

La ocupación ilegal de inmuebles: un necesario enfoque global*

Squatting: a global approach

MATILDE CUENA CASAS

Catedrática de Derecho civil - Universidad Complutense

Editora del blog Hay Derecho

ORCID ID: 0000-0001-8980-1186

Recibido: 30.07.2023 / Aceptado: 13.09.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8057

Resumen: En los últimos años se han incrementado los casos de ocupaciones ilegales de inmuebles en España. En el presente trabajo se analizan desde un enfoque global las razones que pueden haber provocado este aumento, así como los fallos regulatorios existentes que pueden estar actuando como incentivo a la producción de este fenómeno. Se abordan todos los aspectos implicados en el problema desde una perspectiva civil, penal, procesal y constitucional, sin olvidar el papel de los tratados internacionales en relación con los derechos implicados en esta problemática: derecho a la vivienda, derecho a la propiedad privada y derecho a la inviolabilidad del domicilio. El trabajo concluye con propuestas de solución a este trascendental problema.

Palabras clave: Ocupación ilegal, derecho a la vivienda, propiedad privada, allanamiento de morada, usurpación de inmuebles, función social de la propiedad.

Abstract: In recent years there has been an increase in the number of cases of squatting in Spain. This paper analyses from a global approach the reasons that may have caused this increase, as well as the existing regulatory failures that may be acting as an incentive to the production of this phenomenon. All the aspects involved in the problem are addressed from a civil, criminal, procedural and constitutional perspective, without forgetting the role of international treaties in relation to the rights involved in this problem: the right to housing, the right to private property and the right to the inviolability of the home. The work concludes with proposals for a solution to this transcendental problem.

Keywords: Squatting, right to adequate housing, private property, trespassing, usurpation of property, social function of property.

Sumario: I. Una necesaria referencia al problema de acceso a una vivienda asequible. II. Descripción del fenómeno de la ocupación ilegal. III. Los datos de la ocupación ilegal de inmuebles. III. Defensa del propietario frente a la okupación 1. La tutela penal frente a la okupación de inmuebles. A) La tipificación penal: allanamiento de morada y usurpación de inmuebles. B) La recuperación del inmueble por la vía penal. A) Vía judicial: la medida cautelar de desalojo. b). Denuncia policial. La intervención de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado. 2. Tutela administrativa. El empadronamiento del okupa. 3. La tutela civil frente a la okupación. 4. ¿Qué itinerario es el idóneo para que el poseedor legítimo recupere el inmueble? IV. Límites a la tutela del propietario: supuestos de suspensión de desalojo del ocupante vulnerable. 1. De la comunicación a Servicios sociales a la suspensión del desalojo: el Real Decreto Ley 37/2020, de 22 de diciembre de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda. 2. Novedades introducidas por la Ley 12/2023, de 24 de mayo por el derecho a la vivienda. V. Okupación de viviendas y derechos fundamentales en conflicto. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos humanos. 1. El derecho a una vivienda digna como justificación de la limitación del desalojo. 2. Inviolabilidad del domicilio del okupa como límite al desalojo 3. Función social de la propiedad y okupación sin título de viviendas secundarias de grandes tenedores. VI. Conclusiones y propuestas.

I. Una necesaria referencia al problema de acceso a una vivienda asequible

1. La crisis financiera de 2008 fue fruto de una política de vivienda orientada a facilitar la adquisición de la propiedad vía sobreendeudamiento de los particulares. De hecho, España es un “país de propietarios¹” tanto ricos como pobres, todos lograron acceder a un préstamo hipotecario gracias a un mercado de crédito generoso alimentado por importantes incentivos fiscales. El préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda habitual era un gasto deducible en el impuesto sobre la renta de personas físicas (IRPF), no siéndolo la renta que se abonaba en concepto de alquiler. Estaba claro que los gobiernos de turno querían favorecer que la vivienda se adquiriera en propiedad. Sin embargo, lo que realmente se favoreció fue la especulación con un bien de primera necesidad.

2. Todos sabemos ya cómo acabó la gran burbuja inmobiliaria² y el nivel de deuda privada que se generó gracias a esa decisión política. Nada que objetar a facilitar que los particulares fueran dueños de sus viviendas. El problema es cuando para ello se violentan reglas elementales en materia de evaluación de la solvencia y se utiliza el dinero de los depositantes para prestar alegremente incluso a quien carecía de capacidad de pago, transfiriendo el riesgo a terceros a través del mercado secundario. Es el famoso “originar para distribuir” que se practicó a nivel mundial provocando una crisis financiera también mundial. Y todo ello vino acompañado por una escasa inversión en vivienda social, es decir aquella que se vende o alquila a precios que no son de mercado, asignada de acuerdo con normas específicas en función de la capacidad económica del inquilino o adquirente, listas de espera³, etc. Los casi

¹ Según datos de la oficina de estadística europea (Eurostat), el porcentaje de la población española que residía en una vivienda en propiedad en 2021 era del 75,8%, mientras que el 24,2% vivía de alquiler (Eurostat) https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/ILC_LVHO02_custom_1513577/bookmark/table?lang=en&bookmarkId=776c7a00-1a0a-4818-aeae-8c08024912a9 (Consultado el 3 de julio de 2023).

² Para un análisis riguroso de lo acontecido en la crisis financiera, cfr. MONTALVO, JM., “Financiación inmobiliaria, burbuja crediticia y crisis financiera: lecciones de la recesión 2008-09” <https://jgmontalvo.com/wp/BURBUJAS%20INMOBILIARIAS%20Y%20CRISIS%20FINANCIERAS.pdf> (Consultado el 28 de junio de 2023); Imprescindible consultar el trabajo de NASARRE AZNAR, S., *Los años de la crisis de la vivienda. De las hipotecas subprime a la vivienda colaborativa*, Tirant lo Blanch, 2020.

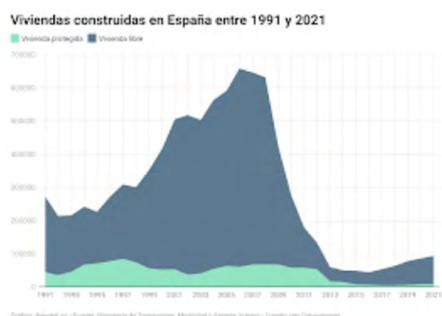
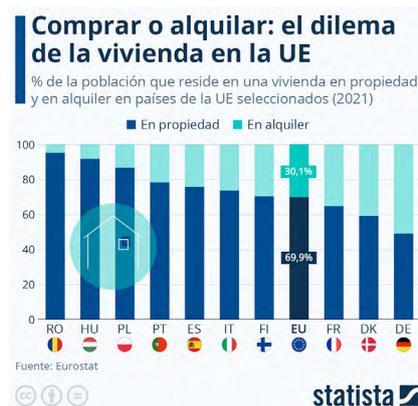
³ Definición tomada del informe de la OECD “Brick by brick. Building better housing policies”, 31/05/2021, <https://doi.org/10.1787/b453b043-en> (Consultado el 3 de julio de 2023). Los datos proporcionados por Eurostat y por el Observatorio Housing Europe, corroboran que el parque de vivienda social en España se encuentra a más de 6 puntos porcentuales por debajo de la media de los países de la Unión europea, cuyo parque de vivienda social se sitúa en el entorno del 9% con respecto a las viviendas principales, frente al 2,5% de España. Datos obtenidos del informe sobre Observatorio de vivienda y suelo. Boletín especial de vivienda social 2020. Ministerio de transportes, movilidad y agenda urbana. 2020 <https://apps.fomento.gob.es/CVP/handlers/pdfhandler.ashx?idpub=BAW072> (Consultado el 4 de julio de 2023).

Y no parece que en el futuro próximo la inversión en vivienda pública vaya a incrementarse.

Distribución del gasto público en vivienda: Peso sobre PIB, según el Programa de Estabilidad de 2023.

Fuente: Ministerio de Hacienda y Función Pública <https://www.idealista.com/news/finanzas/inversion/2023/05/03/805726-el-gobierno-congela-la-inversion-publica-en-vivienda-sobre-pib-hasta-2026>

Funciones	2021	2022	2023	2024	2025	2026
Servicios públicos generales	5.9%	5.8%	5.7%	5.7%	5.7%	5.7%
Defensa	1%	1.1%	1.2%	1.2%	1.3%	1.3%
Orden público y seguridad	2%	1.9%	1.9%	1.9%	1.8%	1.8%
Asuntos económicos	6.3%	5.5%	5.5%	4.7%	4.6%	4.5%
Protección al medio ambiente	1%	1%	1%	1%	0.9%	0.9%
Vivienda y servicios comunitarios	0.5%	0.5%	0.5%	0.5%	0.5%	0.5%
Sanidad	7.3%	6.9%	6.9%	6.9%	6.9%	6.9%
Actividades recreativas, cultura y religión	1.2%	1.2%	1.2%	1.1%	1%	1%
Educación	4.6%	4.5%	4.5%	4.5%	4.5%	4.5%
Protección social	20.6%	18.9%	19%	19%	19%	19.1%



siete millones de Viviendas de Protección Oficial (VPO) construidas en más de medio siglo, no se han transformado en viviendas sociales, lo han hecho en viviendas libres⁴.

3. En resumidas cuentas, hemos asistido al fenómeno denominado “financiarización de la vivienda”, que se produce cuando la vivienda es tratada como una mercancía y una fuente de riqueza e inversión, en lugar de como un bien social⁵. Lejos de hacer eso, se fomentó sobreendeudamiento siendo estos propietarios los protagonistas de una oleada de desahucios a partir de 2008.

4. Fruto de dicha crisis, cuyos efectos todavía padecemos, fue una regulación que incentivaba una política de préstamo responsable que pretendía que se financiara la adquisición de la propiedad de la vivienda a aquellos que podían permitírselo. Principio obvio que, no obstante, hubo que regular para evitar futuras burbujas inmobiliarias. Restringido el mercado de crédito inmobiliario la solución al problema de la escasez de vivienda emergía de nuevo con fuerza, sin que la vía del sobreendeudamiento fuera ya una opción para su solución.

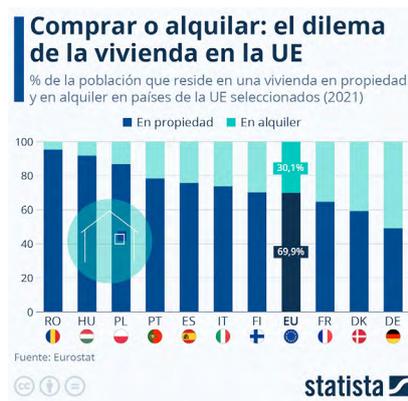
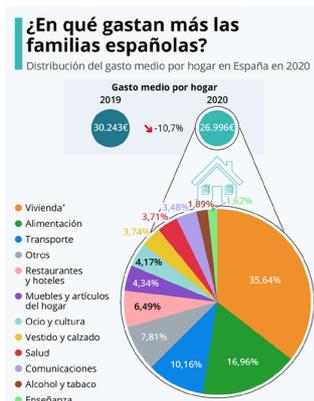
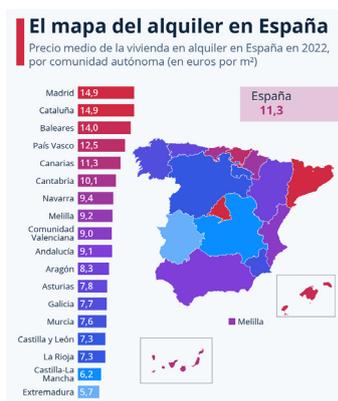
5. Lo cierto es que como tantos otros países España tiene un problema grave de vivienda, con escasa vivienda pública y un mercado arrendaticio tremendamente caro⁶ que está provocando que muchas familias carezcan de recursos para procurarse un bien de primera necesidad como es la vivienda. No en vano el gasto en vivienda es el que absorbe el mayor porcentaje de renta de las familias⁷.

6. Al mismo otro dato relevante que incide de lleno en el objeto del presente estudio es que mientras colectivos vulnerables carecen de recursos para acceder a una vivienda, muchos inmuebles eran acumulados por personas jurídicas. Muchos de ellos pertenecen a los bancos que se adjudicaron los inmuebles en subastas desiertas como consecuencia de ejecuciones hipotecarias, gracias a una le-

⁴ DEFENSOR DEL PUEBLO. “La vivienda protegida y alquiler social en España”, Madrid 2019 https://www.defensordel-pueblo.es/wp-content/uploads/2019/07/Separata_vivienda_protegida.pdf, p. 21.

⁵ NACIONES UNIDAS, “Relator especial sobre el derecho a una vivienda digna y adecuada” <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-housing/human-right-adequate-housing> (Consultado el 29 de junio de 2023).

⁶ El precio medio de la vivienda en alquiler en España se situaba en agosto de 2006 9,3 euros por metro cuadrado. En junio de 2023 el precio por metro cuadrado era de 11,8 euros/metro cuadrado: un 9,2% más respecto del mes de junio de 2022. <https://www.idealista.com/sala-de-prensa/informes-precio-vivienda/alquiler/> (Consultado el 4 de julio de 2023). <https://es.statista.com/grafico/24017/precio-medio-de-la-vivienda-en-alquiler-en-espana/>



⁷ Por término medio, en la UE en 2021, el 18,9 % de la renta disponible se dedicó a gastos de vivienda. Este porcentaje difería entre los Estados miembros, siendo el más elevado en Grecia (34,2 %), Dinamarca (26,3 %) y los Países Bajos (23,9 %).

En cuanto a las personas con una renta disponible inferior al 60 % de la renta media nacional, es decir, las personas que podrían considerarse en riesgo de pobreza, la proporción de la vivienda en la renta disponible fue del 37,7 % de media en la UE. En cambio, para las personas con una renta disponible superior al 60% de la renta mediana, el porcentaje ascendía al 15,2%.

En el caso de España para rentas disponibles superiores al 60% de la renta media, el porcentaje de ingresos dedicados a vivienda es de un 12,3 %. Por el contrario, para rentas disponibles inferiores al 60% de la renta media, el porcentaje de ingresos dedicados a vivienda asciende al 39,9 % de su renta disponible. Housing in Europe 2022 <https://ec.europa.eu/eurostat/cache/digpub/housing/bloc-2b.html?lang=en>

gislación procesal que les permitía hacerlo a un valor muy inferior al de mercado⁸. Inmuebles muchos de ellos que pasaron a ser propiedad de la SAREB (Sociedad de gestión de activos procedentes de la reestructuración bancaria) para que las entidades financieras con problemas de solvencia sanearan sus balances y obtuvieran liquidez. Nació siendo una entidad privada y acabó siendo pública⁹, sumando como deuda pública el dinero público invertido en dicha entidad. La realidad actual es que muchos inmuebles están en manos de bancos y de la SAREB.

7. Pero es que además desde 2011 los fondos de inversión especularon con activos inmobiliarios invirtiendo en un momento en el que la vivienda bajaba de precio. De nuevo la vivienda se convierte en un producto especulativo. Nada hay que objetar, a mi juicio, a unas empresas que invirtieron en un negocio provechoso al igual que lo hicieron muchos particulares en plena burbuja. Otra cosa es que vivienda pública se cediera a los fondos lo cual me parece un despropósito¹⁰. Lo cierto es que los principales propietarios en España son fondos como Blackstone y Lazora¹¹. Sólo teniendo en cuenta esta realidad se comprenderá el régimen especial que actualmente ostentan los propietarios “grandes tenedores”.

8. En suma, el problema de la vivienda es EL problema. Estuvo detrás de la crisis financiera de 2008 y se ha visto agravado tras las medidas adoptadas para salir de ella y por la subida de tipos de interés. Adquirir una vivienda en propiedad está al alcance de unos pocos lo que ha provocado un exceso de demanda en el mercado de alquiler cuyos precios se han disparado¹². Nos encontramos en una tremenda crisis de vivienda asequible y la crisis financiera ha modificado el marco en el que operan los sistemas

⁸ La normativa procesal, de nuevo, se erige en instrumento favorable para la especulación gracias a reglas como las contenidas en los arts. 682 y 670 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC). Analizo este tema en mi trabajo “Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario” Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, ISSN 0210-0444, Año nº 93, Nº 764, 2017, págs. 2871-2924 <https://eprints.ucm.es/45896/1/PRUEBAS%20CUENA.RCDI.pdf> También en el post publicado en el blog de la Fundación Hay Derecho “Tasaciones de inmuebles y (des)protección del deudor hipotecario. Hacia una nueva “burbuja inmobiliaria” <https://www.hayderecho.com/2015/02/11/tasaciones-de-inmuebles-y-desproteccion-del-deudor-hipotecario-hacia-una-nueva-burbuja-inmobiliaria/>

⁹ Originariamente el SAREB (también llamado “El Banco Malo”) fue una creación societaria-financiera del Estado Español para reflotar el sistema bancario mediante el traspaso de los activos tóxicos de las entidades crediticias más perjudicadas al mencionado SAREB, de entre cuyas principales características en su creación destacaron. Destaca su carácter jurídico mixto público-privado: 54% de su capital social en manos de Bancos privados y el 46% restante, en manos del Estado Español mediante el FROB (Fondo de Regulación y Ordenación Bancaria). Su negocio radica en que compran a los bancos los distintos activos tóxicos a un precio inferior al que estos pagaron por adquirirlos, ya que han perdido valor de cara a intentar cancelar la deuda emitida. De este modo, los bancos pierden dinero, pero logran sanear sus cuentas y el organismo dispone de pisos, casas, solares, promociones a medio hacer y activos similares.

¹⁰ El IVIMA (instituto regional de la vivienda) concedió a muchos ciudadanos una vivienda pública en régimen de alquiler con opción a compra junto con ayudas económicas como la reducción de la renta. Sin embargo, años después, junto a otras casi 3.000 viviendas de protección oficial, se vendieron dichos inmuebles al fondo de inversión Encasa Cibeles, que suprimió los beneficios que le había otorgado la Administración. Debido a ello, muchos ciudadanos no pudieron hacer frente al pago del alquiler. https://www.elconfidencial.com/espana/2021-11-02/venta-pisos-publicos-fondo-buite-botella-juicio_3316308/

¹¹ En las grandes ciudades es donde se concentra la gran mayoría de propiedades en manos de personas jurídicas: Madrid el 62%, Zaragoza el 54%, Málaga 56%, Barcelona (52%) (ATLAS Data Real State analytics. “Estado y tendencias del build to rent en España”. Análisis de oferta y demanda. 2019 <https://atlas-reanalytics.com/wp-content/uploads/Estado-y-tendencias-del-BTR-by-Atlas.pdf>

¹² El precio medio de la vivienda en alquiler en España es de 1.539 euros mensuales (datos de junio de 2023), lo que supone un incremento del 4,55% respecto al mes anterior.



Fuente: https://www.enalquiler.com/precios/precio-alquiler-vivienda-espana_31-0-0-0.html

nacionales de vivienda que se entiende que no se puede dejar exclusivamente en manos del funcionamiento del mercado privado. Cobra ahora especial protagonismo la vivienda social, pero adelanto ya, una vivienda social que debe ser proporcionada por el Estado, no por los propietarios.

9. En este marco de escasez de vivienda asequible debemos encuadrar el fenómeno -especialmente grave en nuestro país- de la ocupación ilegal que es el objeto del presente trabajo. Lo raro es que este fenómeno no se hubiera producido tras una crisis financiera con muchos hogares sin ingresos, poca vivienda social y mucha vivienda vacía. Hay causas que justifican que haya emergido el problema de la ocupación ilegal. No se puede negar. Cosa distinta es la ineficiencia de los mecanismos jurídicos para paliarlo que es lo que voy a abordar en el presente trabajo.

10. La dificultad de este tema radica en que nos enfrentamos a las consecuencias de un doble fracaso. Ha fallado el Estado social para satisfacer la necesidad de vivienda de quienes se han visto expulsados del circuito económico. Pero también ha fracasado el Estado de Derecho que se ha visto, como veremos, violentado por la tolerancia a una violación del derecho de propiedad. Y la suma de esos dos fracasos da como resultado lo que estamos viendo, una espiral de ilegalidades que se encadenan y retroalimentan entre sí¹³.

11. Comenzaremos analizando los datos de la ocupación ilegal, los mecanismos que el ordenamiento brinda al propietario para su prevención y solución y concluiré con el análisis crítico de la intervención normativa reciente en el marco los derechos fundamentales que se dan cita en este conflicto. Concluiré con unas propuestas de solución.

II. Descripción del fenómeno de la ocupación ilegal

12. Por las razones expuestas se ha generalizado el fenómeno de la *ocupación ilegal* de necesidad: personas que detentan la posesión de un inmueble ajeno sin título ni consentimiento de su titular haciéndolo por falta de recursos para un acceso legal a la vivienda. Obsérvese que utilizo el término okupa con “K”, definido en el diccionario de la Real Academia como “movimiento radical que propugna la ocupación de viviendas o locales deshabitados”. Y es que la okupación no fue sino un movimiento social (*squatting* o allanamiento ilegal) nacido en los años 60 en el Reino Unido que propugna la ocupación de viviendas o locales de manera temporal o permanente con una base ideológica que denuncia la escasez de la vivienda y las dificultades, sobre todo de los jóvenes, de acceder a ella. Tiene alto contenido político en tanto que denuncia el statu quo tradicional y es un movimiento anticapitalista. Es una “okupación ideológica”¹⁴. Pero nosotros actualmente nos estamos enfrentando a una “ocupación de necesidad”. Aquella que reivindican los que carecen de recursos para acceder a una vivienda. Me refiero, obviamente, a las motivaciones que están detrás del fenómeno y no a las justificaciones porque no hay nada que justifique violentar abiertamente la propiedad ajena. Y lamentablemente esto es lo que está sucediendo ya que se ha convertido la ocupación, como veremos, en una forma de tenencia.

13. Efectivamente, las recientes crisis justifican que a diario los medios de comunicación alerten de casos de ocupación ilegal en nuestro país. Algunos supuestos son sangrantes: ancianas¹⁵ que abandonan la vivienda¹⁶ temporalmente, por ejemplo, por razones de salud, comprueban a la vuelta que

¹³ En este sentido, A.J. LAFUENTE TORRALBA, “El *Laberinthus iudiciorum* de la ocupación ilegal de viviendas: remedios en las vías penal y civil y análisis de su eficacia”, Revista de Derecho aragonés. N° 26-27, 2020-2021, págs. 116.

¹⁴ Vid. Análisis al respecto que hace J.M. JIMÉNEZ PARIS, “La ocupación e inmuebles en el Derecho penal español”, Reus, 2018, p. 27.

