional, más allá de los derechos procesales instrumentales que garantizan su tutela judicial por mandato del art. 24 de la CE. (LA LEY 2500/1978) Por el contrario, la conversión, aun absolutamente contraria a derecho y constitutiva en sí de una infracción criminal, del inmueble en domicilio, morada, produce como efecto una protección constitucional basada en el derecho a la inviolabilidad domiciliaria. Es cierto que el solo acceso al interior del inmueble no da forma, como si de una fórmula mágica se tratara, al reconocimiento de tal derecho. Su formación misma requiere la generación de una relación de apego con la ubicación del ámbito domiciliario que permita considerarlo como el auténtico santuario de la vida privada del ocupante. La cita que hacen PÉREZ DAUDÍ y SÁNCHEZ GARCÍA (20) a la STEDH, Secc. 3ª, de 11 de octubre de 2016 (caso BAGDONAVICIUS y otros v. Rusia; asunto 19841/06) (21) en este sentido no puede ser más

oportuna, cuando afirman con la referida sentencia que la protección que el art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (LA LEY 16/1950) brinda al domicilio comenzaría a existir cuando el afectado por un desalojo ha establecido relaciones suficientes y continuadas en un lugar determinado (22) . Es ésta una idea que casa a la perfección con el concepto de morada o domicilio que habitualmente manejan tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo. Siguiendo los referentes jurisprudenciales propuestos por MAGRO SERVET (23) . La morada o domicilio no es más que un *espacio apto para desarrollar la vida privada*, nos dirá la STC 94/1999 (LA LEY 8094/1999), de 6 de septiembre; *el reducto último* de la intimidad personal y familiar de un determinado núcleo convivencial, en palabras de las SSTC 22/1984 (LA LEY 8565-JF/0000), de 12 de febrero; 50/1995 (LA LEY 13050/1995), de **23 de febrero; 69/1999, de 26 de abril (LA LEY 5707/1999), o 283/2000, de 27 de noviembre (LA LEY 11788/2000). Y esta idea ha sido igualmente adoptada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo; que parte de su concepción como un *«lugar cerrado, legítimamente ocupado, en el que transcurre la vida privada, individual o familiar, aunque la ocupación sea temporal o accidental»* (24) .

Ahora bien, ni la regularidad administrativa ni condiciones mínimas de habitabilidad del recinto o habitáculo cerrado son un presupuesto para que en el mismo pueda una persona o grupo de personas ejercer su derecho a la inviolabilidad domiciliaria; ni tampoco debería considerarse, pese a lo que argumenta nuestro Alto Tribunal, que la posesión haya de ser legítima para que adquiera la condición de morada. El tipo penal del allanamiento de morada del art. 202 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) defiende como bien jurídico esencial no tanto la propiedad o posesión legítima como la intimidad domiciliaria. Es a través de ésta por la que, en su caso, se protege la relación fáctica o jurídica del morador en cuanto a su reducto de privacidad. La norma, que exige como elemento esencial del tipo que el autor no habite en la morada ajena, no entra a discutir el carácter legítimo o ilegítimo en base al cual el sujeto pasivo del delito se haya visto perturbado en su derecho a la inviolabilidad domiciliaria. Y es aquí donde se encuentra la clave del obstáculo legal frente a cualquier intento de desalojo inmediato: en tanto en cuanto los ocupantes ilegales se hayan hecho acreedores de un derecho propio a la intimidad domiciliaria, este derecho ha de ser tenido en cuenta por los poderes públicos a la hora de dar una respuesta cautelar o definitiva en orden a la restitución del orden jurídico vulnerado. La adquisición de ese derecho a la inviolabilidad domiciliaria consecuencia de convertir en morada el inmueble ajeno cuya posesión se ha conseguido contraviniendo la norma penal del art. 245.2 del CP (LA LEY 3996/1995), no convierte en legítima la posesión, ni en impune el hecho punible; pero confiere una protección constitucional a los usurpadores que solo puede ser salvada por una resolución judicial que, ponderando los intereses en conflicto, acuerde la restitución.

Si ello es así, lo que no podremos en modo alguno hacer es escudarnos en tal derecho para convertir lo que ya es morada en una legitimación para poseer un inmueble ajeno con contravención de la norma penal. La protección de la inviolabilidad domiciliaria no incide en el ámbito de la posesión, sino de la protección de ese reducto de intimidad que la conforma. Se protege, en definitiva, esa esfera de la privacidad que se encuentra detrás de los muros y ventanas del domicilio, no la posesión de éste. La citada STC 32/2019 (LA LEY 10171/2019) incidió en este punto con una incontestable contundencia, al advertirnos de que lo que se defiende es el *«...ámbito en que se desarrolla la vida privada de la persona, excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros»*. Y continúa diciendo que: *«Por ello, existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro en un domicilio sin consentimiento del titular o autorización judicial (art. 18.2 CE (LA LEY 2500/1978)) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad (art. 18.1 CE (LA LEY 2500/1978))»*. Una norma que permitiera el desalojo de un inmueble usurpado ilegalmente no sería contraria al art. 18.2 de la CE (LA LEY 2500/1978) por sí misma, en tanto que ese derecho constitucional fuera debidamente ponderado a la hora de imponer el desalojo. Y ello se traduce en la necesidad de una resolución judicial que imponga el desalojo, ponderando la debida salvaguardia de ese derecho; pero no tanto como obstáculo frontal a su decisión, como de búsqueda de fórmulas que se muestren respetuosas con su salvaguardia, que hagan compatible la ejecución de tal decisión con el respeto de ese ámbito de privacidad que se encuentra en juego. Efectivamente, siguiendo con el planteamiento de la meritada sentencia del Tribunal Constitucional, que, aunque referido al procedimiento sumarísimo de desalojo que introdujera en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) la Ley 5/2018 (LA LEY 9487/2018), resulta sin duda plenamente exportable a la regulación procesal penal, la respuesta frente al alegato a los recurrentes de que ese procedimiento de desalojo vulneraba el derecho a la inviolabilidad domiciliaria no pudo ser más demoledora: *«La decisión judicial de proceder al desalojo de los ocupantes que puede adoptarse en el proceso sumario para la recuperación de la posesión de la vivienda instituido por la Ley 5/2018 (LA LEY 9487/2018), si aquellos no hubieran justificado suficientemente su*

situación posesoria y siempre que el título que el actor hubiere acompañado a la demanda fuere bastante para acreditar su derecho a poseer, no constituye una violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio garantizado por el art. 18.2 CE (LA LEY 2500/1978). Antes al contrario, esa intervención judicial conforme al procedimiento legalmente previsto integra la garantía que ese precepto constitucional establece».

Incluso reduciendo el derecho del propietario o poseedor legítimo a la recuperación del inmueble ilegítimamente usurpado con contravención de la norma penal del art. 245.2 del CP (LA LEY 3996/1995) al estricto ámbito del derecho a la propiedad privada garantido por el art. 33.1 de la CE (LA LEY 2500/1978), como norma sistemáticamente ubicada dentro de la Sección 2ª del Capítulo 2º de la CE (25) , no debemos olvidar nunca que este derecho realmente no se confronta con la inviolabilidad domiciliaria. En realidad, estamos confrontando el derecho de posesión legítima aparentemente vulnerado por el acto de usurpación con esa situación ilegal que contraviene por sí misma el orden social, que comporta, según nos recuerda igualmente la citada STC 32/2019 (LA LEY 10171/2019), la necesidad de que cualquier derecho se ejerza «...dentro del respeto a la ley y a los derechos de los demás, que, como expresa el art. 10.1 CE (LA LEY 2500/1978), son fundamento del orden político y de la paz social». La inviolabilidad domiciliaria ha de ser tenida en cuenta no como obstáculo al reconocimiento del derecho a una restitución sea cautelar o definitiva, sino como un derecho que ha de ser respetado a la hora de dar forma a ese derecho a la restitución.

