

## Documento TOL7.260.147

# Jurisprudencia

**Cabecera:** USURPACIÓN

**Jurisdicción:** Penal

**Ponente:** [JUAN MANUEL DE LA CRUZ MORA](#)

**Origen:** Audiencia Provincial de Toledo

**Fecha:** 29/03/2019

**Tipo resolución:** Sentencia

**Sección:** Segunda

**Número Sentencia:** 73/2019

**Número Recurso:** 82/2018

**Numroj:** SAP TO 279/2019

**Ecli:** ES:APTO:2019:279

### ENCABEZAMIENTO:

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

TOLEDO

SENTENCIA: 00073/2019

Rollo Núm. 82/18

Juzg. Instruc. Núm. 6 de Illescas

J. Delito Leve Núm. 143/16

SENTENCIA NÚM.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO

SECCIÓN SEGUNDA

Ilmo. Sr. Magistrado:

D. JUAN MANUEL DE LA CRUZ MORA

En la Ciudad de Toledo, a veintinueve de Marzo de dos mil diecinueve

Esta SECCION SEGUNDA de la Ilma. Audiencia Provincial de Toledo, constituida por el Sr.

Magistrado

expresado en el margen, ha pronunciado, EN NOMBRE DEL REY, la siguiente,

SENTENCIA

Ante esta Audiencia Provincial se ha visto el presente recurso de apelación penal, Rollo de la Sección número 82 de 2018, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción Núm. 6 de Illescas, por un

delito leve de usurpación, en el Juicio por delito leve Núm. 19/18 , en el que han intervenido, como apelante

Luis Carlos , defendido por la Letrada Sra. María Belén Álvarez Gutiérrez y Nicolasa defendido por la Letrada

Sra. Silvia Aguado Sotomayor; y como apelados el Ministerio Fiscal y Building Center, representado por el

Procurador de los Tribunales Sra. Teresa Dorrego Rodríguez y defendido por la Letrado Sra. Carlota García

Ortiz.

### ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO: Por el Juzgado de Instrucción Núm. 6 de Illescas, con fecha seis de Julio de 2018, se dictó sentencia en el juicio por delito leve de que dimana este rollo, cuya PARTE DISPOSITIVA dice: " Que debo CONDENAR y CONDENO a Nicolasa e Luis Carlos como coautores penalmente responsables de un delito leve de usurpación de bien inmueble a la pena de tres meses de multa con una cuota diaria de 6 euros a cada uno de ellos, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, con expresa condena al pago de las costas procesales.

Así mismo, Nicolasa e Luis Carlos deberán proceder al INMEDIATO DESALOJO DEL INMUEBLE sito en la C/ DIRECCION000 n° NUM000 de Yuncos en el PLAZO DE CINCO DÍAS desde la notificación de la presente resolución, bajo apercibimiento de que de no verificarse el desalojo en dicho plazo se procederá al lanzamiento por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

SEGUNDO: Contra la anterior resolución y por Luis Carlos y Nicolasa , dentro del término establecido se interpuso recurso de apelación formulando por escrito sus motivos de impugnación, y recurso del que se dio traslado al resto de las partes, que le contestaron por escrito, los que fueron unidos al correspondiente procedimiento, y efectuado se remitió a esta Audiencia, donde se formó el oportuno rollo y nombrado Ponente, quedaron vistas para dictar resolución. - SE CONFIRMAN Y RATIFICAN los hechos probados, fundamentos de derecho y fallo de la resolución recurrida, en cuanto se entienden ajustados a derecho, por lo que, en definitiva, son HECHOS PROBADOS Se declara probado que "Ha quedado probado y así se declara expresamente que en fecha indeterminada (el día 29 de noviembre de 2017), Nicolasa e Luis Carlos entraron y ocuparon el inmueble sito en la C/ DIRECCION000 n° NUM000 de Yuncos, donde han estado residiendo hasta la fecha del presente juicio sin consentimiento de su titular Buildingcenter SAU"

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

PRIMERO: Que por los condenados por delito leve de USURPACION, se recurre la sentencia alegando como motivos de recurso error en la interpretación del art. 245.2 del Código Penal porque el inmueble okupado no era poseído por la denunciante-propietaria ya que se trataba de una vivienda sin servicios (agua, luz); falta de requerimiento previo de desalojo por parte de la propiedad denunciante; falta de posesión efectiva por parte de la propietaria y estado de necesidad.