¹⁵ Noticia aparecida en el periódico El Mundo de 27 de marzo de 2023: Unos okupas invaden la casa de una anciana de 85 años: “Han tirado toda su ropa a la calle; aún no se lo dije a mi madre, si se entera, se muere”. <https://www.elmundo.es/madrid/2023/03/27/6421e32621efa01a0b8b459c.html>

¹⁶ Noticia aparecida en Telemadrid el 3 de junio de 2022: “Okupan la casa de una anciana de 97 años mientras está en la resi-

su vivienda ha sido okupada. Supuestos en los que el propietario es detenido¹⁷ por tratar de recuperar su vivienda que ha sido okupada por un tercero que la ha convertido en domicilio o situaciones en las que el okupa exige un “rescate” por abandonar la vivienda, que han dado lugar a titulares en la prensa internacional¹⁸. No es de extrañar que estos casos generen alarma social y que a nivel internacional se considere España como el paraíso de la okupación¹⁹ en Europa. Y todo ello a pesar de que en algunos medios españoles se niegue el problema diciendo que la mayoría de los casos se dan en pisos que son de los bancos, como si estos no tuvieran un derecho de propiedad protegido²⁰.

14. Técnicamente okupa es aquel que se instala en propiedad ajena (vivienda o local) sin el consentimiento del propietario o poseedor legítimo, frecuentemente adquirida con violencia. No tiene tal consideración el inquilino que se niega a abandonar el inmueble cuando expira su contrato o el que deja de pagar la renta. Tampoco lo es aquel que posee el inmueble con el consentimiento del titular (comodato o precario) que no ha ejercitado acción alguna para su recuperación. El precarista (posesión tolerada) no necesariamente es un okupa (posesión ilegítima). En estos casos nos encontramos con personas que fueron autorizadas por el propietario a través de un título legitimador para poseer el inmueble que posteriormente decae. Los dos supuestos son distintos por más que en ambos el derecho del propietario padezca en la misma medida: se ve privado del uso y disfrute de su inmueble, está obligado a atender todos los gastos derivados de la propiedad del mismo e incluso puede verse obligado a responder civilmente de los daños causados a terceros por el ocupante de la vivienda (art. 1902 y 1910 CC)²¹ y todo sin obtener compensación alguna por parte del poseedor del inmueble.

15. Esta distinción inicialmente fue tenida en cuenta por el legislador no sólo al establecer las acciones que se deben ejercitar en uno y otro caso por el poseedor legítimo (acción de desahucio por precario prevista en art. 250.2º LEC o acción posesoria de recobrar frente al despojo prevista en art. 250.1.4º LEC)²², sino también cuando estableció normas que limitaban los desalojos cuando estos se producían por consecuencia de una reclamación por deuda hipotecaria o por impago del alquiler. Así sucedió, por ejemplo, en el art. 5.2 la Ley catalana 24/2015, de 29 de julio de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de vivienda y la pobreza energética. El demandante (persona jurídica) gran tenedor de vivienda antes de interponer cualquier demanda judicial de ejecución hipotecaria o de desahucio por impago de alquiler debía hacer propuesta de alquiler social²³ a personas o unidades

dencia en Colmenar Viejo” <https://www.telemadrid.es/programas/madrid-directo/Okupan-la-casa-de-una-anciana-de-97-anos-mientras-esta-en-la-residencia-en-Colmenar-Viejo-2-2456474330--20220603090333.html>

¹⁷ Noticia difundida en Antena 3 el 5 de junio de 2023 Detenido un propietario tras denunciar la okupación de su casa: “Me quitaron las llaves y se las entregaron”. https://amp-antena3-com.cdn.ampproject.org/c/s/amp.antena3.com/noticias/sociedad/detenido-propietario-denunciar-okupacion-casa-quitaron-llaves-entregaron_20230605647d9bc7a7fe8d0001d3ba5c.html

¹⁸ BBC News: “The hard men removing squatters in Spain”, <https://www.bbc.com/news/stories-58310532> Se hace eco de la existencia de numerosas empresas que se dedican a expulsar a okupas por medios muy poco ortodoxos y del hecho de que el okupa exija un rescate por abandonar el inmueble. <https://www.bbc.com/news/stories-58310532>

¹⁹ Muy revelador el artículo publicado en el periódico Wolf Street por CORBISHLEY, N., “How Spain Became a Squatter’s Paradise” <https://wolfstreet.com/2020/09/12/how-spain-became-a-squatters-paradise/>

²⁰ Artículo publicado por DOMÍNGUEZ, I., en el diario El País “Una dudosa alarma sobre los okupas”. <https://elpais.com/espana/2020-09-05/una-dudosa-alarma-sobre-los-okupas.html>

²¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 5 de diciembre de 2019:

“En este sentido si bien es un hecho la ocupación ilegal no es menos cierto que las consecuencias de dicha ocupación no tienen por qué ser soportadas por terceros ajenos a la relación de la propiedad con los terceros ocupantes, y en cualquier caso quedarían, al alcance de la entidad demandada, el ejercicio de las acciones de responsabilidad procedentes contra los terceros ocupantes del inmueble, por más que las posibilidades de recuperar alguna cantidad fueron verdaderamente ilusorias dada la normal carencia de medios que los ocupantes ilegales suelen aducir, pero en cualquier caso lo que no es procedente es trasladar a terceros que ninguna relación tienen con la propiedad de la vivienda, y que tan sólo son propietarios del piso inmediatamente inferior las consecuencias del uso abusivo que un tercer ocupante pueda hacer de la vivienda.”

²² Esta acción recuperatoria de la posesión frente al despojo ilegal es la que fue afectada por la Ley 2018/15, de 11 de junio de reforma de la LEC en relación con la ocupación ilegal de viviendas a la que posteriormente me referiré.

²³ El art. 5.7 de la Ley catalana 24/2015 nos aclara lo que es una propuesta de alquiler social que debe cumplir los siguientes requisitos:

a) *Debe fijar rentas que garanticen que el esfuerzo por el pago del alquiler no supere el 10% de los ingresos ponderados*

familiares que no tengan una alternativa propia de vivienda y que estén dentro de unos parámetros de riesgo de exclusión residencial previstos en dicha ley. Poco después dicho precepto fue modificado por el Decreto Ley 17/2019, de 23 de diciembre extendiéndolo también a las demandas de desalojo provocadas por ocupantes sin título, auténticos okupas.

16. De esta forma, la ocupación ilegal se convertía en vía para dar un título legal al okupa al obligar al propietario gran tenedor a proponer un alquiler social a los ocupantes sin título. Se equiparaba la situación del “inquiokupa” con la de aquel que se introduce sin título en inmueble ajeno. Tal precepto (art. 5.3) ha sido declarado inconstitucional por la STC 16/2021 de 28 de enero porque afectaba al contenido esencial del derecho de propiedad reconocido en el art. 33 de la Constitución, y se vulneraba el límite contenido en el art. 86 de la CE relativo a los contenidos de los decretos leyes. Aparece también en el ámbito de la legislación catalana por primera vez la figura del gran tenedor en el art. 5.9 Ley 24/2015²⁴ mezclando personas físicas y jurídicas con entidades financieras, fondos de inversión, la SAREB y filiales inmobiliarias de las entidades financieras.

17. No obstante, la Ley 1/2022, de 3 de marzo, de modificación de la Ley 18/2007, la Ley 24/2017 y la Ley 4/2016 para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda recoge la obligación del propietario gran tenedor de realizar una propuesta de alquiler social antes de interponer una demanda judicial con relación a cualquier acción ejecutiva derivada de la reclamación de una deuda hipotecaria y otras demandas de desahucio por vencimiento de la duración máxima del título que legitima la ocupación o por la falta de dicho título en determinadas circunstancias. *Por lo tanto, el propietario tiene que ofrecer alquiler social al ocupante ilegal.* Algo demencial que consuma la equiparación jurídica del inquilino con la del ocupante ilegal. Esta norma está recurrida ante el Tribunal Constitucional²⁵.

18. Por el contrario, el Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 se refirió inicialmente a la suspensión de desahucios de inquilinos quienes podían plantear un incidente de suspensión extraordinaria del desahucio o lanzamiento ante el juzgado por encontrarse en una situación

de la unidad familiar, si están por debajo del 0,89 del indicador de renta de suficiencia (IRSC), o el 12% de los ingresos ponderados de la unidad familiar, si están por debajo del 0,95 del Indicador de renta de suficiencia (IRSC), o el 18% de los ingresos ponderados de la unidad familiar, si son iguales o superiores al 0,95 del IRSC.

b) Debe ofrecer preferentemente la vivienda afectada por el procedimiento o, alternativamente, una vivienda ubicada dentro del mismo término municipal, salvo que se disponga de un informe de los servicios sociales municipales acreditativo de que el traslado a otro término municipal no afectará negativamente a la situación de riesgo de exclusión residencial de la unidad familiar.

²⁴ *A efectos de la presente ley, se entiende que son grandes tenedores de viviendas:*

a) Las entidades financieras, las filiales inmobiliarias de estas entidades, los fondos de inversión y las entidades de gestión de activos, incluidos los procedentes de la reestructuración bancaria, de acuerdo con la legislación mercantil.

b) Las personas jurídicas que, por sí solas o a través de un grupo de empresas, sean titulares de más de diez viviendas ubicadas en territorio del Estado, con las siguientes excepciones:

1.º Los promotores sociales a los que se refieren las letras a y b del artículo 51.2 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda.

2.º Las personas jurídicas que tengan más de un 15% de la superficie habitable de la propiedad calificado como viviendas de protección oficial destinadas a alquiler.

3.º Las entidades privadas sin ánimo de lucro que proveen de vivienda a personas y familias en situación de vulnerabilidad residencial.

c) Los fondos de capital riesgo y de titulización de activos.

d) Las personas físicas que sean propietarias de más de quince viviendas, o copropietarias si su cuota de participación en la comunidad representa más de 1.500 metros cuadrados de suelo destinado a vivienda, con referencia en ambos casos a viviendas situadas en territorio del Estado, con las mismas excepciones que establecen para las personas jurídicas los puntos 1.º y 2.º de la letra b).

²⁵ El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 30 de junio de 2022, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 3955-2022, promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, contra la Ley del Parlamento de Cataluña 1/2022, de 3 de marzo, de modificación de la Ley 18/2007, la Ley 24/2015 y la Ley 4/2016, para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y, subsidiariamente, contra los artículos 1.1, 1.3, 7, 8, 9.2, 10, 11, 12 y disposición transitoria de la Ley 1/2022.

de vulnerabilidad económica que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva, según los parámetros previstos en su art. 5 RDL 11/2020.

19. Sin embargo, el Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes modificó el RDL 11/2020 introduciendo el art. 1 bis de forma que la suspensión de desalojo se extendía también a los ocupantes ilegales en tanto se paralizaban las acciones ejercitadas con base en el art. 250.1.7 LEC. El juez podrá también decretar la suspensión del lanzamiento cuando el mismo derive de procesos penales y se trate de sujetos que habiten sin ningún título habilitante. Esta suspensión de lanzamientos se ha prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2023²⁶. El propietario debe ser un gran tenedor²⁷, concepto que entra en la legislación estatal importado de la regulación catalana. Baste resaltar que en esta regulación por primera vez se equipara la posición jurídica del inquilino con la del okupa a los efectos de la suspensión de desahucios. Si bien, preciso aclarar que se acotaron los ocupantes ilegales a aquellos que tenían la consideración de persona dependiente de conformidad con lo dispuesto en el apartado dos del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctima de violencia sobre la mujer o tener a su cargo, conviviendo en la misma vivienda, alguna persona dependiente o menor de edad.

20. La Disposición final primera del RDL 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, modifica el art. 1 bis. 7 del RDL 11/2020, excepcionando la suspensión del desahucio: “*Cuando la entrada o permanencia en el inmueble se haya producido mediando intimidación o violencia sobre las personas*”. Si la okupación se ha realizado sin violencia o intimidación, entonces el ocupante no puede ser desalojado, siempre, por supuesto que se encuentre en situación de vulnerabilidad según los parámetros que regula la norma.

21. Con esta regulación dictada en plena pandemia el legislador estatal comienza a adentrarse en un terreno peligroso, normalizando una situación que luego implantará en la recientemente aprobada Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. Se implantan a nivel estatal medidas que inicialmente se introdujeron en la legislación catalana, a sabiendas del fracaso de las mismas en las que se equipara el régimen jurídico del a ocupación ilegal con el de la denominada “inquiokupación”. Se equiparan situaciones que son diferentes y se generan peligrosos incentivos a la ocupación ilegal. Ello solo puede explicarse por la necesidad de recabar apoyos que ha tenido un Gobierno en minoría.

III. Los datos de la okupación de inmuebles

22. La primera dificultad que nos encontramos a la hora de evaluar los datos de okupación de inmuebles en España es la ausencia de estadísticas oficiales. Es común además que no haya denuncia del delito en cuestión y que se resuelva por vía extrajudicial a través de agencias dedicadas a resolver a desalojar al okupa por medios muchas veces poco ortodoxos. Que suceda esto no es sino una muestra fracaso del propio sistema jurídico del que el propietario desconfía por considerarlo lento e ineficiente.

²⁶ El Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (“Real Decreto-ley 5/2023”) prorroga hasta el 31 de diciembre de 2023 la suspensión de los procedimientos de desahucio y de lanzamiento:

- por impago de alquiler para hogares vulnerables sin alternativa habitacional sujetos a la LAU de 1994; y
- para quienes habiten sin título una vivienda que sean víctimas de violencia de género, dependientes o con dependientes o menores a su cargo, y se encuentren en situación de vulnerabilidad, siempre que la vivienda pertenezca a personas físicas o jurídicas titulares de más de diez viviendas.

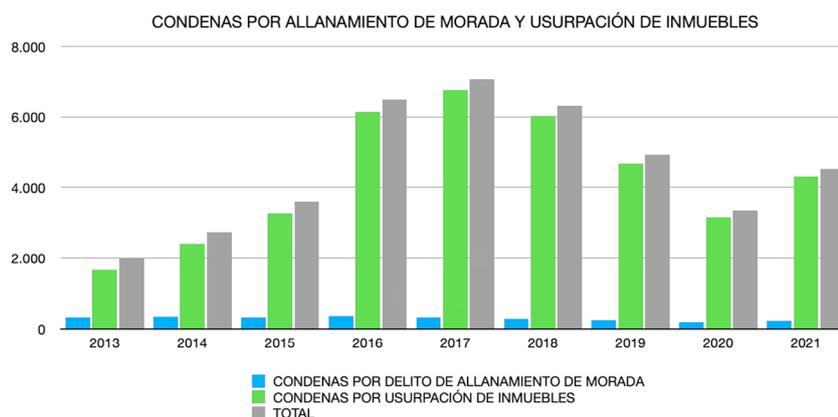
²⁷ Personas jurídicas o físicas titulares de más de diez viviendas (art. 1 bis RDL 11/2020).

23. El problema se ha politizado y hay una premeditada desinformación al respecto. Los partidos de izquierdas minimizan el problema llegando a decir que es una estrategia comercial de las empresas de seguridad y los de derechas lo resaltan²⁸. Lo cierto es que no me parece relevante el número de casos, sino la posición jurídica en la que se encuentra el propietario que se ve afectado por este problema. Con todo y con eso, lo cierto es que, según datos del Ministerio del Interior, las denuncias por ocupación de inmuebles han crecido un 62,67% en cinco años²⁹.

No creo que se deba valorar la entidad del problema de la ocupación ilegal comparando el número de ocupaciones respecto del número total de viviendas³⁰ para concluir que no es un problema importante. También -afortunadamente- el porcentaje es bajo si comparamos homicidas con el número de ciudadanos. Ello no es determinante de la magnitud del problema.

Si tenemos en cuenta los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística (INE) respecto de condenas penales por allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles³¹, comprobamos que sí ha habido un incremento ostensible de ocupaciones ilegales en los últimos años:

Año	Condenas por delito de allanamiento de morada	Condenas por usurpación de inmuebles	Total
2013	315	1.669	1.984
2014	339	2.402	2.741
2015	318	3.278	3.596
2016	357	6.132	6.489
2017	327	6.757	7.084
2018	285	6.028	6.313
2019	238	4.687	4.925
2020	185	3.157	3.342
2021	230	4.302	4.532



Ocupaciones inmuebles (incluye allanamiento de morada)	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
	2.702	3.849	6.233	7.739	10.084	10.376	9.998	10.619	12.214	14.621	14.675	17.274	16.765

Fuente: Ministerio del Interior. Secretaría de Estado de Seguridad. Sistema estadístico de criminalidad.

²⁸ <https://www.libremercado.com/2020-09-19/okupas-delitos-vecinos-y-estadisticas-o-la-distancia-que-hay-de-detroit-a-pezucla-6661185/>

²⁹ Han pasado de ser 10.619 denuncias en 2017 a 17.274 en 2021.

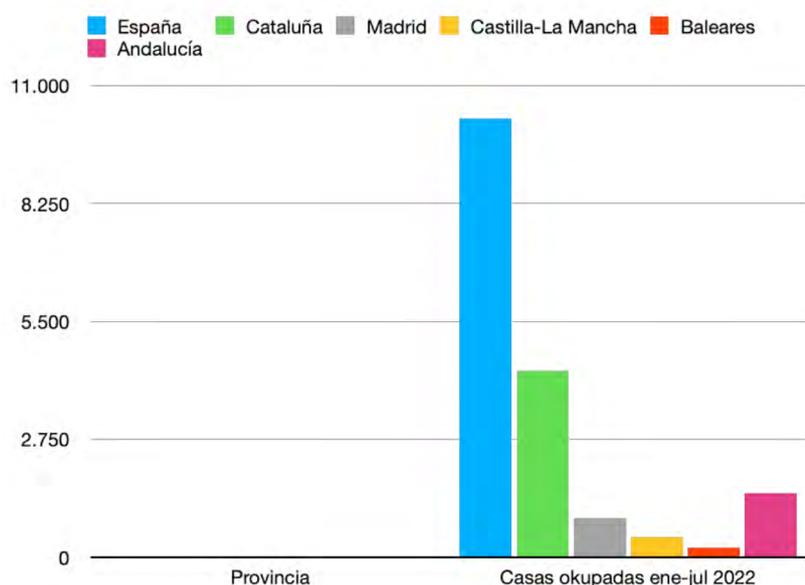
³⁰ Es frecuente este enfoque en los medios comunicación: Con un parque de viviendas de 26 millones de inmuebles, si se tiene en cuenta el número de denuncias presentadas por presuntas okupaciones ilegales de viviendas en España en 2022 (16.726) apenas equivale al 0,06% del parque de inmuebles, mientras que los juicios verbales posesorios ingresados por esta causa (2.785) representan el 0,01% del total. <https://www.newtral.es/okupacion-viviendas-espana/20230506/#> Minimiza el problema desde este discutible enfoque, C.VIADER, "La ocupación como problema legal y social". <https://www.hayderecho.com/2020/09/09/la-okupacion-como-problema-legal-y-social/> (Consultado el 3 de julio de 2023).

³¹ Aunque posteriormente con mayor detalle la tutela penal frente a la ocupación ilegal, adelanto ya que la usurpación de inmuebles afecta a inmuebles vacíos que no están habilitados como viviendas, o no constituyen morada de su titular y normalmente pertenecen a personas jurídicas, aunque también pueden serlo de particulares.

De los datos se infiere que ha habido un aumento de casos bastante ostensible y no cabe hablar de “bulo” cuando se trata de ocupación ilegal, ni de sobredimensionamiento del problema³².

24. El INE no ha publicado los datos de condenas penales correspondientes al año 2022. El Ministerio del Interior informa de denuncias presentadas por ocupación ilegal, sin distinguir entre allanamiento y usurpación de inmuebles, dado que dicha delimitación solo la puede realizar la correspondiente sentencia judicial.

25. De enero a julio de 2022 se han producido en España 10.220 ocupaciones ilegales,³³ observándose un descenso del 5,43% respecto del mismo periodo del año anterior. Resulta llamativa la diferencia entre las distintas comunidades autónomas, destacando el dato de Cataluña donde se denunciaron 4.341 ocupaciones ilegales en el primer semestre de 2022, observándose con un descenso del 6,42% respecto del mismo periodo del año anterior. Hay territorios donde prácticamente no hay denuncias por este asunto y las diferencias entre comunidades autónomas son muy llamativas, siendo Cataluña la líder en okupaciones ilegales.



Fuente: Ministerio del interior. <https://www.interior.gob.es/opencms/es/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/anuarios-y-estadisticas/estadisticas-del-ministerio-del-interior/>

26. La ocupación ilegal es un problema real que no tiene la misma magnitud en todo el territorio nacional. Como he adelantado, no hay datos fiables que reflejen con exactitud el número de viviendas ocupadas. Algunos estudios han tratado de acercarse a una cifra de personas ocupando viviendas ajenas. Unas 87.500 familias ocupan alrededor de 85.000 y 90.000 viviendas, cifra equivalente a 262.500 personas³⁴. Como he señalado, al margen de las cifras lo especialmente relevante y requiere de un abordaje jurídico global es la posición jurídica en la que se encuentra el propietario ante una ocupación ilegal, la

³² <https://www.youtube.com/watch?v=ryEj9PjL1sA> Como ya he señalado, la politización del problema hace que se tienda a minimizar cuando se representa una determinada opción política o se interviene en determinados medios de comunicación que en España no se caracterizan precisamente por la independencia.

³³ Más información [https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2023/02/07/804145-la-okupacion-desciende-en-madrid-y-en-andalucia-pero-aumenta-en-valencia-y#:~:text=La%20okupaci3n%20baja%20en%20Madrid,sube%20en%20Valencia%20y%20Extremadura&text=La%20okupaci3n%20se%20ha%20convertido,%27movid3s%27%20en%20este%20sentido.\(Consultado el 10 de julio de2023\).](https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2023/02/07/804145-la-okupacion-desciende-en-madrid-y-en-andalucia-pero-aumenta-en-valencia-y#:~:text=La%20okupaci3n%20baja%20en%20Madrid,sube%20en%20Valencia%20y%20Extremadura&text=La%20okupaci3n%20se%20ha%20convertido,%27movid3s%27%20en%20este%20sentido.(Consultado el 10 de julio de2023).)