El derecho a la restitución como nuevo valor jurídico determinante de los derechos de la víctima ha adquirido un valor preponderante a la hora de ponderar los intereses jurídicos en conflicto. Su reconocimiento como uno de los derechos de la víctima de delitos en el art. 15 de la Directiva 2012/29/UE (LA LEY 19002/2012) convierte esta garantía de la más pronta restitución de los efectos del delito en un deber inexcusable de las autoridades españolas; cuyo incumplimiento o tardío cumplimiento podría suponer una transgresión de una norma del ordenamiento comunitario. Es un valor jurídico que ha ganado en protagonismo como consecuencia de su inclusión por la Directiva en el catálogo de derechos de las víctimas del delito.

La jurisprudencia menor ha entrado, a mi juicio de forma un tanto desenfocada, a distinguir lo que es una posesión real, material, frente a simples situaciones de *facta possessio*, como forma para tratar de excluir tanto del tipo penal como, obviamente de peticiones cautelares de desalojo, a los grandes propietarios de patrimonios inmobiliarios. La distinción en sí misma es discutible, desde el momento en que es difícil encontrar una construcción doctrinal del bien jurídico protegido de los delitos contra el patrimonio que exija de esa posesión material y efectiva, no solo instrumental, para entender afectado el bien jurídico protegido. De nuevo la búsqueda del ejemplo casi grotesco nos llevaría fácilmente a constatar cómo tal diferenciación podría llevarnos a soluciones jurídicas absurdas: Una multinacional de alquiler de vehículos que almacena un gigantesco stock de turismos recién comprados a la espera de su distribución entre las distintas sedes de la empresa no se vería, en este sentido protegida frente a robos por el solo hecho de no detentar una posesión material y efectiva de su patrimonio automovilístico. Obviamente, el argumento que se emplea por esta jurisprudencia va más allá de esa simple premisa. Resoluciones como el AAP de Barcelona Sección 6ª, 304/2020 del 18 de junio (26) vienen exigiendo que quien alega ostentar la posesión del bien usurpado acrediten que vienen «...realizando un ejercicio efectivo de la titularidad dominical que ostenta que justifique la aplicación preferente de la vía penal sobre las vías interdictales de recuperación de la posesión». Este ejercicio activo del derecho de posesión, que se niega de forma casi genérica cuando el titular del inmueble supuestamente usurpado es una persona jurídica que cuente con un amplio parque de viviendas o inmuebles, como fundamento de la tutela penal de la propiedad, encuentra por razón de ser lo que se considera es una necesidad de deslindar lo que sería el ilícito penal frente al ejercicio de acciones civil de recuperación de la posesión; pues la existencia de éstas justificaría, según tal doctrina, la necesidad de delimitar los ámbitos propios de cada orden jurídico. Pero, al menos en mi modesta opinión, se parte de un error de base: de considerar los ordenamientos civil y penal como regulaciones contrapuestas en las que sería fundamental, por no decir indispensable, deslindar claramente los contornos de la frontera que los divide. Muy al contrario, la existencia de normas civiles específicas para la recuperación de la posesión no se comportan como algo opuesto a la regulación penal. De hecho, la propia existencia de la responsabilidad civil *ex delicto*, que incluye, no lo olvidemos, el deber de restitución entre sus distintas modalidades, comparte un mismo espacio con el ámbito del derecho civil no solo de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, sino en concreto, también, con el ejercicio de acciones de recuperación de la posesión que encajan a la perfección con tal pretensión de restitución. En estos casos, la acción civil puede reservarse, aunque en un escenario de dependencia del agotamiento previo de la vía penal —art. 111 de la LECRIM (LA LEY 1/1882)—. No es intención del legislador forzar la necesidad de un ámbito propio y exclusivo de la acción civil a través de

acciones de recuperación de la posesión; más bien, el legislador está pensando en la coexistencia de dos vías de actuación que pueden compartir, y de hecho comparten, espacios comunes, en un complejo equilibrio que se resquebraja fácilmente por la preferencia absoluta de la jurisdicción penal. El hecho de que la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) arbitre concretos procedimientos sumarios para la recuperación de la posesión no exige que tengamos que marcar una fronteras entre uno y otro orden jurisdiccional; y menos que tengamos que forzar la definición propia del bien jurídico protegido para distinguir entre una *possessio ficta* o real como límite para marcar la propia tipicidad de conductas de ocupación legal de inmuebles encajables en el tipo penal del art. 245.2 del CP. (LA LEY 3996/1995)

Es, sin embargo, igualmente destacable la existencia de resoluciones que rechazan sin paliativos esta diferenciación para discriminar cuándo es posible y cuando no una restitución en sede de la jurisdicción penal. Baste con citar en este sentido a los AAPP de AAP de Sevilla, Secc. 1ª, 926/2018, de 17 de diciembre, y de Barcelona, Secc. 2ª, 98/2020, de 12 de febrero; y, en especial, el AAP de Barcelona, Sección 8ª, 201/2020, del 18 de mayo. Esta última resolución deja bien clara su posición contraria a tal distinción como base para una diferenciación de los ámbitos civil y penal de la protección de la propiedad, con unos argumentos, en mi opinión, incontestables: *«No basta el carácter de persona jurídica del denunciante y propietario del inmueble para afirmar que estemos ante una vivienda abandonada y que el titular no detecte la posesión, siquiera sea por breve período de tiempo. El bien jurídico protegido por el artículo 245.2 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) es la posesión real de goce y disfrute efectivo, socialmente manifestada, por lo que es posible subsumir en el artículo 245.2 del Código penal (LA LEY 3996/1995) todas aquellas conductas humanas dirigidas a perturbar la posesión como hecho y el ius possessionis o derecho de posesión derivado de la misma. De esta forma y como se ha expuesto, solo quedarían fuera de la protección penal las conductas que recaen sobre inmuebles abandonados y en ruina, al considerarse que en estos casos la posesión no resulta evidente en la conciencia social, por no existir una posesión socialmente manifiesta y reconocida»*. Continúa concluyendo dicha resolución afirmando que: *«Ahora bien no hay que olvidar que el propietario ostenta la posesión manifiesta de una vivienda aunque no la posea materialmente ya que, en todo caso, esa vivienda está bajo el poder de la voluntad de su propietario. Y es que lo protegido por el delito de usurpación es la posesión, es decir, una relación específica del propietario o del poseedor legítimo sobre la cosa, una situación de hecho consistente en el señorío sobre la cosa derivada de su condición de propietario de ella o de cualquier otro título legítimo sobre la misma. Es por ello por lo que resultan de todo punto irrelevantes los motivos que llevasen a la mercantil denunciante para adquirir la vivienda. Su derecho de posesión esta tutelado ya pretendiese instalar en la vivienda sus oficinas, alquilarla, ceder su uso a un tercero, o destinarla a su posterior venta a un tercero»*.

IV. Los límites a las posibilidades de restitución por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad

Queda patente que una situación de posesión del inmueble usurpado que pueda permitir su consideración como morada cerraría las puertas a cualquier posibilidad de actuación policial de entrada en el domicilio ocupado. Pretender, por ello, como se ha llegado a defender, excluir por definición del concepto de morada a la vivienda ocupada (27) , supondría afectar directamente de inconstitucionalidad, por transgresión del art. 18.2 de la CE (LA LEY 2500/1978), tal decisión y actuación.

Ahora bien, la propia STC 23/2019 (LA LEY 178663/2019) nos previene que la posibilidad de actuación en situación de flagrancia sí abriría las puertas a la posibilidad de un desalojo inmediato por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad. Así nos lo confirmará dicha sentencia al sostener que: *«La entrada en domicilio sin el consentimiento de quien lo ocupa, ni estado de necesidad o flagrancia, solo puede hacerse si lo autoriza u ordena la autoridad judicial»*. Ya la célebre STC, Pleno, 341/1993, de 18 de noviembre (LA LEY 2272-TC/1993), que declarada la inconstitucionalidad del art. 21.2 de la derogada Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (LA LEY 519/1992), apuntó a los pilares de la evidencia de la comisión del delito y necesidad de actuación urgente como componentes esenciales para el ejercicio de una decisión policial de entrada en un determinado domicilio sin contar con la previa autorización judicial; principios que resultarían plenamente adaptables a la norma que permite la entrada para la detención de, entre otras personas, las personas sorprendidas en flagrante delito art. 553, párrafo primero, de la LECRIM. (LA LEY 1/1882)

El legislador, ante la prevención de la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional, optó por no establecer una definición auténtica de esa situación de flagrancia; aunque con motivo de la regulación de las llamadas diligencias

urgentes, el art. 795.1.1ª, introdujo un concepto extenso de flagrancia *ad hoc* que, superando claramente el carácter marcadamente restrictivo de la interpretación constitucional, incluía no solo el hecho de la detención en el momento de ir a cometer el delito o durante la huida, sino también aquella situación en la que se sorprendiere al autor «... *después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él*». Resulta patente que esta última acepción de la flagrancia quedaría extramuros de esa concepción de la evidencia que manejara el Tribunal Constitucional, ante la ausencia de un vínculo incontestable entre la comisión del delito y la relación del sujeto sorprendido en posesión de los efectos, instrumentos o vestigios del delito, más allá de la presunción; aparte de poder representar igualmente una ruptura con esa necesidad de actuación urgente que también se requiere.