³⁴ INSTITUT CERDÀ, “La ocupación ilegal: realidad social, urbana y económica. Un problema que necesita solución”, 2017. El Institut Cerdà es una fundación privada independiente que se dedica a asesorar y acompañar a los agentes y organizaciones públicas y privadas en la toma de decisiones estratégicas.

situación de indefensión y el largo proceso al que se enfrenta. Aunque solo fueran 10 los propietarios afectados, no es tolerable que tengan que seguir haciéndose cargo de los costes del inmueble (que oscila entre 3.500 y 30.000 euros), asumir una pérdida de valor entre el 40 y el 60%, responder civilmente de los daños que cause la falta de reparación de la vivienda que como propietario le corresponde. A ello hay que sumar los daños colaterales que se genera a las comunidades de propietarios. Los okupas no son muy respetuosos con los elementos comunes de los edificios ni tienen por costumbre respetar el reglamento de régimen interno³⁵. Molestan y ponen en peligro la seguridad del inmueble mediante conexiones fraudulentas a fuentes de suministros.

27. Además, la ocupación ilegal ha generado un “mercado” paralelo nada desdeñable. No sólo se ha incrementado el negocio de las empresas de alarmas (en un 35% en los últimos cinco años)³⁶ y de seguridad y de las compañías de seguros que han introducido esta cobertura en sus contratos³⁷, sino que, como ya he adelantado han proliferado las empresas dedicadas a las “desocupación”³⁸, es decir, a expulsar al ocupante de la vivienda evitando los cauces legales ordinarios. El afectado se “autotutela” ante el fracaso de los mecanismos legales. El servicio que ofrecen es formalmente la mediación entre el propietario y el ocupante. Destaca la “presión” que ejercen estas empresas al okupa mediante el control de accesos impidiendo la entrada a cualquier individuo que abandone el domicilio³⁹, con la idea de que el ocupante ilegal no estará muy interesado en llamar a la policía para denunciar estas presiones. Nada que reprochar si su tarea fuera meramente mediadora sin coacción ni intimidación ni amenazas⁴⁰. Sus tarifas rondan los 2.500-3.000 euros y si han emergido es precisamente por los fallos regulatorios.

28. A día de hoy no existe ninguna sentencia que condene la actividad de estas empresas, pues es lícito el establecimiento de controles de accesos a petición del que es verdadero propietario del inmueble. De ahí que se haya considerado que tanto las empresas de seguridad como las dedicadas a la mediación y desalojo de los ocupantes ilegales están amparadas en principio por el artículo 20.7 del Código Penal que establece que están exentos de responsabilidad criminal “el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”⁴¹.

29. Pero lo peor no es que esta actuación ilegal y la impunidad con la que actúan sus autores ha sido el caldo de cultivo de auténticas “*mafias de la okupación*”⁴², se trata de una “okupación profesional” configurada como negocio lucrativo, dotada de una logística compleja y encuadrada en el ámbito de la delincuencia organizada⁴³. Personas que buscan en el Registro de la propiedad los activos de bancos o fondos

³⁵ Se hace eco de estos efectos colaterales, SIMÓN MORENO, H., “La ocupación de viviendas sin título habilitante y los derechos humanos en conflicto”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 786, p. 2164.

³⁶ https://www.escudodigital.com/vigilancia/crece-demanda-alarmas-en-hogares-mas-35-en-ultimos-5-anos_50747_102.html

³⁷ <https://www.eleconomista.es/vivienda-inmobiliario/noticias/12347859/06/23/panico-a-la-okupacion-el-negocio-de-seguros-y-alarmas-se-dispara-tras-la-ley-de-vivienda.html>

³⁸ Sin ánimo de hacer publicidad, es llamativa la proliferación de este tipo de empresas. Una simple búsqueda en internet arroja multitud de resultados: *Bastiondesokupacion*, *Desokupaexpres*, “*Fuera okupas*”, *desokupa*...

³⁹ El control de acceso está previsto en el art. 32.be de la Ley5/2014, de Seguridad Privada. Tal precepto faculta a los vigilantes de seguridad privada a “efectuar controles de identidad, de objetos personales, paquetería, mercancías o vehículos, incluido el interior de éstos, en el acceso o en el interior de inmuebles o propiedades donde presten servicio, sin que, en ningún caso, puedan retener la documentación personal, pero sí impedir el acceso a dichos inmuebles o propiedades. La negativa a exhibir la identificación o a permitir el control de los objetos personales, de paquetería, mercancía o del vehículo facultará para impedir a los particulares el acceso o para ordenarles el abandono del inmueble o propiedad objeto de su protección”.

⁴⁰ Llamativo el título del reportaje realizado por RTVE sobre este tema: “O pagas o cobras” emitido el 11 de noviembre de 2016. J.BARJA DE QUIROGA LÓPEZ, *Ocupación ilegal de viviendas paso a paso. Procedimientos para recuperar la posesión*, Colex, La Coruña, 2020, p. 103, reconoce que estas compañías no son ilegales pero rozan la ilegalidad pues el control de accesos debe hacerse por personas autorizadas para ello y además en esa forma de intimidar de advertir o amenazar a los okupas con que si salen de la vivienda ya no pueden volver a entrar podría considerarse un delito de amenazas o coacciones.

⁴¹ J.MOZAS PILLADO, *Ocupantes ilegales de inmuebles. Una. Perspectiva penal y criminológica. Especial referencia al desalojo policial*. Ed. Atelier, Barcelona, 2021, p. 353.

⁴² <https://www.interior.gob.es/opencms/es/detalle/articulo/Desarticulado-un-grupo-criminal-que-gestionaba-la-okupacion-mafiosa-de-una-urbanizacion-en-Madrid/> (Consultado el 10 de julio de 2023).

⁴³ Término utilizado por A.LAFUENTE TORRALBA, *op. cit.* P. 117.

de inversión y cuando los localizan, la ofertan a terceros a quienes cobran por abrirles la puerta. Una vez dentro la responsabilidad es del okupa. Es decir, han proliferado las mafias que buscan casas para okupar y lo hacen a cambio de un precio. El negocio es tan apetitoso que los propios okupas utilizaban a menores para declararse vulnerables evitando el desalojo y luego alquilando a terceros esa vivienda okupada⁴⁴ y ofreciendo luego sus servicios al propietario para desalojar a los okupas que previamente ellos habían introducido.

30. Otra opción de negocio son las empresas que facilitan a los titulares de inmuebles el contacto con un tercero que se compromete a ocupar la vivienda para así evitar que sea ocupada. Estos terceros se denominan guardianes y lejos de pagar algo por vivir y habitar en el inmueble se limitan a cubrir los gastos que el inmueble genera y que varían en función de las circunstancias. Se introduce así incluso un modo de vida y acceso a la vivienda que beneficia dice a empresas y particulares⁴⁵. El propietario contrata un ocupante que aparente ser okupa y evite una okupación real. Impresionante...

31. Y todo esto aderezado por un “manual de instrucciones para la okupación⁴⁶” que circula por internet, que incorpora tutoriales donde se recogen todos los consejos que necesitan los okupas para escaparse por los resquicios de la ley y quedar impunes.

32. En suma, nos encontramos ante un problema complejo que requiere intervención urgente porque se está imponiendo la “ley de la selva”. Minimizarlo supone admitir una flagrante e injustificada lesión al derecho de propiedad, un insulto al propio Estado de derecho que puede tener efectos económicos colaterales indeseables. Poca inversión puede atraer un país cuyo sistema jurídico tolera ataques de esta naturaleza. Y por la importancia y trascendencia del ataque, la clave no es el número de casos, sino que se produzcan casos y se vea un propietario expropiado del uso sin justiprecio. Pero lo malo no es solo que haya okupaciones, sino que sea la propia legislación la que las incentive y las estimule. Esto es lo que me propongo denunciar en el presente trabajo junto con propuestas de reforma de nuestro sistema vigente.

III. Defensa del propietario frente a la okupación

1. La tutela penal frente a la okupación de inmuebles

A) La tipificación penal: allanamiento de morada y usurpación de inmuebles

33. Al margen de la reprochabilidad de la conducta del ocupante, para el propietario o poseedor legítimo lo decisivo para tutelar su derecho es que se produzca con celeridad el desalojo. Veremos que esta es la clave del problema que no se resuelve de forma adecuada en nuestro Derecho. Es más, incluso la recientemente aprobada Ley 12/2023, de 24 de mayo por el derecho a la vivienda que posteriormente analizaré con detenimiento señala en su Exposición de motivos que uno de sus objetivos es impedir “*los desalojos forzosos arbitrarios y que se centren en las necesidades de las personas sin hogar erradicando el fenómeno del sinhogarismo (...)*”. Si el desalojo es forzoso por ordenarlo el juez no parece que se pueda hacer depender de las condiciones particulares del desalojado. Sin embargo, veremos que no es esto precisamente lo que sucede en la práctica. Por mucha condena penal que haya, si el propietario o poseedor legítimo tarda en recuperar la vivienda, no se estarán protegiendo de forma adecuada sus intereses⁴⁷.

⁴⁴ https://www.hispanidad.com/sociedad/mafias-okupacion-cobran-miles-euros-fondos-por-desalojar-viviendas-ellos-mismos-okupan_12040280_102.html (Consultado el 10 de julio de 2023).

⁴⁵ Ejemplo de ello es la empresa “Ideal Guardian” <https://www.europapress.es/economia/construccion-y-vivienda-00342/noticia-ideal-guardian-aspira-dar-hogar-5000-personas-primer-ano-espana-20210224170944.html>

⁴⁶ <https://www.desokupaexpres.com/noticias-okupas/el-manual-de-okupacion-la-guia-para-okupar/>

⁴⁷ En este sentido, V.MAGRO SERVET, “Análisis práctico y sistemático de los aspectos relevantes de la nueva Ley de vivienda 12/2023, de 24 de mayo”, Diario la Ley nº 10295, 26 de mayo de 2023.

34. Si bien toda perturbación de la posesión tiene tutela civil, por virtud del principio de intervención mínima del Derecho penal, para que la privación posesoria tenga la consideración del tipo penal de usurpación de inmuebles se requieren una serie de requisitos adicionales que dotan de especial gravedad a la actuación. Desde el punto de vista de la tutela penal frente a la okupación, es preciso delimitar los supuestos en función del bien que se okupa.

35. *Si lo que se ocupa es una vivienda que constituye residencia del titular (ya sea primera o segunda), nos encontramos ante un delito de allanamiento de morada regulado en el art. 202 del Código Penal que prevé que se castigará con la pena de prisión de seis meses a dos años al particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador. Si el hecho se ejecutara con violencia o intimidación, la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses.*

36. El concepto de morada es más amplio que el de residencia habitual, abarcando las segundas residencias: lo relevante es que el inmueble esté con todos los servicios adecuados para servir de residencia a su propietario. No cabe considerar morada solo el inmueble en el que el propietario se encuentra empadronado. También es morada el inmueble que se utiliza de forma esporádica, o transitoria. Así lo ha declarado la jurisprudencia de la sala segunda del Tribunal Supremo⁴⁸. El bien jurídico protegido en el allanamiento de morada es la intimidad y el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio regulado en el art. 18 de la Constitución. No se protege ni la posesión ni la propiedad. El allanamiento de morada es un delito menos grave, aspecto que hay que destacar para analizar posteriormente las medidas cautelares. Hay que destacar que se trata de un juicio por jurado, lo cual es sorprendente dada la naturaleza del tipo penal. Ello dificulta y ralentiza todavía más la solución del conflicto.

37. Si el bien inmueble es titularidad de una persona jurídica y es su domicilio, despacho profesional u oficina o establecimiento abierto al público, es un delito tipificado en el artículo 203 CP.

1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a diez meses el que entrare contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura.
2. Será castigado con la pena de multa de uno a tres meses el que se mantuviere contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.
3. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, el que con violencia o intimidación entrare o se mantuviere contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.

38. *Si el inmueble que se ocupa no es morada nos encontramos ante el delito de usurpación de inmuebles tipificado en el art. 245.2 del Código Penal (CP), según el cual “El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de 3 a 6 meses”.*

39. El bien jurídico protegido es “la posesión del titular dominical como derecho exclusivo a ejercer sobre el inmueble, si bien la posesión⁴⁹ entendida como el *ius possidendi*, el derecho a poseer

⁴⁸ Sentencia del TS (Sala 2ª) 1775/2000 de 17 noviembre 2000, Rec. 1458/1999 (RJ 2000\8941). Sentencia 587/2020 de 6 noviembre 2020, Rec. 10126/2020 (Id. Cendoj: 28079120012020100584).

⁴⁹ Auto Núm. 83/2020, de 14 de febrero, de la Audiencia Provincial de Tarragona (Secc. 2ª).

derivada de un título que lo legitima. La mera tenencia (art. 446 CC) o *ius possessionis* concede tutela civil (antiguos interdictos, art. 250.17 LEC), pero no penal⁵⁰. Se trata de un delito leve.

40. El art. 245.1 CP regula el tipo agravado cuando el ocupante actúa con violencia o intimidación: *“Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, la pena de prisión de uno a dos años, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado”*.

41. El Tribunal Supremo (sala de lo penal) ha unificado doctrina respecto del delito de ocupación de inmuebles en la sentencia 800/2014, de 12 de noviembre exigiendo los siguientes requisitos que delimitan la ocupación sin violencia de un ilícito meramente civil:

- 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 pueda ser calificada penalmente como ocupación, ya que la interpretación de la acción típica debe realizarse desde la perspectiva del bien jurídico protegido y del principio de proporcionalidad que informa el sistema penal (art. 49 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 ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización, unido a la voluntad de afectar al bien jurídico tutelado por el delito, es decir la efectiva perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada”.

42. Como se puede comprobar, la ley no distingue a la hora de tipificar la conducta del causante respecto de la condición de persona física o jurídica del poseedor legítimo. *“El bien jurídico protegido por el delito de usurpación -la posesión del patrimonio inmobiliario- se ve afectado con la conducta de la ocupación ilícita aun siendo el titular de la finca un organismo como la SAREB, pues dentro de su derecho se encuentra la plena disposición de la vivienda con la finalidad de compra, para lo cual es evidente que precisa estar libre de ocupantes”*⁵¹. Por lo tanto, no procede restringir la aplicación del tipo penal sólo por el hecho de que la posesión está protegida civilmente y con base en el principio de intervención mínima del Derecho penal⁵², pues este principio no puede violentar el de legalidad. Excluir

⁵⁰ Auto Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 6ª), Núm. 234/2020, de 9 de abril.

⁵¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección vigesimotercera de 9 de enero de 2017.

⁵² Así lo hace el Auto de la AP Barcelona Núm. 234/2020, de 9 de abril cuando hace una interpretación muy restrictiva del tipo penal cuando es una persona jurídica la denunciante: *“El Código Penal no puede estar al servicio de exclusivos intereses recuperatorios de la posesión material de la cosa cuando el poseedor civil se ha despreocupado durante un largo periodo de tiempo del ejercicio de su derecho, sin perjuicio, obviamente, de las facultades de exclusión y de recuperación posesoria que le ofrecen el Código civil y las leyes procesales”*. Por su parte, J. PICÓ I JUNOY, *“La usurpación de bienes inmuebles. Problemática del tratamiento penal como delito leve” en Pablo Izquierdo Blanco y Joan Picó i Junoy (Dir.). “El juicio verbal desahucio y desalojo de viviendas okupada” 2ª ed. Bosch, p. 327*. Lo llamativo es la justificación que da: *“el delito de usurpación de inmueble aparece relacionado con la necesidad de vivienda de los ciudadanos, que tiene reconocimiento constitucional como principio rector de la política social y económica en el artículo 47 de la Constitución, el precepto que establece la obligación*

a las personas jurídicas afectadas por la ocupación de la vía penal por falta de ejercicio efectivo de su derecho implica llevarlas a la vía civil y aplicar, como veremos, normas limitativas para el desalojo de inmuebles para los casos de grandes tenedores.

No tendrán relevancia penal aquellas ocupaciones que no tengan vocación de permanencia o casos en los que el inmueble se encuentre abandonado y no quepa presumir que tiene un poseedor legítimo. Con todo, la ausencia de voluntad contraria no debe implicar consentimiento y convertir en atípica la conducta, ni tampoco se puede afirmar que no hay oposición porque el poseedor legítimo desconocía la ocupación. Esto último se ha alegado para negar tipicidad penal a ocupaciones de inmuebles de grandes tenedores (bancos, fondos de inversión). Lo razonable y conforme al sentido común es que cuando se irrumpen en un inmueble cerrado forzando cerraduras se debe presumir que es sin autorización del poseedor legítimo. Mantener lo contrario no es sino otra argucia legal para justificar la permanencia en el inmueble de los ocupantes ilegales⁵³. El precepto no exige que el propietario tenga que hacer un requerimiento formal⁵⁴.

B) La recuperación del inmueble por la vía penal

a) Vía judicial: la medida cautelar de desalojo

43. Al margen del tipo penal, insisto en que el verdadero interés del propietario reside en lograr un efectivo y rápido desalojo del ocupante ¿Qué dificultades hay para lograr el desalojo cuando el propietario inicia la vía penal? Lo razonable es que la restitución de la posesión se produzca como consecuencia de una medida cautelar, sin que el denunciante deba esperar a la condena penal que puede tardar unos 8 meses⁵⁵. Si no se acuerda una medida cautelar, el ocupante disfruta de la posesión del inmueble hasta la sentencia. Si es absolutoria, entonces el propietario debe iniciar la vía civil para desalojar al ocupante, sumando unos 18 meses más la espera. Por ello, es más recomendable en este caso ir por la vía civil. Sin embargo, como veremos en esa vía la posibilidad del ocupante de evitar el desalojo cuando el propietario es gran tenedor es mucho mayor.

44. Este es el fallo regulatorio que incentiva la ocupación. La larga espera para conseguir el desalojo, que es aprovechada impunemente por el ocupante.

45. En caso de usurpación de inmuebles (art. 245.2 CP) al tener la consideración de delito leve, no es posible la adopción de medidas cautelares penales, sino la del señalamiento del juicio leve⁵⁶ como

de los poderes públicos 12 de promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho de aquellos a una vivienda digna y adecuada (...). El ámbito para satisfacer la necesidad social de vivienda por la escasez de la misma debido a su elevado coste debería ser el de las políticas sociales que por imperativo constitucional deben promover los poderes públicos y no acudir a la vía penal con la simple formulación de una denuncia para acabar con la desposesión que perjudica al propietario”. Es decir, el argumento es que no se le debe poner fácil al propietario desahuciar porque se ve involucrado el derecho a la vivienda. Planteamiento, a mi juicio, insostenible que ha alimentado la legislación catalana en esta materia y la Ley 12/23 por el derecho a la vivienda.

⁵³ Sorprendente la afirmación de la magistrada S. NOGUERAS CAPILLAS, “La usurpación de inmuebles. Problemática del tratamiento penal como delito leve”, en Izquierdo Blanco, P., y Pico i Junoy (Dir.), *El juicio verbal de desahucio y el desalojo de viviendas okupadas*, Ed, Bosch, 2018, p. 328, cuando pone como ejemplo de falta de oposición explícita o tácita por parte del propietario en la ocupación del inmueble de su titularidad cuando tolere la ocupación, aun cuando fuere por la dificultad de hacer frente al desalojo por cualquier otro tipo de motivos. Me parece increíble que se interprete como tolerancia del dueño la dificultad de desalojo por parte del propietario. No han faltado sentencias que exigen esa oposición expresa y formal del poseedor legítimo como requisito del tipo penal: Sentencia de la AP Barcelona (Sección 9ª) 114/2019, de 20 de febrero, Valladolid (Sección 4ª, 254/2014, de 3 de junio).

⁵⁴ J.L. MANZANARES SAMANIEGO, “La llamada usurpación pacífica: artículo 245.2 del Código Penal”, *Actualidad penal*, nº 40, 1997, p. 912. Así lo han entendido algunas resoluciones judiciales: Sentencia de la AP Alicante (Sección 1ª) 504/2018, de 20 de diciembre de 2018 (Núm. Cendoj: 03014370012018100353).

⁵⁵ V.MAGRO SERVET, “¿Delito de ocupación (art. 2452 CP) o allanamiento de morada (art. 202 CP)? ¿Medidas civiles o medidas cautelares penales de expulsión?” *Diario La Ley*, nº 9680, 23 de julio de 2020.

⁵⁶ El artículo 13 CP clasifica las infracciones penales como delitos graves, menos graves y leves, dependiendo de la pena señalada a la infracción penal. El artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento criminal al que remite el art. 13 LECrim prevé

establece el artículo 963 Ley de enjuiciamiento criminal (LECRIM). Por esta razón, el juez de instrucción puede no acordar el desalojo de los ocupantes como medida cautelar de justicia restaurativa antes del juicio a través del artículo 13 LECRIM (diligencias de prevención). Por tanto, un error grave es haber degradado el delito de usurpación de inmueble de delito menos grave a delito leve tras la reforma del Código Penal operada en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo durante el gobierno del Partido Popular. El delito de ocupación sin violencia tiene una pena de multa de tres a seis meses. Contrasta con la regulación en otros países como Italia en los que la pena de dos años de prisión y multa⁵⁷.

46. Si, como veremos, la tendencia a nivel europeo es a aumentar la sanción penal, en España vamos en la dirección contraria. Sin embargo, insisto que para el propietario lo relevante es la rapidez del desalojo. El problema es que en España la adopción de medidas cautelares depende de la gravedad de la pena y no es posible que se decreten en caso de delitos leves. El propietario debe esperar al fallo condenatorio y la firmeza de la sentencia y eso puede llevar hasta dos años. Como se puede apreciar, hay un claro problema de regulación.

47. La consideración como delito leve también afecta a la prescripción reduciéndose el plazo de cinco años asignado a delitos menos graves a un año para delitos leves (art. 131.1 CP). Aprobada la reforma se archivaron muchos procedimientos de ocupación ilegal que estaban en tramitación mandando a los propietarios a la vía civil.

48. Para evitar este despropósito y que el retraso en la Administración de justicia no se convierta en cómplice del ocupante se han propuesto⁵⁸ varias soluciones:

- 1^a La adopción de medidas cautelares en la situación actual con la redacción del art. 245.2 CP
- 2^a Una modificación de la LECRIM que adicione un nuevo art. 544 sexies que señalara lo siguiente *“En los casos en los que se investigue un delito del art. 245 del Código el Juez o Tribunal, adoptará motivadamente la medida del lanzamiento en el plazo máximo de 72 horas desde la petición cautelar; en tanto en cuanto, una vez requeridos los ocupantes del inmueble, no exhiban el título posesorio por el que están ocupando el inmueble. Antes de efectuar el lanzamiento podrán dar cuenta a los servicios sociales municipales a los efectos de facilitar el realojamiento en el caso de que por las circunstancias del caso así se apreciare”*.