Sin embargo, en los delitos de ocupación de inmuebles, nos enfrentamos ante varios considerandos que convergen unos con otros: La evidencia de la ocupación, por tratarse de un delito de permanencia, se mantendría en el tiempo, en tanto en cuanto los agentes policiales puedan tener acceso a esos componentes conformadores del tipo penal indispensables para alcanzar ese nivel de evidencia que exige la jurisprudencia constitucional. Pero la finalidad de detención de los presuntos autores se desdibuja en los supuestos del tipo del art. 245.2 del CP (LA LEY 3996/1995), al proscribirse la detención por simples faltas, es decir, delitos leves, «... *a no ser que el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerle*»; y, por último, la generación de un vínculo domiciliario entre los presuntos autores y el inmueble usurpado supondría un serio obstáculo a la legitimidad de la entrada. Solamente cuando la conducta pudiera ser considerada delito menos grave, bien el tipo del art. 245.1 del CP (LA LEY 3996/1995), bien un delito de allanamiento de morada del art. 202 o de domicilio de persona jurídica de los apartados 1 y 3 del art. 203, la solución podría tornar en más favorable al menos para una entrada dirigida a detener a los presuntos autores y facilitar de paso el inmediato desalojo del inmueble; desde luego en un contexto de aparente proximidad temporal con el hecho de la ocupación (28) .

En los demás supuestos, y en concreto ante las modalidades de ocupación ilegal constitutivas de delito leve, la actuación policial podría centrarse en aquellos supuestos en que el hecho mismo de la ocupación es tan cercano en el tiempo que pueden apreciarse evidencias de que el inmueble no ha llegado a transmutarse en ese santuario de la privacidad que cuenta con la pantalla protectora de la inviolabilidad domiciliaria. Evidencias que lleven a la correspondiente dotación policial a constatar que la ocupación se está materializando en ese mismo momento, desde su apreciación por propia iniciativa o por el aviso de vecinos o particulares de que se está produciendo en ese momento la ocupación (la puerta de entrada está fracturada, y las herramientas aparentemente empleadas para ello están junto a la puerta) o el carácter reciente de la ocupación (se aprecia desde el exterior cómo colchones, bolsas de ropas o enseres se encuentran simplemente apilados a la entrada o alguna de las dependencias del inmueble) no deberían comportar ningún obstáculo para llevar a efecto el desalojo de forma expeditiva, sin necesidad de acudir al auxilio de la autoridad judicial (29) . Los arts. 282, párrafo primero y 284.3 de la LECRIM (LA LEY 1/1882), en conjunción con el mandato del art. 13, no solo justificarían sin duda tal actuación, sino que la harían exigible a los agentes policiales que se enfrentan, como a menudo sucede, a tal situación.

La misma situación de flagrancia y de inmediatez podría permitir sin duda la actuación de los propios propietarios o terceras personas para, en aplicación de la eximente de legítima defensa del art. 20.4º, dentro de márgenes obviamente de proporcionalidad en los medios, para impedir o abortar un intento de ocupación. Nótese cómo el propio precepto considera agresión ilegítima la sola entrada indebida en la morada o cualquiera de sus dependencias. No pretendemos una proclama de la búsqueda de soluciones autocompositivas; pero lo cierto es que la legítima defensa podría, según las circunstancias, justificar conductas de los ciudadanos tendentes a, dentro de los márgenes propios de la necesidad del medio empleado, impedir o repeler la agresión ilegítima que supone una ocupación de inmueble no autorizada. Aun así, la búsqueda del respaldo de la autoridad policial o judicial en tal acción debería ser la regla general.

Más allá de estos estrechos márgenes o contornos, la búsqueda de la solución judicial, en tanto que la debida protección del derecho a la inviolabilidad domiciliaria se convertiría en una rémora a la posibilidad de recuperación de la posesión del inmueble usurpado ilegítimamente, sería la vía de acudir a la autorización judicial la única solución jurídicamente asumible. Y en este sentido la restitución de la posesión, bien como consecuencia del reconocimiento de este derecho de restitución en favor de la víctima, bien como genuina medida cautelar debería ser no una excepción, sino una práctica generalizada en el normal funcionamiento de los Tribunales de Justicia. Y ello dentro de

un contexto de actuación lo más inmediata posible; puesto que mientras más se retrasa la efectividad de la medida, aparte de afectar a derechos del ámbito de la propiedad y a un proceso justo sin dilaciones indebidas de la víctima, más se consolida y adquiere vigor la protección de la inviolabilidad domiciliaria de los supuestos ocupantes ilícitos.

V. Dinámica procesal

La STC 32/2019 (LA LEY 10171/2019) encomendó a la autoridad judicial determinada por la constitución, la autoridad judicial competente, el cometido de «...ordenar y reconducir situaciones contrarias a la norma sustantiva y su adecuación a ella». Teniendo en cuenta ese criterio de inversa proporcionalidad, por virtud del cual la consolidación en el tiempo de la ocupación de la medida haría que ganara más peso el argumento de la protección de la inviolabilidad domiciliaria, aunque sin llegar a justificar obviamente por sí misma el mantenimiento de la posesión ilícita, deberíamos plantear la decisión de restitución de la posesión al legítimo poseedor como una actuación genuina de entre las encomendadas al juez de guardia, de conformidad con lo establecido en los arts. 13 de la LECRIM (LA LEY 1/1982) y 42.1 del Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales. Bien asuma el propio juzgado de guardia el enjuiciamiento del correspondiente delito leve, bien corresponda tal cometido al órgano que posteriormente asuma su competencia conforme a las normas de reparto vigentes en cada partido judicial, la urgencia propia que demanda la restitución de la posesión debería ser atendida por el servicio de guardia; evitando de este modo cualquier situación de prolongación en la posesión ilícita que pudiera llegar a cuestionar en el futuro la procedencia de la medida.

La legitimación pasiva habría de corresponder a quien hubiera realizado el acto de usurpación o al que se hubiera beneficiado del mismo

La legitimación activa para su solicitud podría corresponder obviamente al propio titular del derecho de propiedad o posesión legítima usurpada, a quien gestionara en nombre de éste su administración o custodia o al Ministerio Fiscal en el ejercicio de las acciones públicas que como tal tiene encomendado. El juez podría igualmente de oficio adoptar dicha medida, al menos en el contexto de las primeras diligencias a que se refiere el art. 13 de la LECRIM (LA LEY 1/1982); también ante la petición de una comunidad de propietarios que, aún carente de legitimación, pone en conocimiento del juez el hecho de la ocupación y los perjuicios y molestias que está

generando al conjunto de la comunidad de propietarios. Nada impide que esa decisión se tome por el propio juez de instrucción, que tiene encomendada la protección de las víctimas y el deber de restitución de los efectos del delito a éstas.