Ello daría una herramienta legal al letrado del propietario del inmueble ocupado para que se pueda proceder a la petición de una medida cautelar urgente, una vez se haya detectado la ocupación ilícita de la vivienda.

- 3^a Que el delito de ocupación de inmuebles pase a ser un delito menos grave pudiéndose incoar diligencias previas con petición de medida cautelar por la vía del art. 13 LECRIM.

49. Como se puede comprobar, nada es casual. Hay un fallo regulatorio que incentiva la ocupación. El okupa sabe que le van a echar, pero lo importante es cuándo. La ley ya le regala dos años evitando el desalojo rápido. Ante esta injusticia y este incentivo negativo, muchos juzgados consideran que también se puede pedir una medida cautelar de desalojo en caso de delito de usurpación de inmuebles. De hecho, en la Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre de la Fiscalía General del Estado sobre los

en su apartado primero relativo a las medidas cautelares que en los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal el juez o tribunal podrá de forma motivada cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio o municipio provincia o entrada entidad local o Comunidad Autónoma.

⁵⁷ El 31 de diciembre de 2022 entró en vigor en Italia la Ley n° 199, de 30 de diciembre de 2022, por la que se convierte en ley, con modificaciones, el Decreto Ley n° 162, de 31 de octubre de 2022, relativo, entre otros asuntos varios, a un aumento de las sanciones penales contra los ocupantes ilegales.

⁵⁸ V.MAGRO SERVET, “¿Delito de ocupación (art. 2452 CP) o allanamiento...? *op.cit.* p. 5.

criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles se defiende esta posibilidad, haciendo suya la práctica de muchos tribunales⁵⁹. Señala de forma expresa que “*se tratará en último término de impedir que los hechos ilícitos efectos derivados de la acción se prolonguen en el tiempo como consecuencia de la naturaleza permanente de los delitos de allanamiento y usurpación con los consiguientes perjuicios para la víctima derivados del vaciamiento del contenido de su derecho y de la necesidad de seguir haciendo frente a ciertas cargas derivados de la titularidad del bien y el progresivo deterioro del mismo consecuencia del uso que del uso ilícito que los ocupantes realizan*”. Por supuesto, se requiere la concurrencia de los requisitos de las medidas cautelares (*fumus boni iuris* y de *periculum in mora*), pero añade otra serie de requisitos que reducen su ámbito de aplicación a la usurpación de inmuebles.

50. En la Instrucción 1/2020 se realiza una restricción subjetiva, a mi juicio, bastante cuestionable, basándose en la condición de la víctima. Se decretará la medida cautelar de desalojo cuando se trata de delito de usurpación de inmuebles pacífica tiene lugar cuando el sujeto pasivo sea una persona física o persona jurídica de naturaleza pública o una entidad sin ánimo de lucro de utilidad pública siempre que se constató que la concreta usurpación además de lesionar el *ius possidendi* (*derecho a poseer aunque la tenencia esté en manos de otro*) de la víctima pudiera producir una grave quiebra del *ius possessionis* (tenencia material y concreta sobre el bien ocupado). Si la vivienda está deshabitada cabrá fundar en otras razones la pertinencia de la medida cautelar. Resulta llamativo que sea una Instrucción y no una norma legal contenida en la LECRIM la que establezca esta restricción a la obtención del desalojo cautelar. Con todo, las personas jurídicas (bancos, fondos de inversión) podrán solicitar la medida cautelar, aunque el Ministerio fiscal no la pida. El juez puede decretarla a pesar de esta Instrucción que no vincula al juez. Pero obsérvese que es la Instrucción la que favorece que se ocupen inmuebles de personas jurídico privadas al mantener esta doctrina.

51. El desalojo es más sencillo de obtener cuando el delito cometido es el de allanamiento de morada puesto que, al tratarse de delito menos grave, es posible la adopción de la medida cautelar con base en el art. 13 LECrim. Presentada la denuncia ante comisaría o Guardia Civil, o ante el juzgado de instrucción, el juez puede adoptar una medida cautelar urgente para que se requiera por parte de las Fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado a los ocupantes ilegales mediante la exhibición del título en virtud del cual se ocupa el inmueble y que en 72 horas se pueda proceder a la ejecución de la medida cautelar adoptada por el juez para la recuperación del inmueble ante la consideración de morada del mismo⁶⁰.

52. La Instrucción del Fiscal Superior de las Islas Baleares de 10 de junio de 2019⁶¹ resume las distintas hipótesis que se pueden dar para decretar el desalojo inmediato en los distintos tipos penales:

- Si se trata de una ocupación ilegal de viviendas ocupadas por su titular estamos ante delito menos grave de allanamiento de morada flagrante (art. 202.1 CP) que se agrava si se realiza

⁵⁹ Autos de la Audiencia Provincial de Valencia sección quinta de 5 de julio y 13 de septiembre de 2019 y de la Audiencia provincial de Barcelona sección novena de 27 de diciembre del 2019. Señala esta última resolución que “el libro sexto de la Ley de Enjuiciamiento criminal que es donde se encuentra la regulación del proceso por delito leve no establece de manera expresa que se practiquen diligencias de investigación ello no significa que no puedan realizar. La falta de previsión expresa no comporta que en el proceso por delito de leve no deban practicarse diligencias necesarias para la celebración del juicio (...). En cualquier caso, es habitual la práctica de dichas diligencias y ello es lógico. Pues lo contrario llevaría a una incomprensible impunidad en algunos casos y a la vulneración del derecho de la víctima y del Ministerio fiscal a la tutela judicial efectiva. <https://www.fiscal.es/documents/20142/f77d1578-8567-bbdf-a0dd-c885a892cf39> (Consultado el 8 de julio de 2023).

⁶⁰ Así se recordaba en el Decreto del Fiscal Jefe de la Fiscalía Provincial de Valencia, José Francisco Ortiz Navarro de 20 de agosto de 2020, destaca que en caso de allanamiento de morada “*se procederá el desalojo inmediato de la vivienda por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. A tal efecto las/os Sras./es Fiscales instarán la adopción inmediata, como medida cautelar, del desalojo inmediato y la restitución de la posesión con carácter cautelar al morador por cuanto al tratarse de un delito menos grave y afectar de forma clara y directa a un derecho fundamental (invulnerabilidad del domicilio) concurrirán en todo caso los presupuestos de urgencia, necesidad y proporcionalidad de la medida*”.

⁶¹ <https://www.elindependiente.com/wp-content/uploads/2020/08/Instrucción-Fiscal%C3%ADa-Baleares-ocupaci3n.pdf> (Consultado el 6 de julio de 2023).

con violencia o intimidación (art. 202.2 CP)). En este caso afirma que el cuerpo policial si viene cuando recibe una denuncia debe proceder directamente y de forma inmediata al desalojo de los terceros ocupantes y su detención si la fuerza actuante lo estima oportuna, instruyendo el correspondiente atestado y evitando que el delito se prolongue en el tiempo y produzca mayores efectos.

- Si se trata de la ocupación ilegal de la segunda vivienda es aplicable lo previsto en el caso de primera vivienda, ya que también se considera morada.
- Si se ocupa ilegalmente el domicilio de una persona jurídica y de un establecimiento abierto al público es un delito menos grave previsto en el artículo 203.1 CP, que se agrava si se realiza con violencia o intimidación (art. 203.2 CP). En este caso debe procederse por la fuerza policial del mismo modo previsto en el primer supuesto.
- Si se ocupa ilegalmente un inmueble desocupado por su titular y se realiza con violencia o intimidación (art. 245.1 CP) se procederá en la forma prevista en el apartado primero. Si no fuera así deben concurrir los requisitos exigidos por el TS en la Sentencia 800/2014, de 12 de noviembre para que se relevante penalmente, debiendo procederse en la forma prevista en el apartado primero. Si no fuera así debe remitirse al afectado al orden civil.

53. Como se puede comprobar, el desalojo es más rápido en caso de allanamiento de morada. Por eso es clave tener claro el concepto de morada.

A este respecto, el Tribunal Supremo ha acogido la doctrina recogida en la Instrucción 1/2020, sobre el concepto de morada en la sentencia N.º 587/2020, de 6 de noviembre de 2020 (ponente: *Magro Servet, V.*). Se confirma la extensión del concepto de morada a las segundas residencias, incluso durante el período en que las mismas no se encuentren habitadas, siempre y cuando conserven aquella condición⁶². Vivienda a efectos administrativos y fiscales no es sinónimo de morada. La clave es entender la morada como concepto próximo al de domicilio. *El domicilio es el lugar cerrado, legítimamente ocupado, en el que transcurre la vida privada, individual o familiar, aunque la ocupación sea temporal o accidental (STS 1108/1999, 6 de septiembre). Se concluye que el TS mantiene un concepto amplio de morada, cuestión que tiene trascendencia penal relevante y facilita la orden de desalojo como medida cautelar.*

El artículo 20 del Código Penal⁶³ contempla el *estado de necesidad* como causa de exención de responsabilidad criminal. No es infrecuente que el okupa lo alegue como causa para bloquear el desalojo⁶⁴. Los tribunales han interpretado esta exención de manera restrictiva. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid sección primera de fecha 22 de julio de 2016 se refiere a los conceptos fundamentales que informan en núcleo de esta circunstancia son la proporcionalidad y la necesidad. No basta acreditar que la situación de precariedad económica, sino que hay que probar que el ocupante no

⁶² Se señala en la sentencia citada que “*el concepto de morada a efectos penales no se identifica con la noción administrativa de vivienda. La idea de que sólo aquellos inmuebles debidamente regularizados a efectos fiscales son susceptibles de protección penal carece de toda justificación. El contenido material del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) no puede obtenerse a partir de una concepción topográfica del espacio en el que se desarrollan las funciones vitales.*”

No hay disposición legal alguna que obligue a una persona a ‘elegir’ cuál es su morada, o si puede disponer de dos que cumplan esta función, aunque a los efectos administrativos sea cierto que hay que identificar a una, por ejemplo, a efectos fiscales, o en las relaciones contractuales, a la hora de fijar un domicilio a efectos de notificaciones. Pero ello no determina que bajo esta opción estemos ‘eligiendo’ cuál es nuestra morada, excluyendo, con ello, a otra vivienda que también utiliza ocasionalmente, que tiene amueblada, y dada de alta la luz, el agua y gas, como servicios esenciales que acreditan que es vivienda que se utiliza habitualmente, y que no está desocupada en el sentido más propio de inmueble que no se utiliza, y que, por ello, no está con muebles ni dados de alta servicios esenciales para posibilitar ese uso, como hemos expuesto”.

⁶³ Art. 20 CP. Está exento de responsabilidad criminal: 5.º *El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.*

⁶⁴ Por ejemplo, sentencias en las que el recurrente pide la absolución basándose en el estado de necesidad: sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 15ª 397/ 2019 de 13 de junio sección sexta 124/2018 de 16 de febrero. Defensora de la aplicación de esta eximente cuando los bienes usurpados son de titularidad pública con base en el derecho del usurpador a una vivienda digna, MIRAPEIX LACASA, N., “Las ocupaciones de inmuebles por motivos de necesidad”, Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología, nº 20-22, 2018. P. 9. <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-22.pdf> (Consultado el 10 de julio de 2023).

disponía de un medio menos lesivo para evitar el daño ajeno consistente en la perturbación posesoria del titular (subsidiariedad). Debe acreditarse que solo se puede subvenir a las necesidades mediante la realización del hecho ilícito asaltando aquello que no era suyo no se puede utilizar la exención de responsabilidad por estado de necesidad como medio para solucionar el problema de la vivienda (Sentencia AP de Valencia, Sección cuarta de 10 de enero de 2017).

54. Para apreciar esta causa de justificación no basta exista un mal que se trata de evitar con la ocupación, sino que es preciso que el mal sea inminente. Está claro que la falta de vivienda genera riesgos para la vida e integridad física, pero ocupar un inmueble ajeno para evitar esos males no parece justificado por falta de inminencia⁶⁵. Otra cosa es que, por ejemplo, una persona sea perseguida por otra que quiere agredirla y se esconda en un inmueble ajeno. Ese caso podría estar cubierto por el estado de necesidad porque se evita un mal inminente, de forma que cuando ese mal inminente desaparece, ya no cabe justificar la permanencia en la vivienda. En suma, no se puede legitimar la entrada en inmueble ajeno para paliar los inconvenientes que provoca la ausencia de vivienda. Eso no es un mal inminente y en la mayoría de las ocasiones no se han agotado todas las posibilidades lícitas para evitar el mal.

55. En definitiva, el desalojo del ocupante cuando ha cometido un delito de allanamiento de morada puede obtenerse a través de medida cautelar decretada judicialmente. En caso de usurpación de bienes inmuebles formalmente es preciso esperar a que haya una sentencia condenatoria por tratarse de delito leve con pena no superior a seis meses. No obstante, la citada Instrucción 1/2020 defiende la tesis de que también en caso de usurpación de bienes inmuebles es posible solicitar la medida cautelar de desalojo y así es decretada en muchos juzgados.

b) Denuncia policial. La intervención de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado

56. ¿Cuándo pueden las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (en adelante, FSE) ejecutar un desalojo sin necesidad de contar con autorización judicial?

57. Esta es una de las cuestiones que merece ser clarificada pues los medios de comunicación han generado, a mi juicio, mucha confusión ¿Quién no ha oído hablar del famoso plazo de 48 horas desde la okupación, transcurrido el cual las FSE ya no podían lograr la recuperación del inmueble sin autorización judicial? Es clave para medir la eficacia de nuestro ordenamiento jurídico contra la ocupación ilegal cuándo la policía puede lograr un desalojo inmediato. Es la vía óptima porque es la más rápida. Cuantos más obstáculos encuentre la policía para desalojar a los okupas más se obstaculiza la protección de los propietarios y más se beneficia al okupa.

58. El principio de inviolabilidad del domicilio previsto en el art. 18 CE exige que sólo se pueda producir la entrada en él con el consentimiento del titular, por orden judicial y sin esta en caso de flagrante delito. En caso de denuncia por allanamiento de morada la policía *“debe proceder directamente y de forma inmediata al desalojo de los terceros ocupantes y su detención, si la fuerza actuante lo estima oportuno, instruyendo el correspondiente atestado por tratarse de un delito que se está cometiendo debiendo evitar que se prolongue en el tiempo y que produzca mayores efectos”*, concluyendo que *“los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad actuarán directamente y de forma inmediata sin necesidad de solicitar medidas judiciales cuando la ocupación ilegal de un inmueble revista características de delito, debiendo proceder al desalojo de los ocupantes ilegales y a su detención, si procede, instruyendo el correspondiente atestado en el que se incluirán, además, aquellas otras conductas que pueden ser constitutivas de otros hechos delictivos. Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad actuarán directamente y de forma inmediata sin necesidad de solicitar medidas judiciales cuando la ocupación ilegal de un in-*

⁶⁵ En este sentido, MOZAS PILLADO, J., *Ocupantes ilegales de inmuebles. Una. Perspectiva penal y criminológica. Especial referencia al desalojo policial*, cit., p. 262.

mueble revista características de delito, debiendo proceder al desalojo de los ocupantes ilegales y a su detención, si procede, instruyendo el correspondiente atestado en el que se incluirán, además, aquellas otras conductas que pueden ser constitutivas de otros hechos delictivos”. (Instrucción dictada por el Fiscal Superior de las Islas Baleares, Bartolomé Barceló Oliver, de 10 de junio de 2019)⁶⁶.

59. No hay un plazo legal de 48 horas estipulado para que este desalojo policial se produzca. Pero el transcurso del tiempo desde que se produce la ocupación hasta la denuncia puede plantear más dificultades a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado para lograr el desalojo. Puede suceder que el bien ocupado se convierta en “morada” del okupa y aunque se considere que hay delito flagrante y no sea precisa la medida previa judicial, lo cierto es que las dudas al respecto pueden recomendar la medida cautelar judicial. Cuanto más se tarde en denunciar más puede el okupa actuar (cambiando cerradura, suministros, contrato de alquiler falso etc...) y sembrar dudas sobre la naturaleza delictiva de la conducta. De ahí la importancia de que el titular legítimo del inmueble actúe con celeridad, si bien, insisto, no hay legalmente previsto un plazo que, transcurrido el cual impida el desalojo policial. Sólo cuando haya dudas, la policía se abstiene y hay que esperar a que se dicte medida cautelar o, caso de que esta no se considere oportuna, se produzca la sentencia condenatoria.

60. Aunque teóricamente las FSE pudieran desalojar al ocupante, la realidad es que no se hacía porque literalmente el agente implicado “se la juega” si yerra en la adopción de la medida. Efectivamente, si hay extralimitación del agente, podría ser condenado por delito contra la inviolabilidad del domicilio cometido por funcionario público (art. 534 CP), con riesgo de verse separado del servicio. Por tal razón y para evitar la falta de actuación de las FSE se dictó la Instrucción 6/2020 por la Secretaria de Estado de Seguridad (SES) por la que se establece el protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ante la Ocupación Ilegal de Inmuebles⁶⁷ (en adelante, Instrucción 6/2020). Su objetivo es homogeneizar y adaptar la respuesta de los agentes actuantes frente a los delitos de allanamiento de morada y de usurpación. Se establecen los siguientes criterios:

1. Para que las FSE puedan efectuar directamente el desalojo debe acreditarse la existencia de flagrancia delictiva. Y se especifica que tratándose de allanamiento de morada es un delito de carácter permanente y por lo tanto la concurrencia de flagrancia⁶⁸ como elemento para la perfección del delito no debe vincularse a la superación de plazo temporal alguno. Por lo tanto, cuando se trata de un delito de allanamiento de morada siempre es flagrante y la propia policía podrá ordenar el desalojo sin necesidad de autorización judicial. No hace falta esperar ningún plazo de 48 horas.
2. También se puede producir el desalojo por la propia autoridad en los casos de allanamiento de domicilio de persona jurídica siempre y cuando nos encontremos ante un caso de delito flagrante.
3. En el caso de usurpación de inmuebles que no constituyen morada, constitutiva de delito también las FSE pueden actuar en caso de flagrancia. La falta de constatación de la comisión del delito supone la imposibilidad de acceder o desalojar el inmueble en cuestión, salvo que se disponga de una previa autorización judicial que así lo acuerde. En este caso, la víctima debe acreditar la propiedad del inmueble o la titularidad del derecho que le habilite a su disfrute, expresar su voluntad contraria a dicha ocupación, y que conste el conocimiento

⁶⁶ <https://www.elindependiente.com/wp-content/uploads/2020/08/Instrucción-Fiscal%C3%ADa-Baleares-ocupación.pdf> (Consultado el 10 de julio de 2023).

⁶⁷ https://www.icpb.es/imgnewsletter/Annex_avis_338-20_Secretaria_de_Estado.pdf (Consultado el 11 de julio de 2023).

⁶⁸ La Instrucción ejemplifica casos de flagrancia delictiva. Cuando los hechos son presenciados por los agentes de la autoridad directamente por los observando la fuerza actuante el acceso al inmueble y la introducción de utensilios que permitan inferir la intención de efectuar una ocupación de carácter permanente. Cuando los vecinos y/o testigos avisan de que hay personas entrando en un inmueble utilizando a la fuerza. Mediante el aviso de una central de alarmas por activación de la señal de intrusión en un inmueble por la manifestación del vigilante de una empresa de seguridad privada o conserje del edificio que tienen contratados los propietarios del inmueble y que cualquiera de estos avisa a los agentes de autoridad de que se está produciendo la ocupación de la vivienda en esos momentos.

de ello por parte de los ocupantes, además de ausencia de título jurídico que legitime esa posesión (aunque fuese temporalmente, teniendo presente que el acceso al inmueble ha podido ser llevado a cabo por los autores con una antelación tal que ha posibilitado hacer uso del inmueble como vivienda. Por lo tanto, salvo que se trate de delito flagrante la policía no puede desalojar en caso de delito de usurpación de inmuebles.

61. Como se puede comprobar, las mayores dificultades para obtener el desalojo radican en el tipo delictivo de usurpación de inmuebles. La levedad de la pena incentiva su comisión sobre todo cuando los inmuebles pertenecen a personas jurídicas privadas a las que les resulta complejo obtener la medida cautelar de desalojo. Tampoco actuarán las FSE. Es absurdo tipificar una conducta como delito y llegar a este resultado absurdo de que le “compense” al ocupante su comisión en determinadas circunstancias. No me parece recomendable la vía penal para lograr un rápido desalojo cuando el delito cometido es usurpación de inmuebles. En caso de absolución, el poseedor legítimo vuelve a la casilla de salida y debe iniciar el proceso civil. El intento previo de la vía penal a quien beneficia es al ocupante ilegal.

2. Tutela administrativa. El empadronamiento del okupa

62. El artículo 37.3 de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (en adelante, LSC) tipifica como infracción administrativa de carácter leve 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. Se sanciona con multa de 100 a 600 euros (art. 39.1 LSC). Así mismo se sanciona la ocupación de la vía pública con infracción de lo dispuesto por la Ley o contra la decisión adoptada en aplicación de aquella por la autoridad competente. Se entenderá incluida en este supuesto la ocupación de la vía pública para la venta ambulante no autorizada. Como señala la Instrucción 6/2020, se trata de ocupaciones ocasionales o esporádicas de inmuebles que no constituyan morada permanente o estacional, sin vocación de permanencia o de escasa intensidad, son ajenas al ámbito de aplicación del tipo delictivo (por ejemplo, jóvenes que se introducen en un edificio deshabitado o en ruinas para pasar la tarde, claramente se observa la no voluntad de permanencia).

63. Resulta llamativo que después de reducir la pena de la usurpación de inmuebles, dificultando la adopción de medidas cautelares, se pretenda justificar la lucha contra la *ocupación ilegal* con esta “tutela administrativa” que apenas aporta soluciones al propietario y tiene un incentivo negativo mínimo a la okupación con esa birrrosa sanción. Se produce una administrativización de ilícitos civiles⁶⁹ con difícil conexión con la seguridad pública⁷⁰. Con todo, entiendo que esta regulación compatible con todos los remedios civiles para obtener el desalojo del ocupante.

64. Pero es que, además, es norma de difícil interpretación por cuanto se refiere a conductas no constitutivas de infracción penal, reduciéndose mucho su ámbito de aplicación a supuestos residuales.

⁶⁹ PIZARRO NEVADO, R., “De la ineficaz e inadecuada tutela del patrimonio inmobiliario privado en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana”. *Revista General de Derecho Administrativo* 49 (2018), p. 5. Esta discutible regulación ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad planteado por el Parlamento de Cataluña por entenderse que las infracciones administrativas están integradas por conductas que son lesivas para los bienes jurídicos de titularidad colectiva, no para bienes jurídicos estrictamente privados como la propiedad, para los cuales el derecho civil prevé las acciones necesarias para restablecer la integridad y el goce pacífico de los derechos del titular. A juicio del recurrente, no queda expresado en el propio tenor del párrafo primero de forma suficientemente nítida cuál es el bien jurídico de naturaleza colectiva protegido por el art. 37.7 LSC, en el sentido que su redacción no conduce necesariamente al establecimiento de una conexión directa y clara con la protección de la seguridad ciudadana, dado que no señala la lesión o riesgo en que consiste la infracción, falta de claridad y certeza que vulnera los principios de tipicidad y seguridad jurídica (...). Por todo ello entiende que el art 37.7 LOPSC es contrario a los artículos 25.1 y 9.3 CE. El Tribunal Constitucional desestimó el recurso en sentencia (Pleno) 13/2021, de 28 enero 2021.

⁷⁰ BILBAO UBILLOS, J.M.: “La llamada Ley Mordaza: La Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana”, *Teoría y realidad constitucional*, n° 36, 2015, p. 254.

Así, por ejemplo, no podrá ser objeto de sanción administrativa si se ocupa un inmueble habitado que constituye morada, porque entraría en el terreno del allanamiento de morada. Si hay denuncia penal, no podrá dictarse resolución administrativa hasta que haya resolución judicial en la jurisdicción penal.

65. En relación con el desalojo por parte de las FSE, la Instrucción 6/2020 no prevé intervención de las FSE en caso de infracción administrativa.

66. Aunque parezca un contrasentido esta regulación que contempla la tutela administrativa no impide que pueda empadronarse un ocupante ilegal en el padrón municipal que es donde figuran todos los vecinos que viven o residen habitualmente en un municipio, constituyendo una prueba de la residencia en el mismo. El Ayuntamiento tiene la obligación de inscribir a todas las personas que viven habitualmente en el Municipio. Es el responsable final de ajustar el Padrón a la realidad del Municipio y, por lo tanto, de recoger de manera fidedigna el número y características básicas de todos los residentes.

67. El art. 55 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales (en adelante, RP): Son vecinos del municipio las personas que, residiendo habitualmente en el mismo, en los términos establecidos en el artículo 54.1 de este Reglamento, se encuentran inscritos en el padrón municipal.

68. Ante la solicitud de empadronamiento, el Ayuntamiento deberá comprobar la veracidad de la habitualidad de su residencia en el Municipio y del título que legitime la ocupación de la vivienda, según prevé, al respecto, el art. 59.2 RP: «*El Ayuntamiento podrá comprobar la veracidad de los datos consignados por los vecinos, exigiendo al efecto la presentación del documento nacional de identidad o tarjeta de residencia, el libro de familia, el título que legitime la ocupación de la vivienda u otros documentos análogos*». Según esta regulación: se debe denegar el empadronamiento a un ocupante ilegal.

69. Sin embargo, hay que tener en cuenta la Resolución de 17 de febrero de 2020, de la Presidencia del *Instituto* Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Autónoma y Local, que dicta instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre la gestión del Padrón municipal respecto de la documentación acreditativa del domicilio de residencia.

Señala al respecto que el padrón es el registro administrativo que pretende reflejar el domicilio donde residen las personas que viven en España. Su objetivo es, por tanto, dejar constancia de un hecho, por lo que, *en principio, no debe resultar distorsionado ni por los derechos que puedan o no corresponder al vecino para residir en ese domicilio, ni por los derechos que podrían derivarse de la expedición de una certificación acreditativa de aquel hecho.*

70. En consecuencia, tan pronto como el gestor municipal adquiera la convicción de que los datos que constan en la inscripción padronal se ajustan a la realidad, deja de estar facultado para pedir al vecino ulteriores justificantes que acrediten aquel hecho.

71. Y, en concreto, la posibilidad de que el ayuntamiento solicite del vecino «el título que legitime la ocupación de la vivienda» (artículo 59.2 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales) no atribuye a las Administraciones Locales ninguna competencia para juzgar cuestiones de propiedad, de arrendamientos urbanos o, en general, de naturaleza jurídico-privada, sino que tiene por única finalidad servir de elemento de prueba para acreditar que, efectivamente, el vecino habita en el domicilio que ha indicado.

72. Por lo tanto, el solicitante basta que pruebe la residencia habitual para que deba ser empadronado. Se entiende que la inscripción padronal es independiente de las controversias jurídico-privadas. Esta Resolución deja sin efecto la exigencia del título que legitime la ocupación de la vivienda que establece el art. 59.2 RP, pese a su rango normativo manifiestamente inferior. El resultado absurdo es que la actuación del ocupante puede ser objeto de sanción administrativa por la LSC, pero al mismo tiempo

permite que el okupa se empadrene en un registro administrativo como es el padrón municipal que le permite al okupa solicitar ayudas públicas. Sobran los comentarios...

3. La tutela civil frente a la *okupación*

73. El Código civil protege la posesión como derecho y brinda tutela todo poseedor que se vea privado de su derecho. Así lo dispone el ya citado art. 446 CC: *todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen*. El titular legítimo no puede *adquirir violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente* (art. 441 CC). Este precepto impide, por ejemplo, que el titular del bien inmueble lo recupere por la fuerza cambiando la cerradura. Su única opción es acudir a los tribunales o a la autoridad competente. El objetivo es el mantenimiento de la paz social.

74. Parece razonable que no podamos utilizar la violencia para defender nuestro legítimo derecho de propiedad, pero también lo es que el procedimiento para expulsar judicialmente al okupa sea rápido. De lo contrario, la normativa procesal actuará como “efecto llamada” a la okupación. Esto es lo que está pasando y se ha agravado, como veremos, tras la aprobación de la Ley 12/2023 por el derecho a la vivienda. Una pésima regulación está actuando como incentivo a la okupación.

75. Legitimado activamente para ejercitar estas acciones que se sustancian por el juicio verbal es todo poseedor, al margen de que el derecho que fundamente su posesión sea real o personal y ya se trate de poseedor mediato o inmediato. En caso de varios coposeedores de bien común, cualquiera de ellos puede ejercitar la acción posesoria.

En el ámbito de las acciones posesorias (antiguos interdictos) es donde se evidencia la diferencia entre la denominada “inquiokupación” y la genuina okupación a la que me he referido con anterioridad.

El “okupa” es el poseedor ilegítimo que carece de título para poseer. No abarca los casos en los que existió una relación jurídica previa entre el propietario, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer y el poseedor actual. La mayoría de estos casos se resuelven por la vía de la acción de juicio verbal por “desahucio por precario” prevista en el art. 250.1-2º LEC dirigida a recuperar la posesión “cedida en precario”. En el caso del okupa, no ha habido uso tolerado por el titular del derecho a poseer o por el propietario. Este proceso tiene naturaleza plenaria y no sumaria, por lo que la sentencia que se dicte pone fin al proceso y genera plenos efectos de cosa juzgada. No hay limitación de alegación y prueba y admite la discusión de cuestiones complejas que puedan surgir en el procedimiento. No obstante, no han faltado resoluciones judiciales que han permitido que se acuda a este procedimiento en el caso de los okupas.

76. Sí que vale para expulsar al ocupante la acción prevista en el art. 250.1.4º LEC que regula la acción posesoria de recobrar la posesión (antiguamente denominado interdicto de recobrar). Protege a quien ha sido despojado de la posesión y se trata de una acción sumaria que se centra en el hecho posesorio que no produce efectos de cosa juzgada. Ello significa que no hay obstáculo a que se discuta el fondo del asunto en un posterior juicio declarativo ordinario, ya que la sentencia que en aquellos se dicte no tiene efectos de cosa juzgada material. Se protege la posesión y no el derecho que la sustenta. La acción se sustancia por los trámites del juicio verbal y el plazo para ejercitar la acción es de un año desde el despojo (art. 439.1 LEC), en la línea de lo dispuesto en el art. 460.4 CC respecto de la pérdida de la posesión transcurrido el año y día desde el despojo (posesión incorporal del despojado).

77. También hay que tener en cuenta la acción recogida en el art. 250.1.7 LEC y 41 de la Ley Hipotecaria. El titular de un derecho real inscrito demanda la efectividad de su derecho y le basta con aportar la certificación del Registro de la Propiedad frente a quien se oponga a su ejercicio sin título

inscrito. El demandado tiene limitadas causas de oposición (art. 444 LEC). No es posible obtener el desalojo antes de la sentencia. No obstante, si el demandado no presta caución, no se puede oponer a la demanda por lo que se dicta sentencia expulsando al ocupante. Con todo, falla la LEC porque la no prestación de la fianza no exime de la celebración de la vista del juicio, prevista normalmente a meses vista de la comparecencia previa prevista para fijar el importe de la caución. Además, sorprendentemente se admite la apelación por el demandado, aunque no preste caución, facilitándose la posibilidad de maniobras dilatorias.

78. Debería modificarse el art. 449 LEC al objeto de establecer como requisito previo para recurrir la sentencia dictada en estos juicios verbales el haber prestado la caución inicial para oponerse en base a alguna de las causas recogidas en el art. 444.2, LEC, caución que igualmente como requisito previo de oposición entiendo debería introducirse en los desahucios por precario.

79. Además de las acciones derivadas de la posesión, también pueden ejercitarse las acciones correspondientes al derecho real que justifica la posesión. Así, por supuesto, si el demandante es propietario, podrá ejercitar la acción reivindicatoria y la acción publiciana en el correspondiente proceso declarativo ordinario, si bien, no me parece una acción adecuada para lograr un rápido desalojo del ocupante ya que se trata de un proceso tremendamente largo.

80. Esta pluralidad de procesos tiene un problema común que es la duración del procedimiento de la cual se aprovecha el ocupante que, conociendo la ilegalidad de su tenencia, se mantiene en el uso de la vivienda hasta que el propietario o poseedor legítimo obtenga una resolución judicial favorable. Durante ese tiempo vive gratis en el inmueble. La lentitud de la justicia y su colapso favorece la vulneración de derechos. No hay medidas cautelares en el marco del proceso de tutela de la posesión que permitan desalojar al okupa con carácter previo.

81. El legislador fue consciente de este problema y aprobó la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas. En su preámbulo reconoce *“ninguno de los cauces legales actualmente previstos en la vía civil, para procurar el desalojo de la ocupación por la fuerza de inmuebles, resulta plenamente satisfactorio y, en todo caso, se demora temporalmente de forma extraordinaria, con los consiguientes perjuicios de los legítimos poseedores de la vivienda, en muchos casos también con una difícil situación económica, personal o familiar”*.

Hecho un adecuado diagnóstico parecía razonable esperar un tratamiento adecuado del problema. Pues lamentablemente no fue así. Me explico.

82. La Ley 15/2018⁷¹ añade un párrafo al art. 250.1.4º LEC, relativo a la acción posesoria de recobrar la posesión diseñando un sistema para recuperar inmediatamente la posesión sin necesidad de esperar a que concluya el proceso posesorio. El demandante que demuestre su derecho a poseer puede solicitar la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda a través de un trámite incidental que permite el rápido desalojo del ocupante. Solicitado por el demandante, en el decreto de admisión de la demanda se requiere a los ocupantes para que aporten en el plazo de cinco días “título que justifique su situación posesoria”.

83. Si el okupa no lo aporta, entonces el tribunal mediante auto ordena la entrega de la posesión al demandante. Contra este auto no cabe recurso. El sistema está bien pensado y ataca la causa del problema: permite el rápido desalojo para que no haya incentivos a la okupación aprovechando la dilación del procedimiento. Entonces ¿dónde está el problema?

⁷¹ Especialmente reveladoras son las reflexiones críticas sobre este procedimiento realizadas por ACHÓN BRUÑEN, MJ., “Deficiencias del procedimiento de “okupas” regulado por la Ley 5/2018 y soluciones a los problemas que plantea”, *Práctica de los Tribunales*: revista de Derecho procesal civil y mercantil nº 139. 2019.

84. En primer lugar, la restricción del ámbito de esta medida. Afecta solo a viviendas y no se pueden beneficiar de ella todos los propietarios, sino tan solo la persona física que sea propietaria o poseedora legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social. En todos los casos, el demandante debe haberse visto privado de la posesión sin su consentimiento. Quedan fuera las ocupaciones inicialmente toleradas para las que está pensado el juicio de desahucio por precario.

85. Quedan excluidas las personas jurídicas privadas, bancos, inmobiliarias al margen de que sean o no grandes tenedores quienes no pueden siquiera solicitar la medida cautelar de desalojo ¿Cómo se explica esta exclusión y esta discriminación entre propietarios? Se reconoce que el problema procesal está incentivando la ocupación ilegal y solo se resuelve en parte. A mi juicio, esta discriminación supone una invitación encubierta a la okupación y a que se resuelva el problema social de vivienda sobre las espaldas de los propietarios privados. Tampoco tiene sentido que los locales de negocio queden fuera. Esta discriminación legal no está, a mi juicio, justificada y todo poseedor legítimo debiera poder pedir la medida cautelar de desalojo y ser el juez el que valore su concesión en el caso concreto. La condición del propietario no puede privar de ilicitud al despojo ni limitar las posibilidades de defensa del poseedor legítimo impidiéndole una medida cautelar de desalojo. Este planteamiento produce, un efecto perverso: el público percibe que hay una ocupación mala que hay que combatir con energía y sin escatimar recursos y que hay una ocupación buena de la que el reformador se desentiende que puede acometerse sin temer consecuencias demasiado severas si se quiere fomentar una cultura de respeto a la propiedad y a las leyes que la protegen no parece que este sea el camino adecuado⁷².

86. En segundo lugar, el problema que plantea la nueva regulación es que, para bloquear ese incidente de desalojo inmediato, el okupa debe aportar “título que justifique su situación posesoria”. Basta con que el okupa aporte un título “con apariencia de validez” para que se bloquee este incidente rápido de desalojo. Si el juez tiene dudas sobre la validez del título desestimará el incidente de desalojo y continuará con el procedimiento, dado que en el trámite incidental no hay vista oral ni contradicción. El objetivo del okupa de mantenerse en el uso del inmueble durante todo el periodo que dure el procedimiento, de nuevo, se ha conseguido. El hecho de que el auto que decreta el desalojo sea irrecurrible, hace que, a la más mínima duda, el juez desestime el desalojo. Como se puede comprobar, “hecha la ley, hecha la trampa”. Basta que los demandados aporten un falso contrato de arrendamiento, aunque sea claro que es un contrato simulado, para que el juez no pueda entrar en ese análisis para ordenar el desalojo. Lo importante es que “formalmente” sea un contrato de arrendamiento, que su apariencia sea correcta para que el juez ya no pueda ordenar el desalojo. En el juicio verbal se dilucidará si tal título es o no válido, pero eso ya tardará año y medio o dos años y ese es el objetivo del okupa, conseguir quedarse durante ese tiempo en el inmueble. Las mafias que controlan la ocupación ilegal lo tienen muy fácil: con un contrato falso bloquean las bondades de la norma reformada.

87. Para evitar que esto siga sucediendo, sería razonable modificar la libertad de forma del contrato de arrendamiento contemplada en el art. 37 de la LAU. Señala dicho precepto que para hacer un contrato de arrendamiento las partes podrán compelerse a hacerlo por escrito. Vale un simple documento privado, o incluso un acuerdo verbal si las partes no se *compelen* a la forma escrita.

88. Pues bien, en las circunstancias actuales entiendo que el contrato de arrendamiento debe convertirse en un contrato formal. Bastaría una “formalidad administrativa”: Contrato celebrado por escrito sellado y depositado en la Comunidad autónoma en la que esté situado el inmueble (Consejería de vivienda correspondiente). Podría así crearse un registro administrativo de contratos de arrendamiento de fincas urbanas en la Agencia de vivienda social que es la que actualmente está gestionando las fianzas arrendaticias en la Comunidad de Madrid o en el organismo equivalente de otras Comunidades Autónomas (vgr. la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía)

⁷² A.LAFUENTE TORRALBA, *El laberynthus...*, cit., p. 137.

89. Sin duda son necesarios más cambios legales, pero creo que con esta reforma no sería tan fácil burlar el incidente de desalojo y el juez podría comprobar de forma rápida y fehaciente la veracidad del título. Ello permitiría, además, un control de la renta arrendaticia evitando la economía sumergida en este sector. El Estado dispondría así de datos veraces para evaluar el funcionamiento del mercado. También esta información puede ser útil para la evaluación de la solvencia de arrendadores y arrendatarios pues evidencia ingresos y ratio de endeudamiento del arrendatario.

90. Es necesario ampliar el ámbito de aplicación de la Ley 5/2018 y extender el uso de la medida cautelar también a personas jurídicas y a inmuebles distintos de vivienda y que se habilite trámite o vista dentro del incidente de desalojo para evaluar la veracidad del título de forma que no se bloquee la medida con la simple presentación de un documento.

91. A pesar de que se trata de una reforma “edulcorada” que no resuelve de forma eficiente el problema pues es fácil bloquear el incidente de desalojo, la misma fue recurrida ante el Tribunal Constitucional que en sentencia de 28 de febrero de 2019 (RTC2019/32) desestimó el recurso. Se decía que la reforma vulneraba el derecho a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 de la Constitución (CE) los derechos a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE y el derecho a una vivienda digna y adecuada (artículo 47 CE) así como los derechos a la defensa y a un proceso con todas las garantías del (artículo 24 CE)⁷³. No es censurable que el legislador pretenda mecanismos ágiles para procurar el desalojo de vivienda ocupada ilegalmente. Es más, como se cita en la propia sentencia del TC, es una obligación del Estado acelerar ese proceso.

92. Así lo ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en la Sentencia de 13 de diciembre de 2018, asunto *Casa di Cura Valle Fiorita, S.R.L. c. Italia*, 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 (CEDH), así como su derecho de propiedad (art. 1 del Protocolo núm. 1 CEDH)⁷⁴.

93. En suma, la tutela civil plantea también fallos regulatorios que se van a ver intensificados con las restricciones recientemente aprobadas al desalojo de colectivos vulnerables. Como se puede apreciar, el incentivo a la ocupación por parte del legislador se lleva a cabo desde un enfoque global, desde todas las áreas del ordenamiento que se ven afectadas por el problema. No son fallos casuales, sino premeditados.

4. ¿Qué itinerario es el idóneo para que el poseedor legítimo recupere el inmueble?

94. Una vez descritos los pros y contras de los itinerarios disponibles para el propietario que quiere lograr el desalojo del ocupante ilegal, la elección del adecuado dependerá de las circunstancias del caso concreto. Así, por ejemplo, si se trata de un allanamiento de morada la denuncia policial será la

⁷³ Como señala el TC, “no cabe reprochar al legislador que haya adoptado la decisión de articular lo que pretende ser un procedimiento ágil en la vía civil para la defensa de los derechos de los titulares legítimos que se ven privados ilegalmente de la posesión de su vivienda, por entender que los cauces procesales antes existentes no ofrecen una respuesta plenamente satisfactoria al creciente problema de la ocupación ilegal de viviendas. Tal opción legislativa es conforme a los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE)”.

⁷⁴ No obstante, esta sentencia cuenta con un voto particular de la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón. Aun reconociendo que el derecho a la vivienda no es un derecho fundamental (art. 47 CE), su carácter de principio rector de política social y económica no le priva de ser parámetro de constitucionalidad de las normas con rango de ley. A su juicio el TC no ha tenido en cuenta los estándares internacionales de garantía del derecho a la vivienda. A esta cuestión le dedico atención en el apartado V.

vía más rápida para obtener el desalojo, dado que nos encontramos ante un delito flagrante. Sin embargo, en otros supuestos la cuestión no estará tan clara porque como hemos visto el desalojo policial no siempre es posible a pesar de ser la vía más rápida y eficiente.

95. Lo cierto es que hay que elegir una vía y no varias a la vez. Así por ejemplo si unos hechos pueden ser enjuiciados por la vía penal y también por la vía civil iniciada la primera existirá prejudicialidad penal de forma que los tribunales civiles no podrán pronunciarse hasta que no haya sentencia penal (art. 114 LECrim).

96. Iniciado un procedimiento por la vía penal, en caso de condena penal existirá una responsabilidad civil derivada del delito (art. 109 CP) siendo la restitución una de las formas de reparación (art. 110 CP). Por lo tanto, como sucede en el régimen general de responsabilidad civil derivada del delito, puede la víctima del delito reservarse la acción civil para ejercitarla en la jurisdicción civil (art. 109.2 CP). Tal reserva debe ser expresa pues el art. 112 LECRIM señala que *“ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar”*. Con todo, si hay reserva de acción civil, no podrá resolverse hasta que concluya el proceso penal. Pero en este caso me estoy refiriendo a la acción de responsabilidad civil derivada del delito ejercitada en la jurisdicción civil a través de la cual puedo obtener el desalojo como forma de reparación del daño.

97. Pero al margen de esto, el poseedor legítimo puede prescindir de la vía penal y acudir a las acciones civiles para recuperar la posesión previstas en el art. 250.1.4 y 7 LEC. Esta es la tutela puramente civil frente al despojo y no es una acción de responsabilidad civil. La vía penal y la civil no puede abrirse de forma simultánea por la existencia de una prejudicialidad devolutiva, si bien creo que es defendible *lege ferenda* el que ambas vías se puedan abrir simultáneamente con objeto de facilitar al poseedor legítimo la recuperación de la posesión al margen de la reprochabilidad penal que eventualmente pueda tener la conducta y otra el desalojo del ocupante que debería poder lograrse por ambas vías de forma simultánea⁷⁵.

IV. Límites a la tutela del propietario: supuestos de suspensión de desalojo del ocupante vulnerable

1. De la comunicación a Servicios sociales a la suspensión del desalojo: el Real Decreto Ley 37/2020, de 22 de diciembre de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda.

98. La Ley 5/2018 de reforma de la LEC (desahucio exprés) a la que me acabo de referir introdujo una regla, a mi juicio, muy afortunada en el art. 150 LEC señalando que *“Cuando la notificación de la resolución contenga fijación de fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda, se dará traslado a los servicios públicos competentes en materia de política social por si procediera su actuación, siempre que se hubiera otorgado el consentimiento por los interesados”*. La regla se reitera en el art. 441.bis LEC para la orden de desalojo fruto del ejercicio de la acción posesoria de recobrar.