La legitimación pasiva habría de corresponder a quien hubiera realizado el acto de usurpación o al que se hubiera beneficiado del mismo. La determinación de esta legitimación parte generalmente de un previo acto de identificación policial; que no necesariamente podría garantizar obviamente la perfecta conformación de la relación jurídico-procesal de ese componente pasivo. Resulta muy habitual que quienes materializan la ocupación, revientan la puerta de acceso y comienzan a introducir colchones, sean solo algunos de los integrantes del grupo convivencial con pretensión de usurpación; o ejecuten el acto en favor de terceras personas; o incluso que con el tiempo vayan incorporándose nuevos ocupantes. El procedimiento de restitución, al igual que sucede con el procedimiento instaurado por la Ley 5/2018 (LA LEY 9487/2018), cuya constitucionalidad en este sentido ha quedado perfectamente garantizada por la STC 32/2019 (LA LEY 10171/2019) (30), permite identificar a quienes en un momento concreto tienen una relación directa sobre el objeto de la pretensión cautelar o de restitución, facilitando que quienes pretendan alegar un motivo jurídico para mantener la posesión del inmueble puedan comparecer ante la autoridad judicial para defenderlo. Y ello desde el punto de vista de la coincidencia de identidades entre presunto infractor y ocupante —art. 334, párrafo segundo, de la LECRIM (LA LEY 1/1982)—, como de cuando resulta ser un tercero que definitivamente se hace con la posesión —art. 620, párrafo primero, de la LECRIM (LA LEY 1/1982)—. Nada impide, de hecho, a quien pretendiera aducir una razón jurídica propia para mantener la posesión, pese a no haber sido inicialmente identificado, acudir en sede judicial para hacer valer tal pretensión.

La LECRIM (LA LEY 1/1982) no establece un procedimiento concreto sobre la decisión del desalojo. Sin perjuicio de situaciones de auténtica flagrancia a las que antes hemos hecho referencia, en los que a nivel policial no se hubiera llevado a efecto el desalojo cuando era no ya factible, sino exigible, y en los que la decisión de la autoridad judicial *inaudita parte* con posibilidad de cuestionamiento vía párrafo tercero del art. 334 de la LECRIM (LA LEY 1/1982)

podría ser de una licitud constitucional difícilmente discutible, la práctica forense suele adornar el incidente de un trámite contradictorio. Trámite que bien a modo de comparecencia, bien a modo de concesión de un plazo perentorio para hacer alegaciones o justificar documentalmente el título posesorio, de existir, constituye una garantía suficiente para evitar situaciones de abuso por parte de pretendidas víctimas, a la vez que para permitir ponderar adecuadamente los intereses en conflicto; y en concreto la salvaguardia de la intimidad domiciliaria de los supuestos usurpadores, si es que hubieran llegado a hacerse acreedores del derecho constitucional garantido por el art. 18.2 de la CE. (LA LEY 2500/1978) La aparente exigencia de un trámite contradictorio que se deduce de la argumentación jurídica de la STC 32/2019 (LA LEY 10171/2019), encuentra precisamente su razón de ser en la posible afectación de la inviolabilidad domiciliaria (31) ; por lo que no habiendo evidencias de que el inmueble objeto de usurpación se hubiera convertido en la morada de los usurpadores o terceros en connivencia con éstos, la actuación *inaudita parte* podría considerarse plenamente legítima.

Se discute la necesidad de proporcionar una asistencia letrada a los sujetos pasivos de la medida, tal y como incluso ha llegado a plantear abiertamente el AAP de Madrid, Secc. 29, 55/2020, de 30 de enero. De hecho, el art. 967.1, párrafo segundo, de la LECRIM (LA LEY 1/1882) garantiza la asistencia letrada para los delitos leves de ocupación ilegal de inmuebles. Resulta claro que en tanto que el legitimado pasivo pudiera ser objeto de acusación por un tal delito, la asistencia de letrado, bien en comparecencia, bien por la concesión de un plazo para alegaciones, que no simple facilitación de documentación justificativa de la posesión del inmueble en cuestión, debería entenderse ineludible. Ahora bien, no podemos olvidar que el art. 334, párrafo tercero, en un contexto en el que el párrafo segundo prácticamente presupone el carácter *inaudita parte* de la decisión judicial de restitución o incautación, exime de la asistencia letrada cuando se tratara de personas diferentes a la del imputado. Ello habría de suponer que, en cuanto que un posible ocupante no pudiera ser objeto de imputación o acusación por su relación con el hecho de la ocupación, la garantía de la asistencia letrada dejaría de ser imperativa para la autoridad judicial.

El objeto de la controversia jurídica, recordando como hemos de recordar la advertencia que hiciera la citada STC 32/2019 (LA LEY 10171/2019) de que no podrían oponerse las circunstancias de hecho encaminadas a hacer posible la permanencia y consolidación de una situación ilícita, como la ocupación ilegal de una vivienda, se centrará realmente en la constatación de evidencias suficientes de la comisión del delito y la debida ponderación de un derecho a la inviolabilidad domiciliaria que pudiera ser aducido por los supuestos ocupantes ilegales. La cita en este sentido del precedente de la STS 800/2014, de 12 de noviembre (LA LEY 175717/2014) se convierte en ineludible (32) ; aunque de su lectura se hayan derivado las más inconciliables interpretaciones por parte de la jurisprudencia menor.

Serán objeto de especial discusión la cuestión sobre la posesión material o instrumental del bien inmueble usurpado, sobre el que ya hemos hablado anteriormente, y que nada afecta a tal posicionamiento, pues el riesgo relevante para la posesión a que se refiere la referida sentencia no permite establecer tal discriminación; la eventual vocación de permanencia, que en el momento de la decisión del inicio del procedimiento generalmente habrá de ponderarse por indicios de la propensión de estabilización de los ocupantes en el inmueble (33) ; así como la necesidad de acreditación en modo alguno del título jurídico previo por parte de quien pretenda la restitución de la posesión, que lo podrá ser normalmente por la aportación del título, no necesariamente en documento público u oficial, u otras evidencias que lo permitan (titularidad catastral, pago de recibos de IBI, contratación de suministro eléctrico, gas o agua, declaración de testigos,...). En este sentido debería quedar bien claro que la dificultad para la identificación del legítimo poseedor no debería ser un obstáculo infranqueable para la decisión judicial de desalojo de lo que no deja por ello de ser objeto de un delito, cuando las evidencias sobre la ausencia de una previa autorización fueran claras. Si los ocupantes acaban de derribar a mazazos la puerta de entrada al inmueble y no aportan justificación alguna de la previa autorización de quien fuera su legítimo poseedor, nada podría obstar a una decisión judicial de desalojo a la espera de identificación de éste. El carácter de morada del inmueble como diferenciador del tipo penal del allanamiento de morada o ha planteado, sin embargo, más problema doctrinal que la necesaria equiparación del domicilio habitual con los inmuebles utilizados como segundas residencias. No es la permanencia o habitualidad del uso lo que confiere la condición de morada a un inmueble, sino la consideración como espacios donde la persona ejerce su derecho a la intimidad domiciliaria, su reducto de intimidad, la que define qué es morada tanto en términos constitucionales como de delimitación de ambos tipos penales.

Pero si uno de los posibles objetos de debate ha sido sometido a una gran controversia jurídica éste es sin duda el

de la acreditación de esa ausencia de autorización para la ocupación, o esa voluntad manifiesta del titular del derecho inmobiliario usurpado de oponerse a que dicha situación se mantenga. El origen mismo de esas líneas jurisprudenciales que incluso han llegado a exigir la acreditación de un acto formal de oposición a la ocupación, y no solo en una situación de mantenimiento, sino también una vez constatada la ocupación ha de encontrarse en el requisito que fuera objeto de formulación en la citada STS 800/2014 (LA LEY 175717/2014): *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*. La dicción literal de esta formulación lleva al equívoco de no constatar que no se está negando la existencia de dos modalidades típicas de la usurpación de inmuebles sin violencia ni intimidación; y que solo la segunda vendría requerida de esa concreta necesidad del poseedor legítimo anterior de mostrar su voluntad contraria. Es ésta una cuestión que merece sin duda de una extensa reflexión.

La dicción literal del precepto, en cuanto respecta a esa primera acepción o modalidad típica de ocupar, sin la autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, sin embargo, no parece ir por la línea interpretativa que considera ineludible tal exigencia como paso previo a la tipicidad misma de la conducta de ocupación no consentida. El análisis gramatical de ambas proposiciones normativas nos lleva a separar claramente esa ocupación sin la debida autorización, frente a un segundo escenario de mantenimiento en una ocupación ahora sí contra la voluntad, obviamente expresa, de su titular; aunque sin que se llegue a establecer en la norma un protocolo o formalidad expresa para llevar a efecto tal oposición.

El concepto de autorización debida es utilizado, de hecho, en otros tipos penales, tales como el hurto de uso de vehículos a motor del art. 244.1; la distracción del curso de aguas del art. 247.1 —el que sin hallarse autorizado—; los daños informáticos del art. 264.1, o el delito contra la propiedad intelectual del art. 270, en sus apartados 1 y 5; y se presume, se encuentra implícita, en los tipos penales del hurto y del robo. Obviamente en ninguno de estos supuestos de idéntico esquema típico se llega a sobreentender, ni menos asumir, la necesaria existencia de un previo acto de oposición a la realización de la conducta típica de naturaleza patrimonial; de suerte que el delito simplemente no existiría, incidiendo solo en el campo del derecho civil, de la protección de la posesión, mientras no se hubiera hecho al sujeto activo una previa advertencia o conminación de oposición a dicha acción: una advertencia de que no se autoriza la acción posesoria ya realizada. Esta interpretación sistemática nos lleva ya a descartar, al menos en mi modesta opinión, que el concepto del sin la autorización del dueño/poseedor previo sea distinta a las distintas utilizaciones que se hace de la misma voz y concepto en los otros tantos preceptos del Código Penal. Por el mismo argumento podríamos llegar a sostener que quien hace uso de un ciclomotor sin la previa autorización de su dueño no estaría cometiendo el delito mientras que el propietario no lo localizara y le advirtiera que no consiente, autoriza, su uso, si es que lo encuentra, o por no haber puesto en el mismo un cartelito advirtiendo que no se consiente el uso del ciclomotor por personas no autorizadas previamente; el regante que ve como un colindante distrae la canalización de su concesión de regadío, localizar a aquél y advertirle que no le autoriza que se derive las aguas que le corresponden; el titular de un derecho de propiedad intelectual sobre una obra audiovisual localizar a quienes la están difundiendo ilícitamente para advertirles que lo están haciendo sin su autorización; o en general el dueño de un teléfono móvil que lo deja en la mesa de un bar mientras que se va al servicio y que es objeto de hurto, localizar al autor y advertirle que lo que ha hecho ha sido sin su consentimiento o autorización. Obviamente todas estas situaciones de conflicto jurídico podrían resolverse desde la perspectiva del derecho civil, mediante el ejercicio de las correspondientes acciones posesorias; pero ello no significa que hayamos de marcar la diferencia en la exigencia de una previa conminación de devolución como paso previo a la consideración de que nos enfrentamos ante una conducta típica del orden patrimonial. Nada nos lleva a pensar, desde luego, desde el punto de vista de interpretación lógico-sistemática, que la ausencia de autorización del tipo de la ocupación ilegal no violenta deba ser interpretada de forma distinta a los otros tipos penales en los que se emplea la misma o idéntica fórmula descriptiva de la acción típica.

Tal vez, el único argumento en que podría sustentarse esta exigencia pudiera encontrarse en la dicción literal del art. 245.2 del Código Penal (LA LEY 3996/1995); toda vez que en el mismo se desgranar, como hemos referido anteriormente, dos modalidades típicas: La ocupación en sentido estricto y el mantenimiento en un inmueble, vivienda o edificio ajeno contra la voluntad de su titular. Ese concepto de contra la voluntad de su titular podría permitir una interpretación abierta que hiciera pensar que ese acto de oposición expresa podría considerarse presupuesto igualmente exigible a la primera modalidad. Pero obviamente, nos enfrentamos ante dos realidades

completamente diferenciadas; y en las que no existe ninguna clase de permeabilidad entre sus exigencias genuinas. Que la segunda modalidad exija la oposición del *dominus* es algo obvio; pues hasta ese mismo momento esa detentación posesoria cuenta con el respaldo de una autorización previa de aquél, desde una perspectiva de simple tolerancia o ante una situación fáctica cuya ocupación sin autorización no entrañara la comisión de la primera de las dos modalidades típicas; por lo que se hace preciso que la legitimidad torne en ilegitimidad para que pueda ser tenida en cuenta por la norma punitiva. Doctrina y jurisprudencia suelen citar como ejemplo la persona que con la excusa de ver un piso por si le interesa su alquiler recibe las llaves del dueño y aprovecha para ocupar el inmueble; como modalidad emparentada con el tipo penal del allanamiento de domicilio de persona jurídica del art. 203.2 del CP (LA LEY 3996/1995) que es. Pero en general podríamos pensar en situaciones de mera tolerancia que no tienen una propensión de permanencia (se deja aparcar el coche durante un rato en una cochera, y se aprovecha el autorizado para dejarlo ahí permanentemente, haciéndose con las llaves o cambiándolas, o se permite permanecer en la casa o en una finca hasta que viniera la grúa para recoger el coche averiado, y el conductor decide quedarse a residir en la parcela, montando una tienda de campaña o quedándose indefinidamente en la casa). Es lógico pensar que cuando existe una previa tolerancia a una fugaz o momentánea posesión, el tipo penal sí exija ese acto de oposición que torna en ilícita lo que hasta ese momento era una conducta tolerada perfectamente admisible en derecho. Pero no podemos pretender expandir esa exigencia a la primera modalidad. La ausencia de una situación de tolerancia previa, que exige sin duda un consentimiento expreso, o en el mejor de los casos presunto, del *dominus*, es en sí misma una situación de ausencia de autorización. No es que el dueño que sepa usurpada una vivienda de su propiedad tenga que hacer una manifestación de oposición al ocupante; sino que la ocupación es ilícita y constitutiva de infracción criminal por el solo hecho de realizarse sin haberse obtenido previamente la autorización del *dominus*, al igual que sucede en los restantes ejemplos en que el legislador usa esta voz o voces similares.

Ocupar un inmueble de ajena pertenencia, se conozca o no quién es el verdadero propietario, sin su consentimiento, da cumplimiento a ese elemento esencial del tipo penal

Ocupar un inmueble de ajena pertenencia, se conozca o no quién es el verdadero propietario, sin su consentimiento, da cumplimiento a ese elemento esencial del tipo penal de naturaleza claramente negativa: La inexistencia de una previa autorización al acto mismo del despojo posesorio. Podrá entenderse que ese consentimiento o autorización pueda concederse de forma presunta; pero obviamente esa pretendida predisposición a la tolerancia debe basarse en indicios inequívocos de que el *dominus* está abierto a que cualquier persona entre en la vivienda de su propiedad y la ocupe, o al menos una absoluta y manifiesta despreocupación por defender

la posesión; lo que no es que ocurra habitualmente. Hay indicios que evidencian, además, esa oposición previa sin necesidad de cartelería prohibitiva la ocupación; como podrían ser la existencia de carteles publicitando su venta o alquiler de forma privada o por agencia inmobiliaria, la instalación de sistemas de alarma, y en general, el solo hecho de mantener cerrado y perimetrado el recinto del inmueble usurpado (34)

El solo hecho de que se trate de una vivienda de banco, o, como se suele aducir, que cuando se llega estaba la puerta abierta, o como en otras ocasiones se alega, las llaves estaban en el buzón, no es desde luego sinónimo de autorización presunta. No se exige la proclamación de dicha oposición con cartelería o personas que protejan la propiedad. Tampoco es exigible, por tanto, que conocido el hecho de la ocupación, deba la propiedad realizar un requerimiento de abandono o manifestación de oposición a la ocupación como presupuesto para que el hecho comience a considerarse delictivo. Se cumpliría, además, con esa pretendida exigencia con la presentación de denuncia o el ejercicio de la acción penal, por delito de persecución pública, tras la constatación de la *notitia criminis* por otras vías (denuncia de vecinos o atestado policial).