99. La Exposición de motivos de la Ley 5/2018 justificaba la regla se busca así *“una rápida respuesta de los poderes públicos cuando se detecten situaciones de especial vulnerabilidad”*. Así debe ser. Los poderes públicos deben hacerse cargo de las situaciones de vulnerabilidad social tal y como corresponde a un Estado que se define constitucionalmente como un Estado social. No son los propietarios quienes deben hacerse cargo de los colectivos vulnerables, sino que debe serlo el Estado y esta norma seguía este acertado criterio.

⁷⁵ En este sentido, LAFUENTE TORRALBA., A., *op.cit.*, p. 118.

100. Sin embargo, la tendencia legislativa no se ha quedado aquí y ha ido más allá con un cambio de orientación notable: se procede a la suspensión del desalojo del ocupante en situación de especial vulnerabilidad. Este cambio es cualitativo porque es ahora el propietario privado el encargado de atender la necesidad de alojamiento del vulnerable.

101. El R.D.-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler introduce el art. 441.5 LEC previendo la suspensión del desahucio por precario evidenciándose de nuevo la diferencia de trato del ocupante ilegal del inquilino que no puede hacerse cargo del pago de la renta. Comunicado a servicios sociales el lanzamiento en el caso de que confirmasen que el afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o económica se notificará al órgano judicial inmediatamente. Recibida dicha comunicación el Letrado de la administración de Justicia suspenderá el proceso hasta que se adopten las medidas que los servicios sociales estimen oportunas durante un plazo máximo de un mes a contar desde la recepción de la comunicación o de 3 meses si el demandante es una persona jurídica. Una vez adoptadas las medidas o transcurrido el plazo se alzarán la suspensión y continuará el procedimiento por sus trámites.

102. No basta la comunicación por tanto a los servicios sociales, sino que se avanza un paso más: se suspende el desalojo durante un mes o tres en función de si el demandante es o no persona jurídica. Se profundiza en la distinción entre persona física y jurídica (sin tener en cuenta si es o no gran tenedor) y el propietario o poseedor legítimo comprueba cómo se ralentiza el procedimiento de desalojo. Se profundiza en la línea que ya se inició en la crisis hipotecaria mediante la suspensión de lanzamientos como consecuencia de la ejecución de hipoteca sobre vivienda habitual⁷⁶.

103. En plena pandemia por Covid-19 se aprobó el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. En su artículo primero se previó la suspensión del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos para hogares vulnerables⁷⁷ sin alternativa habitacional. La norma se refería a los arrendatarios vulnerables de vivienda habitual y el periodo de suspensión se ha prolongado hasta el 31 de diciembre de 2023⁷⁸. Esta suspensión es oponible a todo arrendador, ya sea persona física o jurídica. La decisión de suspender la adopta el juez a la vista del informe de servicios sociales. Se confirma la línea ya iniciada con anterioridad hacer recaer sobre el propietario las consecuencias de la vulnerabilidad económica del arrendatario.

104. Pero la novedad potente que introduce el *Real Decreto Ley 37/2020, de 22 de diciembre de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda (DLMU) (Decreto anti-desahucios)*. Esta norma introduce un art. 1 bis en el RD 11/2020 que extiende la suspensión de desahucios a los supuestos 2, 4 y 7 del art. 250.1 LEC. Posteriormente una reforma operada por el RDL 1/2021⁷⁹ extiende la suspensión a aquellas personas que están sujetas a un proceso penal en el que se sustancie el lanzamiento de la vivienda habitual de aquellas personas

⁷⁶ La Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecario, reestructuración de deuda y alquiler previó la suspensión de lanzamientos como consecuencia e procedimiento hipotecarios con respecto a la vivienda habitual siempre que el deudor fuera de especial vulnerabilidad. Esta suspensión ha sido objeto de prórrogas sucesivas. La última la llevó a cabo el Real Decreto-Ley 6/2020 por el que se prorroga la suspensión de desahucios hipotecarios en colectivos vulnerables prolongando dicha suspensión hasta mayo de 2024.

⁷⁷ La vulnerabilidad se define en el art. 5 y 6 del RD 11/2020,

⁷⁸ Prórroga llevada a cabo por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

⁷⁹ Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.

que la estén habitando sin ningún título habilitante para ello. Es decir, se suspende el desahucio para los ocupantes ilegales (también delincuentes) en situación de vulnerabilidad, es decir, todos dado que en la ocupación de necesidad los ocupantes son vulnerables. Las personas con recursos no se dedican a ocupar los inmuebles de los demás. Se establecen requisitos más exigentes:

- El propietario o poseedor legítimo debe ser persona jurídica o persona física titular de más de diez viviendas. Se prevé una compensación a cargo de la Administración autonómica.
- El ocupante debe acreditar que se encuentra en situación de “extrema necesidad” y para ello se valorará el informe emitido por servicios sociales. Se valorará la cooperación del ocupante con las autoridades para buscar alternativa de vivienda.
- No vale cualquier ocupante ilegal: debe tratarse de persona dependiente de conformidad con lo dispuesto en el apartado dos del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctima de violencia sobre la mujer o tener a su cargo, conviviendo en la misma vivienda, alguna persona dependiente o menor de edad. Se excluye la suspensión del lanzamiento en algunos supuestos⁸⁰.

105. Consciente el legislador de la agresividad de estas medidas que constituyen una auténtica expropiación del uso, previó una compensación al propietario en la disposición adicional segunda del Decreto 37/2020⁸¹. Pero tal compensación no le corresponde a todo propietario sino a aquel que haya sufrido un perjuicio económico al encontrarse la vivienda ofertada en venta o arrendamiento con anterioridad a la entrada en el inmueble. El propietario puede reclamar el valor medio que correspondería a un alquiler de vivienda en el entorno en que se encuentre el inmueble, determinado a partir de los índices de referencia del precio del alquiler de vivienda u otras referencias objetivas representativas del mercado de arrendamiento

106. A mi juicio, la compensación debería proporcionarse a todo propietario porque nos encontramos ante una expropiación por razón de interés público y utilidad social. Cuando el Estado expropia debe indemnizar sin necesidad de que el expropiado tenga la carga de la prueba de un perjuicio que es evidente. Con la suspensión del desalojo el propietario no podría alquilar, aunque quisiera y por ello es arbitrario conceder la compensación sólo al propietario que ya tuviera ofertada la vivienda.

107. Son varios los motivos de inconstitucionalidad⁸² de esta regulación. No solo se violenta el art.33 CE⁸³, sino también el art. 14 CE pues tal discriminación entre propietarios no está justificada, salvo que se pretenda “sancionar” al propietario de vivienda vacía. Aunque éste fuera el objetivo, el Estado

⁸⁰ Art. 1 bis RDL 11/2020: *El ocupante no tiene que haber violado el domicilio de propietario o tercero. Queda excluido el tipo penal de allanamiento de morada*

Cuando se haya producido en un inmueble de propiedad de una persona física o jurídica que lo tenga cedido por cualquier título válido en derecho a una persona física que tuviere en él su domicilio habitual o segunda residencia debidamente acreditada.

Cuando la entrada o permanencia en el inmueble se haya producido mediando intimidación o violencia sobre las personas.

Cuando existan indicios racionales de que la vivienda se esté utilizando para la realización de actividades ilícitas.

Cuando la entrada o permanencia se haya producido en inmuebles de titularidad pública o privada destinados a vivienda social y ya se hubiera asignado la vivienda a un solicitante por parte de la administración o entidad que gestione dicha vivienda.

Cuando la entrada en la vivienda se haya producido con posterioridad a la entrada en vigor del presente real decreto-ley. Entiendo que debe tenerse en cuenta la entrada en vigor del Real Decreto Ley 37/2020.

⁸¹ El RD-ley 21/2021 por el que se prorrogan las medidas de protección social para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica regula la compensación al propietario para adaptar su contenido a la segunda y tercera prórroga.

⁸² De hecho, ya se ha planteado un recurso de recurso de inconstitucionalidad promovido por el Grupo Popular en el Congreso (núm. 998-2021). También Grupo parlamentario de Vox ha presentado otro recurso de inconstitucionalidad (Nº 2222/2021).

⁸³ Así lo entiende GARROTE FERNÁNDEZ DÍAZ, I., “La suspensión temporal del procedimiento de desahucio o de los lanzamientos derivados de una condena penal en el caso de la llamada «ocupación pacífica» de viviendas, aspectos legales y constitucionales”, Cuadernos de Derecho privado, nº 1, 2021, pp 88-122. <https://www.editorialbercal.es/images/cuadernos/CDP1-3.pdf>, P. 119.

debe abonar el justo precio sin necesidad de condicionarlo a ninguna circunstancia⁸⁴. Esta suspensión de lanzamientos afectando a procesos penales se lleva a cabo por decreto ley, violentándose el art. 86 CE (afectación del contenido esencial del derecho de propiedad)⁸⁵ por falta de extraordinaria y urgente necesidad y por tratarse de un instrumento excepcional. Las prórrogas sucesivas a través de decreto ley no parecen avalar esta excepcionalidad.

Como se puede comprobar, con el RD37/2020⁸⁶ se abre una senda peligrosa y, como veremos, sus medidas se van a extender a más supuestos en normas posteriores.

2. Los supuestos de suspensión de desalojo introducidos por la Ley 12/2023, de 24 de mayo por el derecho a la vivienda

108. La Ley 12/2023, de 24 de mayo por el derecho a la vivienda (en adelante, LV) modifica en su disposición final quinta la Ley de Enjuiciamiento Civil poniendo límites a la acción de desalojo ejercitada por el propietario. Las novedades que introduce la nueva regulación son las siguientes:

- 1º Trata igual todas las situaciones de ilegítima tenencia. Es decir, cualquier acción recuperatoria de la posesión, ya sea porque el inquilino no paga la renta (art. 250.1 LEC), o bien porque se quiere recuperar el bien cedido en precario, es decir, sin obligación de pagar renta (art. 250.2 LEC), o bien porque quiere echar a un ocupante ilegal (art. 250.4º y 7º LEC) encuentra una serie de límites en su ejercicio.
- 2º. Todos los propietarios se ven afectados por dichas limitaciones, pero sobre todo los grandes tenedores⁸⁷. Hay una suerte de presunción de que el demandante es un gran tenedor, ya que tiene la carga de la prueba de que no lo es aportando certificación del Registro de la Propiedad en la que conste los bienes de los que es titular. Por lo tanto, el propietario usurpado tiene que incurrir en costes para acreditar que no es un gran tenedor.
- 3º Las limitaciones impuestas dependen de la condición del propietario
 Todo propietario (sea o no gran tenedor), deberá especificar si el inmueble del ocupante es o no su vivienda habitual. Obsérvese que no es el ocupante el que tiene que probarlo en defensa de la reclamación del propietario, sino que éste es el que debe hacerlo. No se exige prueba, sino especificación, pero realmente el propietario puede no saber si lo es o no. Hay que entender que siempre lo será...
 Solo el propietario gran tenedor deberá además especificar si el ocupante se encuentra o no en situación de vulnerabilidad económica ¿Cómo puede acreditar el propietario gran tenedor que el tercero es vulnerable? ¿Cómo puede saberlo? La propia norma lo aclara (disposición adicional séptima de la LV) dando varias opciones:

109. El propietario deberá aportar un documento expedido por los servicios de las Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social que hayan sido específicamente designados conforme la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda obtenido con previo consentimiento del okupa y tal documento no puede tener una

⁸⁴ El art. 33.3 CE es claro: “Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”.

⁸⁵ Vid. Análisis de esta cuestión realizado por GARROTE FERNÁNDEZ DÍAZ, I., *Op. cit.*, 88-122. <https://www.editorial-bercal.es/images/cuadernos/CDP1-3.pdf>

⁸⁶ Más extensamente, BELHAKJ BEN GÓMEZ, C., “Suspensión de lanzamientos para hogares vulnerables sin solución habitacional”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º. 1, 2021.

⁸⁷ Es gran tenedor la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 m² de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros.

En caso de entornos de mercado residencial tensionado los titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dicho ámbito, cuando así sea motivado por la comunidad autónoma en la correspondiente memoria justificativa. (art. 3 k) LV)

vigencia no superior a tres meses. Es decir, al propietario al que le han okupado su vivienda tiene que pedirle autorización al okupa para que pueda solicitar un documento a las Administraciones públicas que declare que es vulnerable. Que el propietario tenga que mendigar autorización al ocupante es no solo humillante, sino sobre todo absurdo pues el okupa lo que quiere es ganar tiempo y no dar facilidades.

110. Como este planteamiento es ridículo, el propio legislador parece reconocerlo y da otras opciones para acreditar la vulnerabilidad del okupa.

- 1.º La declaración responsable por parte del propietario de que ha acudido a los servicios indicados anteriormente, en un plazo máximo de cinco meses de antelación a la presentación de la demanda, sin que hubiera sido atendida o se hubieran iniciado los trámites correspondientes en el plazo de dos meses desde que presentó su solicitud, junto con justificante acreditativo de la misma. Como se puede apreciar, la propia ley concede otros dos meses al okupa y obliga al propietario a la prueba de hecho negativo: que no ha sido atendida su solicitud en dicho plazo de dos meses.
- 2.º El propietario tiene además otra opción y es aportar un documento acreditativo de los servicios competentes que indiquen que la persona ocupante no consiente expresamente el estudio de su situación económica en los términos previstos en la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda. Este documento no podrá tener una vigencia superior a tres meses. Es decir, de nuevo, el propietario tiene que probar a través de otro documento expedido por las administraciones que el okupa no ha consentido.

111. Mientras el propietario dedica su tiempo y recursos a obtener esta documentación y a hacerse cargo de todos los gastos de inmueble, el okupa continúa disfrutando sin coste de una vivienda ajena. El sistema es, desde luego, demencial porque esta “burocracia” no necesariamente protege al vulnerable, sino a todos los okupas.

112. De este proceso puede derivarse dos resultados:

- Que el okupa no sea un vulnerable o no sea su vivienda habitual. Transcurrido dicho plazo, se podrá efectuar su lanzamiento el cual lleva como mínimo 18 meses en la actualidad. Ciertamente que la norma no exige prueba, sino especificación de que se trata de la vivienda habitual del ocupante, pero tampoco se entiende el sentido de tal delimitación. El propietario puede no tener ni idea de si es o no vivienda habitual. Especificarlo sin saberlo parece un requerimiento absurdo.
- Que el okupa sea vulnerable⁸⁸, que la casa ocupada sea su vivienda habitual y que el propietario sea un gran tenedor. En tal supuesto, no se admitirá la demanda de desalojo hasta

⁸⁸ Nuevo art. 441.7 LEC: (...) “El tribunal para apreciar la situación de vulnerabilidad económica podrá considerar el hecho de que el importe de la renta, si se trata de un juicio de desahucio por falta de pago, más el de los suministros de electricidad, gas, agua y telecomunicaciones suponga más del 30 por 100 de los ingresos de la unidad familiar y que el conjunto de dichos ingresos no alcance:

- a) Con carácter general, el límite de 3 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual (en adelante IPREM).
- b) Este límite se incrementará en 0,3 veces el IPREM por cada hijo a cargo en la unidad familiar. El incremento aplicable por hijo a cargo será de 0,35 veces el IPREM por cada hijo en el caso de unidad familiar monoparental o en el caso de cada hijo con discapacidad igual o superior al 33 por ciento.
- c) Este límite se incrementará en 0,2 veces el IPREM por cada persona mayor de 65 años miembro de la unidad familiar o personas en situación de dependencia a cargo.
- d) En caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad igual o superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, el límite previsto en la letra a) será de 5 veces el IPREM, sin perjuicio de los incrementos acumulados por hijo a cargo.

A estos mismos efectos, el tribunal para apreciar la vulnerabilidad social podrá considerar el hecho de que, entre quienes ocupen la vivienda, se encuentren personas dependientes de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctimas de violencia sobre la mujer o personas menores de edad.»

que el propietario acredite que se ha sometido al procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efecto establezcan las Administraciones Públicas competentes, en base al análisis de las circunstancias de ambas partes y de las posibles ayudas y subvenciones existentes en materia de vivienda conforme a lo dispuesto en la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda.

113. Semejantes limitaciones al desalojo con base en parámetros de vulnerabilidad se producen en los casos de subasta del inmueble okupado y ejecuciones hipotecarias (nuevo art. 685.2 LEC).

114. En suma, la LV no hace sino seguir la tendencia iniciada en otras normas y pone otra piedra en el camino para el propietario que pretende el desalojo de los ocupantes de su vivienda. Mientras tal proceso de intermediación se sustancia, el okupa continúa viviendo en el inmueble ajeno. Esta será la regla general pues lo normal es que sean personas vulnerables las que ocupen los inmuebles ajenos. Mientras tanto, las Administraciones Públicas tienen al okupa alojado “a coste cero”, ya que no se expone el uso del gran tenedor, dado que ello tendría coste para el erario público. La regulación se limita a establecer obstáculos procesales al desalojo. A ello hay que unir la lentitud de la Administración de Justicia que se ha convertido en la gran aliada de este Gobierno para llevar a cabo su política de vivienda. Con esta reforma, se garantiza el alojamiento gratis a los okupas durante al menos tres años y sin que el propietario reciba ninguna compensación.

115. Hay que tener en cuenta que la LV además modifica y amplía el incidente de suspensión de desahucio arrendaticio por situación de vulnerabilidad económica del arrendatario previsto en el art. 441.5 de la LEC, aumentándose el plazo máximo de suspensión hasta los dos meses en caso de que el arrendador sea persona física y hasta los cuatro meses si es persona jurídica, extendiendo la aplicación de este incidente al resto de procedimientos de recuperación posesoria no arrendaticios (arts. 250.1.2º, 4º y 7º de la LEC). Es el juez y no el letrado de la administración de justicia el que puede decretar la suspensión del desalojo.

116. Como se puede apreciar, las novedades que introduce la LV van en la misma línea que las reformas anteriores: dificultar el proceso de desalojo del ocupante vulnerable introduciendo una serie de trámites y cargas impuestos al propietario que es quien soporta el coste sin recibir ningún tipo de compensación. El legislador no está delimitando el derecho de propiedad (límite), sino que lo está recortando amputando al propietario la facultad de uso (limitación) con base en la función social. Posteriormente volveré sobre esta cuestión.

117. En cualquier caso, no es de extrañar que esta regulación tenga unos “efectos secundarios” perversos que pueden perjudicar precisamente a los colectivos que la norma pretende proteger. La tendencia de los propietarios será la de reducir la oferta de pisos e alquiler⁸⁹ por la inseguridad jurídica creada y ello conllevará un aumento del precio del alquiler. Los escasos inmuebles se ofrecerán a personas con altos niveles de renta puesto que el arrendador no puede asumir riesgo de impago porque recaerá sobre sus espaldas las consecuencias de la vulnerabilidad del arrendatario.

118. La nueva LV no soluciona el problema de la ocupación ilegal, sino que lo agrava. Esa es la realidad⁹⁰.

⁸⁹ De hecho ya se alerta de la reducción de pisos en alquiler: <https://valenciaplaza.com/la-nueva-ley-de-vivienda-acelera-el-desplome-de-pisos-en-alquiler> (Consultado el 20 de julio de 2023).

⁹⁰ Denuncia este agravamiento V.MAGRO SERVET, “Análisis práctico y sistemático de los aspectos relevantes de la nueva Ley de vivienda 12/2023 de 24 de mayo”. Diario La Ley, nº 10295, 26 de mayo de 2023.

V. *Okupación de viviendas y derechos fundamentales en conflicto. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos humanos*

1. El derecho a una vivienda digna como justificación de la limitación al desalojo

119. Es habitual que la oposición al desalojo se arbitre alegando el derecho a la vivienda digna previsto en el art. 47 CE y por distintos textos internacionales de derechos humanos, en especial el art. 25.1 de la Declaración universal de derechos humanos, y el art. 11.1 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. No se reconoce de manera expresa en el Convenio Europeo de Derechos humanos (en adelante, CEDH) que, sin embargo, sí reconoce de manera expresa la protección del derecho de propiedad⁹¹. Como nos recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional 32/2019, de 28 de febrero de 2019⁹² art. 47 CE no reconoce un derecho fundamental, sino que enuncia «un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53.3 CE) en el ejercicio de sus respectivas competencias» (STC 152/1988, de 20 de julio, FJ 2; y en el mismo sentido, SSTC 59/1995, de 17 de marzo, FJ 3, y 36/2012, de 15 de marzo, FJ 4). Los poderes públicos vienen así obligados a promover las condiciones necesarias y a establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en particular regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación, conforme determina el art. 47 CE⁹³. Nos guste o no, en España el derecho a la vivienda no tiene la consideración jurídica de un derecho fundamental.

120. Son los poderes públicos los que deben facilitar que este derecho sea efectivo, pero no son los particulares los que tienen que sacrificar su derecho de propiedad para que otro sujeto goce de una vivienda digna. Por ello no está justificado alegar el derecho a la vivienda para evitar un desalojo como consecuencia de una ocupación ilegal. Sí está plenamente justificada la obligación, por ejemplo, de poner en conocimiento de la Administración pública competente que una persona va a ser desalojada con el objeto de que pueda proveer un alojamiento. Pero hacer esto es una cosa y obligar al propietario a mantener al ocupante ilegal en el uso de la vivienda otra muy distinta cuando se trata de un ocupante vulnerable (cosa que sucederá casi siempre). Esto último supone trasladar al propietario privado las competencias de los poderes públicos. Por su especial naturaleza, el derecho a la vivienda, tal y como está regulado en España, no puede servir para justificar una limitación al desalojo del ocupante ilegal y mucho menos puede justificar la propia ocupación ilegal. No son los ciudadanos los que tienen que procurar una vivienda digna, sino que deben hacerlo los poderes públicos. Parece algo elemental, pero vista la regulación recientemente aprobada, es preciso recordarlo.

⁹¹ Artículo 1 al Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas.