El diseño de la ejecución de la orden de desalojo, asume, sin embargo, un papel crucial en la efectividad de la medida. La resolución debe conciliar un mínimo respeto a la dignidad de las personas que ocupan el inmueble, especialmente habiendo menores o discapacitados con la necesidad de una resolución inmediata de la orden; pero también con el establecimiento de soluciones, cláusulas, que eviten el siempre alto riesgo de ocupaciones en cadena. Es habitual que, bien como represalia de los ocupantes, bien por conocimiento de terceras personas del hecho de la ocupación y su inminente o inmediato desalojo, se aproveche el espacio de tiempo que transcurre entre el abandono del inmueble por parte de los supuestos ocupantes ilícitos y el intento de recuperación de la posesión por parte de la propiedad para llevarse a efecto una nueva ocupación. Sin perjuicio que fuera conveniente adecuar de forma proporcional el plazo que ha de darse a los ocupantes para el abandono inmediato del inmueble en función del

tiempo de ocupación constatado, lo cierto es que siempre han de tomarse las debidas cautelas a la hora de diseñar la materialización de la orden de desalojo. Debe partirse de la base de que el tiempo que se conceda para la desocupación voluntaria debería ser el mínimo indispensable para procurar una ordenada retirada de bienes y enseres propios de los ocupantes; sin que debiera ser un factor a tener especialmente en cuenta la concesión de un plazo de tiempo que permitiera a los ocupantes una nueva solución habitacional. Son éstos los que han generado la situación aparentemente contraria a derecho, nunca se debe olvidar; y carecen en este sentido de un derecho a que en el plazo que se les conceda se tenga en cuenta más factor personal que el propio de la atención que se merecen los menores o discapacitados a su cargo. A partir de ello, la solución debería partir de la involucración a los supuestos ocupantes ilegales en el proceso de desocupación; en el sentido de que si se les concede un plazo para llevar a efecto la medida es en su propio interés y por respeto de su dignidad humana. La admonición, con advertencia de poder incurrir en delito de desobediencia, mediante requerimiento de cumplimiento voluntario de la medida; de facilitación de la entrega de la posesión; de no reiteración del hecho, respetando la posesión previamente usurpada, y en cualquier caso de garantía de que se hará entrega de la posesión a la autoridad judicial, policial o a la propiedad en condiciones que permitan la referida recuperación de la posesión por ésta podrían otorgar una mayor garantía a la recuperación posesoria (35). Disponer que los ocupantes, alguno de ellos, o alguien en su nombre halla de aguardar en el inmueble a la llegada de la propiedad o la autoridad policial para llevar a efecto el acto de la entrega de la posesión sería sin duda la solución más adecuada para evitar tan habituales desagradables sorpresas.

Obviamente, ante el no desalojo voluntario de los ocupantes en el plazo señalado, la decisión judicial de desalojo se convierte en título habilitante para la entrada en el inmueble, incluso si tuviere la condición de morada. Así lo ha entendido en concreto la citada STC 32/2019 (LA LEY 10171/2019).

La recuperación de la posesión se enfrenta, por último a dos serios problemas. El primero de ellos cómo actuar cuando a la llegada de la comisión judicial o de la propiedad, el inmueble aparece ocupado por personas sin vinculación familiar o convivencial con las personas a las que ha afectado la medida de desalojo; el segundo qué sucede con los efectos que pudieran quedar en el inmueble o las reformas o mejoras realizadas por los supuestos ocupantes ilegales mientras estuvieron gozando de la posesión del inmueble usurpado.

Sin perjuicio de que la orden de desalojo puede establecer una nominación abierta de los afectados por la medida, dirigirse a las personas que en su momento hubieran sido identificadas como moradoras y aquellos otros desconocidos ocupantes que pudieran compartir la posesión, la posibilidad de afectación a tercero de una medida de desalojo cuenta con claros referentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000). Así se deduce con claridad de la nueva regulación del procedimiento sumario de recuperación de la posesión —art. 441.1 bis de la LEC—; permitiendo que la demanda se dirija directamente contra los desconocidos ocupantes. La situación de terceros que en sede de ejecución se constatare como nuevos poseedores que puedan considerarse ocupantes de mero hecho o sin título suficiente encuentra como respuesta el procedimiento sumario al que se refiere el art. 675 de la LEC (LA LEY 58/2000) en sus apartados 2 y 3; permitiéndose a éstos ser oídos en una vista, tras la que resolverá lo procedente el juez competente. La solución que en sede de jurisdicción penal puede arbitrarse a tal contingencia variará según las circunstancias: La flagrancia de la nueva ocupación constitutiva en sí misma de una nueva infracción criminal (ocupación ilegal de inmueble, o incluso receptación del art. 298.1 del CP (LA LEY 3996/1995), de obrar en connivencia con el anterior supuesto ocupante ilegal) podría permitir el desalojo en las mismas condiciones de actuación policial previa o judicial sumarísima antes referida; la consolidación de la posesión, la adopción de la resolución procedente previa ponderación de los intereses en conflicto y conveniente audiencia previa al nuevo ocupante. De gozar éste de la condición de tercero sin relación directa con la infracción criminal inicial o cualquier otra infracción criminal, siempre cabría la posibilidad de acudir a la vía de, considerando el inmueble usurpado efecto del delito, proceder a su recuperación a los efectos de restitución inmediata a la propiedad, tal y como permiten los arts. 334, párrafo tercero y 620 de la LECRIM (LA LEY 1/1882); reservando obviamente el derecho de dicho tercero a recurrir tal decisión y ser tenido por parte en el enjuiciamiento, tal y como exige este último precepto.

La cuestión sobre los bienes que quedan en el inmueble encuentra una fácil respuesta en el orden jurisdiccional civil: el art. 703 de la LEC. (LA LEY 58/2000) El párrafo segundo del apartado 1 de dicho precepto da la consideración de abandonadas a aquellas cosas que no sean objeto del título de ejecución. Y si bien el apartado 2 permite obligar a la propiedad a resarcir al lanzado por las cosas no separables consistentes en plantaciones o instalaciones estrictamente necesarias para la utilización ordinaria del inmueble, si así lo interesare el lanzado, lo cierto es que no

debemos olvidar nunca la condición de poseedor de mala fe del supuesto ocupante ilegal a los efectos de la accesión a la propiedad de lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos o mejoras o reparaciones hechos en ellos; sin perjuicio de la regulación propia de la posesión de mala fe.

En resumen, nuestra actual regulación procesal sí arbitra herramientas legales suficientes para garantizar el inmediato desalojo de ocupantes ilegales que pudieran haber cometido un delito del art. 245.2 del CP (LA LEY 3996/1995), y obviamente un allanamiento de morada; herramientas que deberían potenciarse como única forma efectiva de poner fin a una práctica delictual cada vez más generalizada que busca en los resquicios e indefiniciones de la ley una vía para conseguir el disfrute indefinido de inmuebles; y que está afectando seriamente a la seguridad jurídica y a la seguridad ciudadana, aparte obviamente del legítimo derecho a la propiedad inmobiliaria. Sin embargo, la propia especificidad que se deriva de que puede verse afectado el derecho a la inviolabilidad domiciliaria de los ocupantes aparentemente ilícitos haría conveniente una reforma legal que, por una parte devolviera al delito a la categoría de delito menos grave de la que le separa actualmente un solo día de multa, y de la que nunca debería haber salido en contraposición con los bienes jurídicos protegidos propios de otras infracciones criminales claramente de inferior entidad; y por otra establezca un procedimiento sumario, en el seno del servicio de guardia, que permita la adopción de una decisión judicial fundada en derecho y con garantías de respeto del derecho de defensa de las partes, en los plazos más perentorios posibles.

En Córdoba, a 8 de septiembre de 2020.

(1) A modo de anécdota, he de reconocer que no ha sido la primera vez que en el prólogo o contexto de un juicio por delito leve del actual art. 245.2 del Código Penal (LA LEY 3996/1995), el denunciado vino a referir, arropado por público perteneciente a una asociación dedicada a la evitación y búsqueda de solución dialogada de *desahucios*, que no venía a un juicio, sino a firmar un *alquiler social*.

(2) Fuente: <https://www.eleconomista.es/economia/noticias/10715807/08/20/Cataluna-tiene-seis-veces-mas-casas-ocupadas-ilegales-que-Madrid.html>. Esta cifra representaría, según las últimas estadísticas conocidas, el 48,5% del total de los inmuebles ocupados en todo el territorio nacional (fuente: <https://www.elmundo.es/cataluna/2020/09/03/5f50abb6fc6c836e438b462e.html>).

(3) Sobre esta cuestión puede consultarse el interesante trabajo de GONZÁLEZ RUS, Juan José: «Secuelas «colaterales» no pretendidas de la LO 1/2015, de 30 de marzo (LA LEY 4993/2015), de reforma del Código Penal». Diario La Ley, Nº 8553, 3 de Junio de 2015, Ref. D-222, Editorial LA LEY.

(4) La diferente naturaleza y tratamiento jurídico de las faltas evitaba en todo caso cualquier posibilidad de coexistencia de tramos penológicos.

(5) Op. cit.

(6) La opaca degradación del tipo penal del art. 245.2 del CP (LA LEY 3996/1995) a la naturaleza de delito menos grave vino acompañada por lo que demostraba ser un especial interés del legislador en cubrir aquella lagunas que se estaban empezando a apreciar como consecuencia de una jurisprudencia menor que cada vez estaba acortando más el cerco al tipo penal de las ocupaciones ilegales de inmueble. Efectivamente, el art. 37.7, párrafo primero de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (LA LEY 4997/2015), incluía entre la lista de infracciones leves una conducta que prácticamente copiaba en su literalidad el tipo penal («La ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos, en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de infracción penal»). Esta norma, que se tramitó parlamentariamente de una forma intencionadamente paralela a la reforma del Código Penal de la LO 1/2015 (LA LEY 4993/2015), hasta el punto de buscar su plena complementariedad, era evidente que buscaba precisamente esa cobertura de los espacios de impunidad que estaba dejando la interpretación jurisprudencial de una norma penal que no se atrevió a modificar de forma directa. La subsidiariedad del precepto, que no necesariamente habría de suponer una interpretación más restrictiva de la norma penal, ni menos su derogación, tenía precisamente encaje en la idea del legislador de no dejar en la más absoluta impunidad aquellos supuestos en que los tribunales de justicia consideraran la atipicidad de la acción de ocupación. En este sentido se manifiesta rotundamente MAGRO SERVET, Vicente: «El delito de usurpación de inmuebles del art. 245.2 CP (LA LEY 3996/1995): ¿Vía penal o vía civil?» (La Ley Penal, Nº 126. Sección Práctica penal, Mayo-Junio 2017; Editorial Wolters Kluwer; REF LA LEY 6929/2017).

(7) En este sentido se manifiesta MAGRO SERVET. Vicente: «¿Delito de ocupación (art. 245.2 CP (LA LEY 3996/1995)) o allanamiento de morada (art. 202 CP (LA LEY 3996/1995))?» (Diario La Ley, Nº 9680, sección Doctrina, 23 Julio de 2020, Wolters Kluwer; REF LA LEY 9162/2020). Por el contrario, VALDERRAMA ROMERO, Montserrat («Dilemas que sobre el delito de usurpación de bien inmueble del art. 245.2 CP (LA LEY 3996/1995) suscita la jurisprudencia menor» —La Ley Penal, Nº 144, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, Mayo-Junio 2020, Wolters Kluwer; REF 8386/2020 LA LEY—), trae a colación la existencia de una jurisprudencia menor, no precisamente anecdótica, sí favorable a la adopción de medidas de desalojo a la presentación de la denuncia o petición concreta de parte interesada; sobre la que posteriormente ahondaremos. Por su parte, no muestran ningún impedimento a la medida cautelar de desalojo, vía art. 13 de la LECRIM (LA LEY 1/1882), aun conscientes de las reticencias de los órganos judiciales a su concesión, PÉREZ DAUDÍ, Vicente y SÁNCHEZ GARCÍA, Jesús («La okupación de bienes inmuebles y la protección efectiva del poseedor legítimo» —Diario La Ley, Nº 9687, Sección tribuna, 2 de Septiembre de 2020; Editorial Wolters Kluwer—).

(8) El portal idealista.com fija como precio medio en España del metro cuadrado de vivienda en alquiler en julio del presente año 11,3 € (fuente: <https://www.idealista.com/sala-de-prensa/informes-precio-vivienda/alquiler/>). Una vivienda estándar de 70 metros cuadrados alcanzaría el valor mensual de 791 €; que anualmente serían 9.492 € como hipotética pérdida económica anual, aparte de desgaste y deterioro de la vivienda y sus

enseres. Incluso reduciendo a la mitad tales cantidades, teniendo en cuenta la ubicación y estado de buena parte de las viviendas susceptibles de ocupación ilegal, la desproporción económica entre ambos tipos penales encontraría una muy difícil justificación.

(9) «Artículo 18. Devolución de bienes.

Las víctimas tendrán derecho a obtener, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LA LEY 1/1882), la devolución sin demora de los bienes restituibles de su propiedad que hubieran sido incautados en el proceso.

La devolución podrá ser denegada cuando la conservación de los efectos por la autoridad resulte imprescindible para el correcto desarrollo del proceso penal y no sea suficiente con la imposición al propietario de una obligación de conservación de los efectos a disposición del Juez o Tribunal.

Asimismo, la devolución de dichos efectos podrá denegarse, conforme a lo previsto en la legislación que sea de aplicación, cuando su conservación sea necesaria en un procedimiento de investigación técnica de un accidente».

(10) «Art. 15. Derecho a la restitución de bienes.

Los Estados miembros garantizarán que, previa decisión de una autoridad competente, se devuelvan sin demora a las víctimas los bienes restituibles que les hayan sido incautados en el curso de un proceso penal, salvo en caso de necesidad impuesta por el proceso penal. Las condiciones o normas procesales en virtud de las cuales se restituirán tales bienes a las víctimas se determinarán en el Derecho nacional».

(11) La discriminación de personas jurídicas, y en especial de aquéllas que acumulan patrimonios inmobiliarios con aparente finalidad especulativa encontró ya un previo reflejo en leyes autonómicas que pretendieron hacer frente a la escasez de viviendas públicas o en el mercado en base al principio de la función social de la propiedad. Siguiendo el ejemplo de la legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en concreto, la Ley del Parlamento Andaluz 10/2010 (LA LEY 23367/2010), de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, modificada por la Ley 4/2013, de 1 de octubre (LA LEY 16028/2013), de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, la STC, Pleno, 32/2018, de 12 de abril (LA LEY 41454/2018), siguiendo el precedente de la STC 16/2018 (LA LEY 3394/2018), no vio una situación de discriminación en el hecho de restringir las normas imperativas y sancionadoras por incumplimiento del deber de destino a uso habitacional solo a las personas jurídicas, por razón de la notoriedad de ese componente especulativo, que lleva a entidades financieras y de gestión de activos a «...utilizar las viviendas como bien de inversión...».

(12) MAGRO SERVET, Vicente: «Intervención en el caso de ocupaciones ilegales de inmuebles»; en «Guía práctica de la actuación de la Policía Local»; Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, mayo 2011, 1ª edición.

(13) Ops. cit.

(14) El auto es citado, a su vez por el AAP de Barcelona AAP, Secc. 2ª, 98/2020, de 12 de febrero.

(15) Ídem, los AAPP de la Sección 9ª, de 18 de octubre de 2019; 29 de octubre de 2019; 23 de diciembre de 2019, y 13 de enero de 2020. Cita de VALDERRAMA ROMERO; op. cit.

(16) «La tramitación del Juicio por Delito Leve sólo requiere, en este caso, la identificación de los denunciados y la citación de las partes y testigos a juicio, por lo que lo previsible es que el juicio se celebre en un breve lapso temporal y una vez celebrado y practicada la prueba pertinente, podrá decidirse si existen motivos para acordar la medida cautelar de desalojo, valorando las circunstancias del caso concreto relativas a la conducta de los denunciados objeto de enjuiciamiento y a la necesidad y urgencia que la empresa denunciante pueda tener para disponer de la vivienda objeto de denuncia».

(17) El auto es igualmente objeto de cita y comentario por VALDERRAMA ROMERO; op. cit.