⁹² RTC 2019/32. BOE» núm. 73, de 26 de marzo de 2019 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-4447>

⁹³ No faltan quienes quieren ver en el derecho a la vivienda un auténtico derecho subjetivo exigible ante los tribunales. Vid. LÓPEZ RAMÓN, Construyendo el derecho a la vivienda, Barcelona, 20010, pp. 12 y ss. J.PONCE SOLÉ, “La tutela judicial del derecho a la vivienda y el papel del Tribunal Constitucional español. Luces y sombras en el contexto europeo e internacional”, en J.M.MOLTÓ DARNER/J. Y PONCE SOLE, *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 45. Reconoce la necesidad de reforma constitucional, pero aboga por un cambio de práctica política y jurídica que puede y debe desarrollarse en los niveles estatal y autonómico y también a nivel local, donde el concepto del derecho a la vivienda como derecho exigible y su defensa en un caso judicial son relevantes. A su juicio el derecho a la vivienda no es programático y se configura como un derecho subjetivo, exigible judicialmente, del que se deriven correlativas obligaciones jurídicas (no de resultado, sino de medios) para los poderes públicos. Se ha dicho incluso que el derecho a una vivienda digna es un derecho orientado hacia los ciudadanos que no la poseen, la pierden o tienen importantes dificultades para conseguirla. No es un derecho para todos, sino que es un derecho para los sectores concretos de la población que lo necesitan realmente: quienes no pueden acceder a ella y quienes no pueden conservarla. (cfr. R.HERRANZ CASTILLO, “Desobediencia civil, ocupación y derecho a la vivienda”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 435). Aunque se considere un derecho, el mismo debe ser satisfecho por los poderes públicos y no a costa de los sujetos privados que es lo que hace precisamente la LV. Consecuencia de su consideración como derecho es la concesión de acción a su titular contra la Administración que lo desconozca. No creo que quepa ejercitar esta acción frente a los particulares.

121. Tampoco cabe deducir este derecho de los tratados internacionales (arts. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)). Como señala la sentencia del TC 32/2019, dichas normas configuran «...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. Como señala el propio TC no se viola el derecho a la vivienda cuando el legislador establece procedimientos judiciales para dirimir las controversias que puedan suscitarse acerca del mejor derecho en relación con la titularidad y posesión sobre los bienes inmuebles; con el consiguiente derecho de quien hubiera obtenido una resolución judicial a su favor que decreta el desalojo del ocupante a instar la ejecución de dicha resolución. El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) comprende también el derecho a la ejecución de las sentencias y demás resoluciones judiciales en sus propios términos (art. 118 CE), conforme tiene señalado de manera reiterada la jurisprudencia constitucional (SSTC 32/1982, de 7 de junio, FJ 2; 61/1984, de 16 de mayo, FJ 1; 148/1989, de 21 de septiembre, FJ 2; 120/1991, de 3 de junio, FJ 2; 153/1992, de 19 de octubre, FJ 4; 3/2002, de 14 de enero, FJ 4, y 223/2004, de 29 de noviembre, FJ 5, entre otras muchas). En suma, no se puede justificar la prohibición de desalojos en el derecho a una vivienda digna y tampoco nos obligan a ello los tratados internacionales⁹⁴.

122. Es más, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), 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 así como su derecho a la propiedad⁹⁵.

123. Pero no es esto lo que hace la LV, que fundamenta estas medidas precisamente en el derecho a la vivienda, pero haciéndoselo cumplir no a los poderes públicos, sino a los particulares, lo cual constituye a mi juicio una interpretación inadecuada de nuestra CE y de la realizada por el Tribunal Constitucional. De hecho, en su Exposición de motivos de la LV se hace alusión al necesario cambio de paradigma del derecho a la vivienda que debe interpretarse a la luz de los tratados internacionales firmados por España, y configurarse e interpretarse el derecho a la vivienda como un derecho subjetivo. Cabe preguntarse si los recientes pronunciamientos del TEDH implican un nuevo enfoque de la interpretación del derecho a la vivienda en España que pueda justificar una limitación al propietario a desalojar al ocupante ilegal⁹⁶.

124. Como ya he señalado, el CEDH no reconoce de manera expresa el derecho a la vivienda, pero el TEDH se ha referido a él indirectamente a través del art.8 CEDH dedicado al respeto a la vida privada y familiar, el domicilio y la correspondencia⁹⁷. Sea como fuere, conviene aclarar desde el prin-

⁹⁴ Como señala la sentencia del TC 32/2019, “la prohibición de desalojos forzosos a la que se refieren los instrumentos de Naciones Unidas citados por los recurrentes no se aplica a los desalojos efectuados legalmente y de manera compatible con las normas internacionales de derechos humanos, en particular las referidas al derecho a un proceso con las debidas garantías, como ha señalado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en su observación general núm. 7, sobre el derecho a una vivienda adecuada y los desalojos forzosos”.

⁹⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Secc 1ª, de 13 de diciembre de 2018— (asunto *Casa di Cura Valle Fiorita S.R.L. v. Italia*; asunto 67944/13).

⁹⁶ El art. 6.2 del Tratado de la Unión Europea⁴⁴ (en adelante, TUE) prevé que la UE se adhiere al CEDH, cuyos derechos formarán parte del Derecho comunitario como principios generales (art. 6 TUE), y a que el art. 10.2 CE establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la CE reconoce (entre los que se encuentra el respeto a la vida privada y familiar y la inviolabilidad del domicilio -art. 18 CE-, equiparables a los derechos recogidos en el art. 8 CEDH) se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, entre los que se encuentra el CEDH.

⁹⁷ Artículo 1 del Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales de 1952.

cipio que el TEDH no tiene competencia para resolver conflictos entre particulares (art. 34 CEDH), por lo que su doctrina no tiene efecto horizontal.

125. No ha lugar a cuestionar el cumplimiento del tratado cuando se trata, por ejemplo, de un desalojo instado entre particulares. Así lo ha afirmado el TEDH en sentencia de 25 de marzo de 2010 (*Caso Belchikova contra Russia*)⁹⁸ en un caso de desalojo instado por el propietario del inmueble frente a un poseedor sin título. Después de afirmar la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad⁹⁹ de la medida de desalojo a la luz de los principios del art. 8 CEDH. Entiende el tribunal que tal decisión es proporcionada al fin legítimo y necesario en una sociedad democrática cual es la salvaguarda del derecho de propiedad de los demandantes. Por lo tanto, cuando se alega la doctrina del TEDH hay que tener en cuenta que se refiere a las relaciones entre los ciudadanos y los Estados, no entre particulares¹⁰⁰. Eso no quita para que, como tiene declarado repetidamente el TC, los tratados internacionales no constituyen canon para el control de constitucionalidad de las normas de rango legal, sin perjuicio de su valor interpretativo en materia de derechos fundamentales, en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 CE.

Con todo, reitero que hay que tener presente los tratados internacionales sobre derechos humanos configuran un mandato para los poderes públicos de promover una vivienda digna para todos los ciudadanos y no pueden servir de excusa para imponer a los propietarios privados el deber de procurar a los ciudadanos una vivienda digna. Como con claridad señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 9ª, 361/2020, de 7 de septiembre: “(...) *Es evidente que todas las personas tienen derecho a una vivienda digna y adecuada, pero esa obligación es del Estado, de las Administraciones públicas, en modo alguno de los ciudadanos que no tienen por qué soportar las ocupaciones ilegales sobre bienes inmuebles que constituye una constante habitual ni las empresas tenedoras de inmuebles deben procurar un recurso habitacional o residencial ni un alquiler social (...)*”. Esto es lo que hace precisamente la LV y eso no hay tratado internacional que lo imponga.

No todo vale con base en el principio de proporcionalidad. Existen límites cuando se enfrenta al derecho de propiedad de los particulares¹⁰¹. Como veremos, la doctrina del TEDH que impone este principio lo hace frente a los poderes públicos¹⁰².

⁹⁸ <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-98298> (Consultado el 10 de julio de 2023).

⁹⁹ La sentencia del TEDH de 17 de octubre de 2013, (*caso Winterstein y otros c. Francia*), dispone que cualquier persona que sufra la pérdida de la vivienda tiene el derecho a que un tribunal independiente decida la proporcionalidad de la medida a la luz del art. 8 CEDH, pese a que se hubiera extinguido su derecho a ocupar la vivienda en virtud de la legislación nacional (apartado 148). Ello significa que las autoridades públicas deben justificar la injerencia en la vida privada de los ocupantes (su necesidad social imperiosa), sin que sea suficiente para cumplir con este requisito que dicha injerencia esté legitimada por la ley. Cfr. H.SIMÓN MORENO, “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la vivienda en relación al Derecho español, Teoría y Derecho: revista del pensamiento jurídico, nº 16/2014, pp 162-187.

¹⁰⁰ También la sentencia del TEDH de 6 de noviembre de 2018 (*caso F.J.M contra Reino Unido*), número 76202/16 negó la aplicación del art. 8 del CEDH a las relaciones entre particulares.

¹⁰¹ En este sentido, H.SIMÓN MORENO, “La ocupación de viviendas sin título habilitante...”, *cit.*, p. 2195.

¹⁰² El Comité DESC de la ONU en Dictamen de 20 de junio de 2017 (Comunicación nº5/2015), dispone que es preciso: “*adoptar medidas necesarias para asegurarse de que los desalojos que afecten a personas sin recursos para procurarse una vivienda alternativa, sólo se ejecuten después de que haya habido una consulta genuina y efectiva con estas personas y de que el Estado parte haya realizado todos los pasos indispensables, hasta el máximo de sus recursos disponibles, para que las personas desalojadas tengan una vivienda alternativa, en especial en aquellos casos que involucran a familias, personas mayores, niños/as y/o otras personas en situación de vulnerabilidad;*”. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) de Naciones Unidas es el órgano de expertos encargado de interpretar y evaluar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en vigor desde 1976 y ratificado en 1977 por España. Hace aplicación de esta doctrina la sentencia del Tribunal Supremo (Sala contencioso administrativo) nº 1581/2020, de 23 de noviembre de 2020 que resuelve un caso de desalojo de ocupante ilegal de vivienda pública en la que residían menores. Por interés casacional se fija doctrina sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en los supuestos de autorización de entrada en un domicilio familiar, para proceder a su desalojo, en el que residan menores de edad. Declara que está fuera de toda duda que es preciso para ordenar el desalojo que el tribunal efectúe una ponderación de los distintos derechos e intereses que pueden verse afectados y adoptando las cautelas precisas para que la limitación del derecho fundamental que la misma implica se efectúe del modo menos restrictivo posible”. El problema que se plantea la sentencia es *si tal ponderación ha de afectar al núcleo de la decisión del desalojo o sólo a los aspectos periféricos relativos a las condiciones concretas en que debe desarrollarse la actuación administrativa, singularmente en aquellos casos en que la vivienda es ocupada ilegalmente por personas especialmente vulnerables*. Concluye el TS Por tanto, el juez no puede, so pretexto de cumplir con la exigencia de ponderación

2. Inviolabilidad del domicilio del okupa como límite al desalojo

126. Ya he señalado en repetidas ocasiones que la verdadera protección del propietario frente al ocupante ilegal se logra con un mecanismo que consiga su rápido desalojo. En este sentido, la medida más eficiente es el desalojo policial.

Sin embargo, éste puede encontrar dificultades cuando se ha cometido delito de usurpación de inmuebles y el usurpador se acoge al art. 18.2 CE alegando la inviolabilidad del domicilio. ¿Es posible que el usurpador convierta el inmueble usurpado en morada bloqueando la posibilidad de desalojo? No hay que olvidar que, a tenor de lo dispuesto en dicho precepto constitucional, no será posible la entrada y registro en un domicilio *sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo caso de flagrante delito*.

127. En el marco del art. 18 CE se identifica domicilio con morada (sentencia del Tribunal Constitucional 283/2000, 27 de noviembre (RTC 283/2000)), manteniéndose un concepto amplio: el domicilio es el lugar cerrado, legítimamente ocupado, en el que transcurre la vida privada, individual o familiar, aunque la ocupación sea temporal o accidental (sentencias (Sala segunda) del TS de 24 de octubre de 1992, 11 de julio de 1996 (RJ 1996\5956). Reveladora es la sentencia del TS (Sala segunda) 1108/1999, 6 de septiembre (RJ 1999\7380), que señala que “el domicilio es el lugar cerrado, legítimamente ocupado, en el que transcurre la vida privada, individual o familiar, aunque la ocupación sea temporal o accidental”. Se resalta de esta forma la vinculación del concepto de domicilio con la protección de esferas de privacidad del individuo, lo que conduce a ampliar el concepto jurídico civil o administrativo de la morada para construir el de domicilio desde la óptica constitucional, como instrumento de protección de la privacidad.

¿Puede un inmueble ilegalmente ocupado convertirse jurídicamente en domicilio y beneficiarse del blindaje que establece el art. 18 CE? De serlo, si el propietario trata de recuperar el inmueble por su cuenta cometería delito de allanamiento de morada¹⁰³. Este concepto amplio de domicilio parece avalar la idea de que el ocupante ilegal puede alegar el art. 18.1 y repeler cualquier entrada si no es con su consentimiento, autorización judicial o delito flagrante. Si esto es así, la policía no puede decretar el desalojo y se requiere la autorización judicial con los problemas que ya hemos visto respecto de la procedencia o no de medida cautelar de desalojo. Para que el inmueble ocupado se convierta en domicilio de los usurpadores es necesario que haya transcurrido un lapso de tiempo, el suficiente para las personas que lo habitan “hayan desarrollado las necesidades esenciales de su vida íntima¹⁰⁴ De ahí que se hable de la necesidad de que el propietario actúe con celeridad (el famoso plazo de 48 horas) evitando que el ocupante convierta el inmueble en morada, cambiando la cerradura y contratando suministros¹⁰⁵

Parece claro que al margen de que la ocupación ilegal entre o no en el tipo penal, lo que debe aclararse es que el concepto amplio de domicilio avala la idea de que el ocupante podría convertir el inmueble ocupado en morada, amparándose en el art. 18 CE con las limitaciones al desalojo que ello

de los intereses concurrentes, paralizar indefinidamente un desalojo forzoso que trae causa de un acto administrativo firme, aparentemente legal, porque estaría permitiendo -y hasta posibilitando, de hecho- la permanencia y consolidación de una situación de ilegalidad, consecuencia que no se acomoda a los postulados constitucionales, que es expresamente rechazada por el legislador (tal como antes apuntamos al referirnos a la Ley 5/2018 y la STC 32/2019 y que perjudicaría tanto al interés general como a los particulares intereses de propietarios y, en su caso, de los legítimos poseedores de las viviendas ocupadas y, muy especialmente, a los intereses de aquellas otras personas que, encontrándose también en situación de vulnerabilidad y en riesgo de exclusión social, económica y residencial, optan por mantenerse dentro de la legalidad y solicitar la adjudicación de esas viviendas por las vías establecidas. El juez debe comprobar que la Administración adopta realmente las medidas de protección suficientes para no dejar desamparadas a las personas especialmente vulnerables que vayan a ser desalojadas forzosamente de la vivienda que ilegalmente ocupaban. Como se puede comprobar de la doctrina citada, se trata en todo caso de un mandato a los poderes públicos y no de una imposición de la suspensión del desalojo que es lo que hace ahora la LV.

¹⁰³ Así sucedió en los hechos que enjuició la sentencia núm. 509/2012 de 19 junio. RJ 2013\2295 en donde se consideró morada un inmueble ocupado ilegalmente. Se alega el concepto amplio de domicilio, y que es el lugar en el que el ocupante sin título ejercía su ámbito de privacidad e intimidad.

¹⁰⁴ Así lo defiende N.MIRAPEIX LACASA, “Las ocupaciones de inmuebles por motivos de necesidad”, *cit.*, p. 163

¹⁰⁵ Así se ha argumentado en los medios de comunicación <https://www.20minutos.es/noticia/4380474/0/okupas-principio-inviolabilidad-del-domicilio/> (Consultado el 7 de julio de 2023).

implica¹⁰⁶. Es el mundo al revés: el okupa entra en el inmueble sin autorización y la Constitución le blinda frente al verdadero propietario. A mi juicio, si no aporta título el ocupante, debería ser desalojado del inmueble, sin que el mismo pueda alegar la protección dispensada por el art. 18 CE¹⁰⁷.

128. Pero nos guste o no, 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 ocupante¹⁰⁸.

129. Este parece ser el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en sentencia de 11 de octubre de 2016 (*caso Bagdonavicius y otros v. Rusia*; asunto 19841/06)¹⁰⁹ en relación con el art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹¹⁰ se refiere al concepto amplio de domicilio a efectos del artículo 8 del Convenio “*no se limita al domicilio legalmente ocupado o establecido, sino que es un concepto autónomo que no depende de su caracterización en el Derecho interno. El hecho de que una vivienda concreta constituya un ‘domicilio’ comprendido en el ámbito de protección del artículo 8 depende de las circunstancias de hecho, en particular de la existencia de vínculos suficientes y continuos con un lugar determinado*”.

130. Con esta doctrina, la clave es dónde decide el ciudadano desarrollar su vida privada, siendo irrelevante por lo que parece que tenga o no título para hacerlo. Semejante doctrina me parece un auténtico contrasentido y se ha erigido en el auténtico obstáculo para que el propietario pueda obtener un rápido desalojo del inmueble: en caso de duda, la policía no entrará cuando el ocupante ha generado una relación de apego y para ello tienen que probar que llevan varios días en el inmueble: cambian la

¹⁰⁶ En este sentido, V.MAGRO SERVET, *Guía práctica sobre soluciones ante la ocupación de bienes inmuebles*, Madrid, 2020, pp.88 y ss, quien reconoce que esta es la solución legal, pero “resulta curioso que el ocupante alegue que se vulneraría este derecho que ellos reclaman cuando han sido ellos los que lo han invadido del titular del inmueble. Resulta paradójico y un contrasentido reclamar o advertir de esa privación de ese derecho o ataque al mismo cuando es el okupa el primero que lo ha vulnerado”.

¹⁰⁷ En este sentido, J.MOZAS PILLADO, *Ocupantes ilegales de inmuebles. Una perspectiva penal y criminológica. Especial referencia al desalojo policial*, cit., p. 255, niega que el ocupante ilegal pueda gozar de la protección de la inviolabilidad del domicilio. El art. 8 CEDH no puede servir de patente de corso para perpetrar ocupaciones ilegales de inmuebles. A su juicio, la intrusión delictiva en un edificio jamás debería generar un derecho a la inviolabilidad del domicilio, salvo que se cumplan los requisitos generales para adquirir la posesión o la propiedad. El Derecho puede convertir una situación antijurídica en otra digna de protección”. Por su parte, entiende F.MATÍA PORTILLA, “El derecho a la inviolabilidad del domicilio” Iustel, 6 de julio de 2015, que “cuando se entra en una morada ajena sobre la que el morador ejerce legítimamente la posesión. En efecto, es necesario que el morador disfrute de la posesión de la morada legítimamente. Pero, ¿qué significa que deba existir un título legitimador que beneficie al morador? El que la posesión de la morada sea legítima no supone, como la jurisprudencia del TS reconoce y la doctrina penal defiende, que deba existir en todo caso un título jurídico sobre la morada. Esa legitimidad del uso del local como morada puede justificarse tanto en una relación jurídico-formal como en una situación de hecho reconocida por el derecho. Es así morador, desde la óptica penal, tanto el que mantiene un contrato de alquiler de una vivienda como el precarista”. Coincidiendo con los autores citados en el terreno de los principios, lo cierto es que mientras se dilucida la legitimación del título el ocupante goza de la protección constitucional. Y en la práctica, lo cierto es que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado no entran en inmuebles cuando sospechan que se puede vulnerar la inviolabilidad del domicilio.

¹⁰⁸ J.L. RODRÍGUEZ LAINZ, “¿Es jurídicamente posible el desalojo inmediato de viviendas objeto de un delito leve de ocupación ilegal?” Diario La Ley, N° 9701, Sección Doctrina, 22 de septiembre de 2020.

¹⁰⁹ Vid. También las SSTEDH de 24 de abril de 2012, asunto *Yordanova y otros c. Bulgaria*; de 18 de septiembre de 2012, asunto *Buckland c. Reino Unido*; de 17 de octubre de 2013, asunto *Winterstein y otros c. Francia*, en relación con supuestos de desalojos forzados de familias de etnia gitana de terrenos en los que habían residido ilegalmente durante varios años, pero bajo un régimen de tolerancia de hecho, y sin previsión para su realojo en condiciones aceptables.

¹¹⁰ El art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) (equivalente al art. 18 de la CE), se refiere al Derecho al respeto a la vida privada y familiar 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

cerradura, contratan suministros, piden comida a domicilio para probar que tienen ese apego que hace que se trate ya de morada y se vean blindados por el principio de inviolabilidad del domicilio. Esta era la razón de ser del bulo del plazo de 48 horas que legalmente no existe. Se entiende que transcurrido dicho plazo, el ocupante ya ha generado la situación de apego que evita el desalojo policial inmediato.

131. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre esta cuestión en la ya citada sentencia 32/2019, de 28 de febrero de 2019 con ocasión del recurso de inconstitucionalidad que se planteó respecto de la reforma de la LEC operada por la Ley 5/2018, de 11 de junio (desahucio exprés) a la que ya he hecho referencia y que regula la medida cautelar de desalojo. Se alega por los recurrentes que tal reforma viola el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), en relación con los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE). Sostienen los recurrentes que la resolución judicial que decreta el lanzamiento de vivienda habitual implica la consecuente limitación del derecho fundamental garantizado por el art. 18.2 CE, por lo que esa resolución debe ser fruto de un juicio valorativo previo de las circunstancias concretas de cada caso. La decisión última de irrupción en el domicilio del demandado debe estar justificada, motivada y exenta de cualquier arbitrariedad (juicio de proporcionalidad), pues de otro modo se vulneraría aquel derecho y también el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

132. El TC se hace eco del concepto amplio de domicilio¹¹¹ y declara con contundencia 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. El juez a quien se confiere la protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio será el competente según la materia y el proceso de que se *trate*, conforme a las leyes que determinan la competencia de los distintos jueces y tribunales. A ese juez le corresponde llevar a cabo la ponderación de los intereses en juego como garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio, decidiendo en caso de conflicto si debe prevalecer este derecho fundamental u otros valores o intereses constitucionalmente protegidos”. Dado que el procedimiento de desahucio exprés es un proceso judicial, ello no vulnera el principio de inviolabilidad del domicilio porque hay intervención judicial. Procede el desalojo porque “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, en modo alguno justifica conductas tales como «invadir propiedades ajenas o desconocer sin más legítimos derechos de uso de bienes inmuebles”.