(18) En este sentido, véase la interesante STEDH, Secc. 5ª, de 30 de julio de 2015 (caso ZAMMIT y ATTARD CASSAR v. Malta; asunto 1046/2012), referido a las limitaciones al importe de la renta de viviendas e inmuebles destinados a fines distintos al de vivienda impuestas por la legislación maltesa de posguerra.

(19) En este sentido se manifiesta el AAP de Ávila Secc. 1ª, 122/2020, del 5 de junio («Las alegaciones vertidas por la parte recurrente para nada afectan a la otra parte ya que si no dispone de medios económicos han de ser, en su caso, las entidades públicas las que resuelvan el problema, pero no el particular titular de una vivienda»).

(20) Op. cit.

(21) En similares términos las SSTEDH de 29 de septiembre de 1996 (caso BUCKLEY v. Reino Unido; asunto 20348/92), y, Secc. 1ª, de 21 de junio de 2011 (caso ORLIĆ v. Croacia; asunto 4833/07).

(22) «La Cour rappelle que la notion de "domicile" au sens de l'article 8 de la Convention ne se limite pas au domicile légalement occupé ou établi, mais qu'il s'agit d'un concept autonome qui ne dépend pas de sa qualification en droit interne. La question de savoir si une habitation particulière constitue un "domicile" relevant de la protection de l'article 8 dépend des circonstances factuelles, notamment de l'existence de liens suffisants et continus avec un lieu déterminé ».

(23) ¿Delito de ocupación (art. 245.2 CP (LA LEY 3996/1995))...; op. cit.

(24) Por todas, la STS 1108/1999, de 6 de septiembre.

(25) Esa concreta protección más reforzada que contiene nuestra CE respecto de los llamados derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en su Sección Primera, entre los que se encuentra la inviolabilidad domiciliaria, ha quedado claramente desdibujada por el reconocimiento del derecho a la propiedad en condiciones de paridad, tanto en el art. 1 del Primer Protocolo Adicional al CEDH (LA LEY 16/1950), como en el art. 17.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LA LEY 12415/2007). Ambas normas, por cierto, siguen un estrecho paralelismo con la regulación del

derecho y sus excepciones. Incluso el Primer Protocolo Adicional abre las puertas a reconocer expresamente el derecho de propiedad en favor de las personas jurídicas; mientras que la CDFUE (LA LEY 12415/2007) advierte del derecho a la protección de los bienes *adquiridos legítimamente*.

(26) En similares términos, por poner algún ejemplo, el APP de Barcelona, Secc. 6ª, 234/2020, de 9 de abril.

(27) Véase en este sentido el art. 3.1 de la Proposición de Ley Orgánica contra la ocupación ilegal y para la convivencia vecinal y la protección de la seguridad de las personas y cosas en las comunidades de propietarios, obra del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso (122/000065; BOCG, Serie-B, Núm. 96-1, de 17 de julio de 2020).

(28) En este sentido, véase de la Instrucción del Fiscal Superior de las Islas Baleares de 19 de junio de 2019; y en parte el Decreto del Fiscal Jefe de la Fiscalía Provincial de Valencia de 21 de agosto de 2020.

(29) Situaciones tan grotescas que están sucediendo en no pocas ocasiones, como, comprobada la realidad de una entrada que se está llevando a efecto en ese mismo momento, los agentes policiales se limitan a preguntar a los supuestos usurpadores si están dispuestos a abandonar voluntariamente el inmueble solo porque ya están puertas adentro, pese a existir indicios incontestables de la absoluta proximidad temporal de la entrada y de que el inmueble aún no ha adquirido la condición de domicilio, dejarían de tener sentido y justificación con una simple ponderada aplicación de las facultades que la propia LECRIM (LA LEY 1/1882) confiere a los agentes de la autoridad.

(30) «La regulación controvertida no compromete, en consecuencia, los derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa del ocupante de una vivienda que pudiera resultar afectado por la resolución judicial definitiva que se dicte en el proceso sumario creado por la Ley 5/2018 (LA LEY 9487/2018). Las previsiones legales referidas a la notificación de la demanda y la citación o emplazamiento de quienes han de ser o pueden ser parte demandada en ese proceso sumario satisfacen las exigencias de la citada jurisprudencia constitucional, en relación con el deber que pesa sobre los órganos judiciales de velar por la correcta constitución de la relación jurídica procesal, a fin de garantizar el derecho a la defensa de quienes sean o puedan ser parte en dicho proceso y, muy en particular, la inexcusable observancia del principio de contradicción, sobre el que se erige el derecho a ser oído, lo que conduce a descartar la tacha de inconstitucionalidad que formulan los recurrentes. Todo ello sin perjuicio, se insiste, de que la eventual indefensión material sufrida por un demandado, a causa de la incorrecta o defectuosa constitución de la relación jurídica procesal en un asunto determinado, pudiera ser remediada a través del recurso de amparo ante este Tribunal, una vez agotada la vía judicial».

(31) «La decisión judicial de proceder al desalojo de los ocupantes que puede adoptarse en el proceso sumario para la recuperación de la posesión de la vivienda instituido por la Ley 5/2018 (LA LEY 9487/2018), si aquellos no hubieran justificado suficientemente su situación posesoria y siempre que el título que el actor hubiere acompañado a la demanda fuere bastante para acreditar su derecho a poseer, no constituye una violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio garantizado por el art. 18.2 CE (LA LEY 2500/1978). Antes al contrario, esa intervención judicial conforme al procedimiento legalmente previsto integra la garantía que ese precepto constitucional establece».

(32) La sentencia establece como requisitos del delito del art. 245.2 del CP (LA LEY 3996/1995):

- a) La ocupación, sin violencia o intimidación, de un inmueble, vivienda o edificio que en ese momento no constituya morada de alguna persona, realizada con cierta vocación de permanencia.
- b) Que esta perturbación posesoria puede ser calificada penalmente como ocupación, ya que la interpretación de la acción típica debe realizarse desde la perspectiva del bien jurídico protegido y del principio de proporcionalidad que informa el sistema penal (Art 49 (LA LEY 12415/2007) 3º de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Desde ambas perspectivas la ocupación inmobiliaria tipificada penalmente es la que conlleva un riesgo relevante para la posesión del sujeto pasivo sobre el inmueble afectado, que es lo que dota de lesividad y significación típica a la conducta, por lo que las ocupaciones ocasionales o esporádicas, sin vocación de permanencia o de escasa intensidad, son ajenas al ámbito de aplicación del tipo.
- c) Que el realizador de la ocupación carezca de título jurídico que legitime esa posesión, pues en el caso de que hubiera sido autorizado para ocupar el inmueble, aunque fuese temporalmente o en calidad de precarista, la acción no debe reputarse como delictiva, y el titular deberá acudir al ejercicio de las acciones civiles procedentes para recuperar su posesión.
- d) Que conste la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble, bien antes de producirse, bien después, lo que especifica este artículo al contemplar el mantenimiento en el edificio "contra la voluntad de su titular", voluntad que deberá ser expresa.
- e) Que concurra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la ajeneidad del inmueble y de la ausencia de autorización, unido a la voluntad de afectación del bien jurídico tutelado por el delito, es decir la efectiva perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada».

(33) Pese a ciertas reticencias en la práctica forense de ver un delito de daños en la fractura de la puerta de acceso a la vivienda y primeras introducciones de enseres, lo cierto es que el tipo penal del art. 245.2 del CP (LA LEY 3996/1995) admite sin duda las formas imperfectas de ejecución. La propensión de la permanencia en el inmueble que configura el tipo de la ocupación ilegal puede determinarse incluso en fase de actos preparatorios, y en concreto de tentativa punible; bastando que los actos ejecutados demuestren una propensión a tal finalidad prohibida por la norma penal.

(34) En este sentido MAGRO SERVET, Vicente: «El delito de usurpación de inmuebles...»: op. cit.

(35) Resulta habitual el hecho de dejar la vivienda con la puerta abierta, permitiendo así que otras personas la ocupen mientras que por el juzgado se dispone lo procedente para la entrega de las llaves a la propiedad.