133. En suma, no prevalece el derecho del ocupante ilegal, pero su desalojo debe ser judicial, pues se le reconoce el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Esta circunstancia, como digo, limita el desalojo policial que es el más efectivo para atender las necesidades del propietario. Esto no sucede cuando el ocupante lo que ha cometido es un allanamiento de morada, delito permanente, permitiendo a la policía la entrada por considerarse que hay delito flagrante (art. 795 LECrim)¹¹². En tal caso y en virtud de lo dispuesto en art. 490.2º LECrim conlleva la inmediata detención por parte de las autoridades policiales actuantes. Esto parece que no sucede en caso de ocupación de inmuebles que no constituyen morada, aunque a mi juicio, debería tener idéntica consecuencia. Un ocupante ilegal no debe poder constituir un domicilio en un inmueble sobre el que carece de derecho a poseer. Sin embargo, la ampliación del concepto constitucional de domicilio a la morada penal produce este resultado atípico

¹¹¹ El domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima; por ello, a través de este derecho no solo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FFJJ 2 y 5; 137/1985, de 17 de octubre, FJ 2; 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6; 10/2002, de 17 de enero, FJ 6; 209/2007, de 24 de septiembre, FJ 2, y 188/2013, de 4 de noviembre, FJ 2, entre otras muchas).

¹¹² N.DE LA MATA, “Qué hacer contra el allanamiento de morada: defenderla”. 10 de noviembre de 2019 <https://almacenderecho.org/que-hacer-contra-el-allanamiento-de-morada-defenderla> (Consultado el 15 de julio de 2023).

que permite al ocupante acogerse al art. 18 CE¹¹³. Ello lo único que impide es el desalojo policial inmediato, y no valdrá como medio de defensa del ocupante en el proceso judicial, ya que no es posible justificar la ilegalidad de una ocupación con base en la inviolabilidad del domicilio.

3. Función social de la propiedad y *okupación* sin título de viviendas secundarias de grandes tenedores

134. Tanto en el marco de la Constitución española como en el de los tratados internacionales citados el derecho a la vivienda se articula como un mandato al poder público para que implemente políticas que garanticen a los ciudadanos una vivienda digna y adecuada. Es el Estado y no los particulares los encargados de implementar dichas políticas. El problema es que ese derecho es garantizado por el Estado a costa de limitar el derecho de propiedad de los particulares. Ya hemos visto que esta es la tendencia legislativa: se limita el desalojo de ocupantes ilegales a costa del propietario privado que no recibe una compensación adecuada. Como ya he señalado, el juicio de proporcionalidad exigido por el TEDH para la garantía de los derechos contenidos en el art. 8 CEDH, particularmente respecto de la medida de desalojo, no puede provocar el traslado de las obligaciones correspondientes al Estado a los particulares. La jurisprudencia del TEDH no puede servir de excusa para ello.

135. Pero el Estado tiene claro que solo no puede implementar una política de vivienda y ha decidido hacer partícipe de la misma a los particulares, hasta el punto como hemos visto, de tener que soportar el propietario que el ocupante ilegal permanezca en el uso de la vivienda hasta que el Estado pueda proporcionarle la ansiada vivienda social. Esto es lo que hace la LV. Y para ello se acude a limitar el derecho del propietario no por el derecho a la vivienda -cosa que insisto no es posible- sino utilizando el recurso a la función social de la propiedad. A ella alude de forma expresa el art. 33.2 CE que dispone que *“la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes”*. No sólo importa el interés particular del propietario, sino que es preciso atender al interés general¹¹⁴. Como señaló la famosa y, a mi juicio, desafortunada sentencia del Tribunal Constitucional n^o 37/1987 de 26 de marzo *“la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir”*.

136. Pero el legislador no es libre para *“delimitar el derecho de propiedad”* de la mano de la función social porque el art. 53 CE dispone que *“sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”*. Traspasado el contenido esencial, entonces lo que existe es una expropiación procediendo la correspondiente indemnización (art. 33.3 CE).

137. El problema es cuando se entiende que la función social no es un límite al derecho de propiedad, sino que forma parte de su estructura y define también el contenido esencial del derecho

¹¹³ M.CABEZUDO BAJO, *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*, Iustel, Madrid, 2004, p. 168. J.M.GUTIÉRREZ ALBENTOSA, “Conceptos básicos sobre el delito de usurpación de inmuebles”, *Diario La Ley*, N^o 9763, Sección Doctrina, 4 de enero de 2021, p. 48. E.ATARÉS GARCIA / M.C.GARCÍA MARTÍNEZ/ J.RODÓN OLIVELLA, “L’ocupació dels espais privats: aspectes civils, penals i policials”. Ed. CGPJ - Generalitat de Catalunya, *Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada*, Barcelona. 2017, p. 19. SIMÓN MORENO, H., “La ocupación de viviendas sin título habilitante y los derechos humanos en conflicto”, *cit.*, p. 2165. V.PÉREZ DAUDÍ, “La protección del propietario frente a los actos de ocupación ilegal de un bien inmueble”. *Diario La Ley*, núm. 9008 (26 de junio 2017).

¹¹⁴ Según RODOTÀ, S., “Note critiche in tema di proprietà”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, pp.1212, la función social puede imponer la obligación de ejecutar determinadas facultades atribuidas al propietario, o bien, no atribuirle algunas facultades al propietario o condicionar el ejercicio del derecho. La LV limita la facultad de exclusión del ocupante ilegal que le corresponde al propietario.

de propiedad. Así lo hizo la citada y repito desafortunada sentencia del TC n° 37/1987 de 26 de marzo al señalar que la “fijación del “contenido esencial” de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes”.

Esta doctrina es una auténtica “bomba de relojería” pues como ya dijera el Magistrado Rodríguez Bereijo¹¹⁵ en su voto particular a la sentencia del TC 89/1994 de 17 de octubre, si la función social determina lo que es el contenido esencial de la propiedad “viene a dejarse en manos del Legislador ordinario, en aras de la función social de la propiedad, la definición del contenido esencial de las “propiedades” o distintos tipos o categorías de propiedad, al establecer para cada una de ellas su propio y específico régimen jurídico, reconociéndole además una gran disponibilidad o libertad de configuración. En definitiva, el contenido esencial del derecho de propiedad, según el tipo o categoría, será lo que el propio Legislador diga en cada caso y según el criterio dominante en cada momento histórico. Así, huérfano de todo referente ex Constitutione, la garantía institucional que para el derecho de propiedad representa el concepto de “contenido esencial” (art. 53.1 C.E.) se desvanece y volatiliza”.

138. De ahí que con el enfoque que crítico, se haya dicho (STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5) que se ha desconstitucionalizado el derecho de propiedad y la propiedad será lo que el legislador ordinario quiera en cada momento. Desaparecido el límite de límites el legislador ordinario podría en aras de la función social imponer al propietario la posesión de un ocupante ilegal en su propiedad. Todo cabe en la propiedad constitucional cuando hemos volatilizado el límite que supone el contenido esencial¹¹⁶.

139. Buen ejemplo de todo esto es la LV que justifica las limitaciones a los propietarios en la función social que delimita el derecho de propiedad (art. 33 CE) entendiendo que prevalece el derecho fundamental del okupa (sea delincuente o no) a la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la intimidad obviando el límite que a su vez encuentra ésta en el contenido esencial del derecho de propiedad. Esta es la posición en la que se alinea el legislador español al redactar la LV que, como acertadamente se ha señalado¹¹⁷ se ha producido una “administrativización” del derecho de propiedad, prescindiendo de su contenido civil y rediseñando un contenido esencial desde el Derecho público con base en la función social de la propiedad. A mi juicio, este planteamiento violenta el art. 53 CE y prescinde del límite que supone el respeto el contenido esencial del derecho de propiedad.

140. Con este enfoque que vacía de contenido el derecho de propiedad y sobre la base de los derechos fundamentales citados y parece consolidarse la idea que en su momento se recogió en Cataluña (Decreto Ley 17/2019, de 23 de diciembre de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda) que convirtió la ocupación ilegal en vía para dar un título legal al okupa al obligar al propietario gran tenedor a proponer un alquiler social a los ocupantes sin título. El derecho a la vivienda digna entra a través de la función social de la propiedad en una obligación que le toca cumplir al propietario privado. Así de simple.

141. Creo que la LV es una manifestación clara de la falta de una política pública seria en materia de vivienda. Al legislador le ha resultado más sencillo hacer recaer sobre el propietario privado el coste de la política social de vivienda y todo con base en la función social de la propiedad que parece que todo lo puede. El ciudadano vulnerable no puede tener un “derecho a okupar” la vivienda de nadie (sea gran tenedor o no) y la limitación al ejercicio procesal de las acciones que competen al poseedor

¹¹⁵ Voto particular suscrito también por los Magistrados Cruz Vilallón y Gabaldón López.

¹¹⁶ Se muestra especialmente crítica con la interpretación del TC en el sentido que defiende en el texto, M. CARLÓN RUIZ, “La intervención pública en los precios de alquiler de vivienda: una aproximación en clave constitucional” Diario la ley, n° 9815, sección tribuna, 22 de marzo de 2021.

¹¹⁷ S. NASARRE AZNAR, “El proyecto de ley de vivienda 2022”, Fedea. Informes y papeles del Grupo de Trabajo Mixto Covid-19, p. 6, <https://documentos.fedea.net/pubs/ap/2022/ap2022-11.pdf> (Consultado el 13 de julio de 2023).

legítimo no puede convertirse en mecanismo para “reforzar el derecho a la vivienda”, tal y como sin pudor se señala en el recientemente aprobado Real Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio¹¹⁸ que extiende la suspensión de desahucios hasta el 31 de diciembre de 2023, incluso para los que traigan causa de un procedimiento penal. El panorama no puede ser más desolador.

¿Cómo han actuado en otros países¹¹⁹?

142. La clave de la protección del propietario se encuentra en la rapidez del desalojo. En Inglaterra y Gales desde el 1 de septiembre de 2012 es delito la ocupación de edificios residenciales¹²⁰, que es aquel que puede ser usado como vivienda. Da igual que el propietario sea o no un gran tenedor y da igual que tenga la consideración de morada del propietario. Lo importante es que se un inmueble susceptible de ser utilizado como residencia. El delito lleva aparejada una pena de 6 meses de prisión y una multa de 5.000 libras.

143. La policía puede proceder al desalojo del okupa sin necesidad de autorización judicial tanto si se han ocupado bienes residenciales como no residenciales. Como se puede comprobar destaca la rapidez con la que se produce el desalojo. El propietario inicia el procedimiento rellenando un formulario por internet que se resuelve con gran celeridad¹²¹.

144. También Escocia destaca por sancionar la ocupación de inmuebles (*Draft Bill 17th March 1864 prevention of trespasses*). Denunciada la ocupación los agentes de la policía pueden proceder a la detención del ocupante y expulsarlos del inmueble ocupado. Esta celeridad y margen concedido a la policía dota de eficacia al sistema.

145. Alemania también ha tipificado penalmente la ocupación de inmuebles (arts. 123 y 14 del Código penal alemán) dentro de los delitos contra el orden público. El tipo penal es amplio en tanto que abarca la ocupación de vivienda, local, propiedad delimitada o en espacios cerrados destinados al servicio público. La policía desaloja en el plazo de 24 horas desde la denuncia penal. La pena es de un año de prisión y multa. Como se puede comprobar, denominador común es la tipificación penal de la conducta con pena de prisión y multa y un rápido desalojo policial.

146. Francia acaba de reformar su regulación por Ley de 27 de julio de 2023¹²². La reforma se caracteriza por un endurecimiento de las penas por ocupación ilegal y la creación de tipos penales nuevos. La pena por allanamiento de morada se aumenta a tres años de cárcel y 45.000 euros de multa (frente al año de cárcel y 15.000 euros de multa actuales). Se amplía el allanamiento a las viviendas desocupadas que contengan muebles.

¹¹⁸ Así se dice en la nota de prensa emitida por el Ministerio de transportes, movilidad y agenda urbana <https://www.mitma.gob.es/el-ministerio/sala-de-prensa/noticias/mar-27062023-1424> (Consultado el 13 de julio de 2023).

¹¹⁹ Cfr. M.MARTÍNEZ LÓPEZ, “The Squatters’ Movement in Europe: A Durable Struggle for Social Autonomy in Urban Politics” https://www.miguelangelmartinez.net/IMG/pdf/2012_Squatting_Antipode.pdf

¹²⁰ Legal Aid, sentencing and Punishment of offenders Act 2012, conocida como *Ley de Weatherley*. MARTIL, M., “Squatters in residential premises: civil remedies and criminal offences” (2012) 12(5) *Journal of Housing Law* 100.

¹²¹ <https://www.gov.uk/squatting-law/remove-squa> El poseedor legítimo puede desalojar a los ocupantes ilegales mediante una orden provisional de posesión (*Interim Possession Order; IPO*) o presentando una demanda de reclamación de la posesión.

¹²² Solo puede solicitar una OPI si han pasado 28 días o menos desde que se enteró de que su propiedad había sido ocupada ilegalmente. El propietario rellena la solicitud y la envía al juzgado de primera instancia de su localidad. Contestada la solicitud, el juzgado envía unos documentos que tiene que entregar el propietario a los okupas quienes deben abandonar la vivienda en el plazo de 24 horas desde que el propietario les entrega la documentación entregada por el juzgado. De no hacerlo, se les percibe con ingreso en prisión.

¹²² Loi n° 2023-668 du 27 juillet 2023 visant à protéger les logements contre l’occupation illicite <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000047897040>

147. Se introduce un nuevo delito de “ocupación fraudulenta de locales utilizados como vivienda o con fines comerciales, agrícolas o profesionales”, que se castigará con dos años de cárcel y una multa de 30.000 euros. Este delito también se aplicará a los inquilinos que no hayan pagado el alquiler y permanezcan en el inmueble tras una orden firme de desalojo. Estos inquilinos se expondrán a una multa de 7.500 euros, excepto en caso de tregua invernal, suspensión del desahucio o alojamiento propiedad de un arrendador social o de una persona jurídica de derecho público. Como se puede comprobar, la suspensión de desahucio es para el caso de que se trate de vivienda pública.

148. Se crea un nuevo delito castigado con 3.750 euros de multa por propaganda o publicidad que incite a la okupación, y con tres años de cárcel y 45.000 euros de multa por hacerse pasar por el propietario de una vivienda okupada.

149. El texto prevé la inserción sistemática en los contratos de alquiler de una cláusula de resolución automática en caso de impago del alquiler. No obstante, la resolución no será automática, previa solicitud al juez: el juez sólo podrá suspender los efectos de esta cláusula por iniciativa propia o a petición del inquilino o del propietario si el inquilino está en condiciones de saldar su deuda de alquiler y ha “reanudado el pago íntegro del alquiler en curso antes de la fecha de la audiencia”. La suspensión de la cláusula finalizará automáticamente “tan pronto como el primer impago” o retraso en el pago de la deuda de alquiler sea determinado por el juez. Por último, el texto reduce determinados plazos en los procedimientos contenciosos por impago de rentas de alquiler, en particular para los inquilinos que actúen de mala fe.

150. En cuanto al desalojo del ocupante ilegal, Francia regula un procedimiento específico administrativo sin necesidad de autorización judicial¹²³.

151. La tendencia en otros países es a endurecer las penas por ocupación ilegal y a facilitar el desalojo policial. Por el contrario, nosotros dificultamos al propietario la defensa de su derecho y diseñamos el “derecho a okupar” del vulnerable. No es de extrañar que a nivel internacional se considere a España como el paraíso de la okupación¹²⁴.

VI. Conclusiones y propuestas

152. La ocupación ilegal es un ataque frontal al derecho de propiedad que no puede justificarse con base en el derecho a una vivienda digna. Ni las razones que mueven al ocupante ni la condición del propietario pueden legitimar una actuación contraria a Derecho. Es claro que España tiene un problema de vivienda de enorme calado en parte incentivado por distintos gobiernos, al margen de su color político. Resolver el problema de vivienda incentivando el sobreendeudamiento nos condujo a una crisis financiera sin precedentes que ha provocado exclusión social y la concentración de propiedades de inmuebles en manos de unos pocos. Las dificultades actuales de acceder a una vivienda en propiedad y un encarecimiento generalizado del mercado de alquiler fruto de un extraordinario aumento de la demanda, han evidenciado los fallos en una política seria de vivienda en España.

153. Pero la solución a los desequilibrios que se han generado no puede encontrarse violentando los principios más elementales de nuestro Derecho y comprometiendo la seguridad jurídica. La ocupación ilegal no puede convertirse en una nueva forma de tenencia aunque sea con el loable objetivo de procurar a los ciudadanos una vivienda. Los esfuerzos presupuestarios deben centrarse en la oferta de vivienda social y no expropiando del uso sin justiprecio a los propietarios, siendo irrelevante que tengan muchas o pocas propiedades. Esa no es una política seria y se aleja de lo acontecido en los ordenamientos de nuestro entorno que tienden a endurecer la regulación contra la ocupación ilegal protegiendo a TODO propietario.

¹²³ Circulaire du 22 janvier 2021 relative à la réforme de la procédure administrative d'évacuation forcée en cas de «squat».

¹²⁴ <https://wolfstreet.com/2020/09/12/how-spain-became-a-squatters-paradise/>

154. Mal está que aumenten los casos de ocupación ilegal, pero peor es que sea el propio legislador el que desde un planteamiento populista y haciendo una interpretación torticera del principio de proporcionalidad en la defensa de los derechos humanos traslade a los propietarios privados lo que las normas y tratados internacionales imponen a los poderes públicos. La función social como límite al derecho de propiedad no puede servir de vía para trasladar a los propietarios la función de proveer al resto de los ciudadanos de una vivienda digna. El contenido esencial del derecho de propiedad es un límite a la actuación del legislador ordinario que debe respetarse. Si se traspasa, se estará expropiando y procede la compensación pecuniaria. No se puede interpretar el art. 33 CE de forma que el derecho de propiedad carezca de toda garantía constitucional.

155. El legislador no puede generar incentivos a la ocupación ilegal de viviendas excluyendo de tutela a determinados colectivos y haciendo uso de la lentitud en la Administración de Justicia como medio para demorar el desalojo de los ocupantes. Lamentablemente esto es lo que hace nuestra legislación vigente y sobre todo la recientemente aprobada Ley 12/2023, de 24 de mayo por el derecho a la vivienda.

156. La mejor protección contra la ocupación ilegal es la celeridad del desalojo del ocupante, siendo la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la vía más eficiente. Debe dotarse a la policía de instrumentos legales (no bastan instrucciones de la Fiscalía) adecuados para alcanzar el mismo nivel de eficacia que tiene en otros ordenamientos.

157. El enfoque de la solución del problema de la ocupación ilegal debe ser global, tocando todas las normas del sistema que favorecen esta lacra y que generan un mercado paralelo al margen de la ley. Los ciudadanos están huyendo de los remedios que le brinda nuestra regulación y está acudiendo a la vía de hecho, lo cual no es sino un fracaso del propio Estado de Derecho. Por ello creo que son necesarias modificaciones legales entre las que destaco las siguientes:

1. Para evitar que el ocupante ilegal burle la medida cautelar de desalojo falsificando contratos de arrendamiento, sería razonable modificar la libertad de forma del contrato de arrendamiento contemplada en el art. 37 de la Ley de Arrendamientos urbanos. No debe valer un simple documento privado, o incluso un acuerdo verbal si las partes no se *compelen* a la forma escrita. El contrato de arrendamiento debe convertirse en un contrato formal. Bastaría una “formalidad administrativa”: Contrato celebrado por escrito sellado y depositado en la Comunidad autónoma en la que esté situado el inmueble (Consejería de vivienda correspondiente). Podría así crearse un registro administrativo de contratos de arrendamiento de fincas urbanas en la Agencia de vivienda social que es la que actualmente está gestionando las fianzas arrendaticias en la Comunidad de Madrid o en el organismo equivalente de otras Comunidades Autónomas (vgr. la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía).
2. Debe prohibirse el empadronamiento del ocupante ilegal.
3. Deben adoptarse medidas que favorezcan la medida cautelar de desalojo tanto en el proceso civil como el penal. Ambos procedimientos deben poder iniciarse de forma simultánea.
 - Respecto del proceso civil, a medida cautelar de desalojo prevista en el juicio verbal para recuperar la posesión (art. 250.1.4º LEC) debe extenderse también a personas jurídicas. También debe poderse solicitar medida cautelar en el procedimiento recogido en los artículos 250.1.7 LEC y 41 de la Ley Hipotecaria para el caso en el que el poseedor legítimo sea titular registral.
 - En relación con el proceso penal por usurpación de bienes inmuebles, comparto las propuestas ya realizadas por V. Magro Servet¹²⁵
 - Una modificación de la LECRIM que adicione un nuevo art. 544 sexies que señalara lo siguiente “*En los casos en los que se investigue un delito del art. 245 del Código*”

¹²⁵ V.MAGRO SERVET, “¿Delito de ocupación (art. 2452 CP) o allanamiento...? *op.cit.* p. 5.

el Juez o Tribunal, adoptará motivadamente la medida del lanzamiento en el plazo máximo de 72 horas desde la petición cautelar, en tanto en cuanto, una vez requeridos los ocupantes del inmueble, no exhiban el título posesorio por el que están ocupando el inmueble. Antes de efectuar el lanzamiento podrán dar cuenta a los servicios sociales municipales a los efectos de facilitar el realojamiento en el caso de que por las circunstancias del caso así se apreciare”.

- 2ª O bien que el delito de ocupación de inmuebles pase a ser un delito menos grave pudiéndose incoar diligencias previas con petición de medida cautelar por la vía del art. 13 LECRIM.
- 4. El delito de allanamiento de morada debe dejar de ser un juicio con jurado.
- 5. Exención al propietario de la obligación del pago de los impuestos que gravan la propiedad del inmueble cuando se acredite haber iniciado un procedimiento judicial para lograr el desalojo de un ocupante ilegal.
- 6. Los gastos de rehabilitación del inmueble que deba satisfacer el propietario como consecuencia del retraso en el desalojo del ocupante ilegal deben ser gasto deducible fiscalmente.
- 7. Facultar a las comunidades de propietarios y ayuntamientos para instar desalojos de ocupantes ilegales.
- 8. La ocupación de inmuebles debe considerarse delito flagrante permanente y permitirse el desalojo policial del ocupante. O bien, debe objetivarse el plazo (48-72 horas) en el que la policía puede desalojar al ocupante sin necesidad de autorización judicial, en la línea de lo acontecido en los ordenamientos de nuestro entorno.
- 9. El propietario debe poder cortar los suministros de la vivienda ocupada ilegalmente sin que ello tenga la consideración de delito de coacciones.