El Ministerio Fiscal impugna los recursos y solicita la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO: El delito de usurpación, en su modalidad de ocupación pacífica, que como una suerte de "daño colateral" (GONZALEZ RUS) por mor de la reforma operada por la L.O. 1/2015 de 30 de marzo , ha pasado de ser un delito "menos grave" a un delito "leve" (con las consecuencias procesales a ello inherentes), se encuentra tipificado en el art. 245.2 que sanciona al "que ocupe, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular", el legislador pretende "dar respuesta jurídico penal al fenómeno sociológico de los denominados okupas, y para dar mayor protección a los propietarios de viviendas desocupadas que tienen que hacer frente a este tipo de situaciones" (MARTINEZ GARCIA), así pues, la criminalización de dicha conducta se debe a una concreta opción de política legislativa que "parece responder, por ello, más bien a la vigencia de un Derecho penal simbólico" (MESTRE DELGADO), no teniendo en cuenta que "ya por la vía de los interdictos civiles y de las Leyes de Arrendamientos se les da a los titulares de los inmuebles ocupados suficientes medios para acabar con la ocupación y que, en principio, el problema se debe situar en esa vía" (MUÑOZ CONDE), y si bien se reconoce en nuestra Constitución "el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada" ( art. 47 de la Constitución Española ) , el mismo no se encuentra incluido dentro de los "Derechos Fundamentales" recogidos en el art. 14 de la Constitución Española que encabeza el capítulo segundo y las secciones primera y segunda del referido capítulo, sino en el capítulo tercero intitulado "Principios rectores de la política social y económica" que "no supone(n) propiamente derechos y libertades, sino normas programa para la acción normativa de los poderes

públicos" (PECES BARBA), siendo calificados, más modernamente, como "derechos de segunda generación" o "de participación" (PEREZ LUÑO).

La acción requiere "que el sujeto activo, que en todo caso no puede ser el propietario, se sitúe ilegítimamente en la posición de dominio de éste sobre el bien inmueble, sustituyéndole en sus derechos y facultades inherentes, aunque no pretenda atribuirse la titularidad del derecho de forma definitiva" (BORJA JIMENEZ), debiendo integrar, para ser típicamente relevante "un comportamiento duradero en el tiempo" (QUERALT JIMENEZ), tratándose de "un delito permanente cuya consumación se produce en el momento en que se ocupa el edificio o se continúa en el mismo, desconociendo la voluntad contraria del dueño" (GONZALEZ RUS).

En cuanto al bien jurídico protegido, la jurisprudencia señala que los delitos de usurpación "constituyen una modalidad de delitos patrimoniales que tutelan específicamente los derechos reales sobre bienes inmuebles. En ellos el bien jurídico protegido es el patrimonio inmobiliario, y como delitos patrimoniales la lesión del bien jurídico requiere que se ocasione un perjuicio al titular del patrimonio afectado, que es el sujeto pasivo del delito" ( STS 12-11-2014 ), requiriendo para su comisión los siguientes elementos: a) La ocupación, sin violencia o intimidación, de un inmueble, vivienda o edificio que en ese momento no constituya morada de alguna persona, realizada con cierta vocación de permanencia. b) Que esta perturbación posesoria puede ser calificada penalmente como ocupación, ya que de 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. 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 art. al contemplar el mantenimiento en el edificio "contra la voluntad de su titular", voluntad que deberá ser expresa, e) Que concurra dolo en el autor que abarca el conocimiento de la ajeneidad del inmueble y de la ausencia de autorización, unido a la voluntad de afectación del bien jurídico tutelado por el delito, es decir la efectiva perturbación de la posesión del titular de la finca arrendada.

No serían, por tanto punibles las siguientes conductas: 1) las ocupaciones transitorias u ocasionales, sin ánimo de ejercer derechos posesorios, como pueden ser las meras entradas para dormir ( SAP Barcelona, Sec.

8ª, de 21-03-2012 ), 2) las ocupaciones que recaigan sobre inmuebles no susceptibles de establecer aquella relación reconocible, como ocurre respecto a los edificios abandonados y en estado de absoluta inhabitabilidad o ruina total ( SAP Zaragoza, Sec. 3ª, de 17-06-2015 ), y 3) casos en que la posesión se concede por el titular del bien, ya sea como consecuencia de un contrato ya sea por concesión de un verdadero y propio precario, o en aquellos otros en que por efecto también de un contrato el que está poseyendo adquiere la obligación de entregar la posesión a la contraparte contractual ( SAP Madrid Sec. 17ª, de 17-06-2015 ).

TERCERO: En relación al supuesto de ocupación de inmueble para lo que se conoce como OKUPAS, ya hemos dicho anteriormente que: Auto de 28 de Septiembre 2017 Reconociendo que jurisprudencialmente existen diversas interpretaciones respecto a la situación de autos, en el presente caso nos encontramos con una vivienda y parcela construida aquella en 2007, es decir, nueva, que no presenta signos de abandono que tiene por tanto el carácter de vivienda apta para ser ocupada a través del alquiler o venta.

Entre las situaciones amparadas por el art. 245.2 del C. Penal EDL 1995/16398, deben incluirse aquellas perturbaciones de la posesión de un inmueble, vivienda o edificio ajeno que consisten en la ocupación o mantenimiento dentro de ellos y que signifique un riesgo a una posesión clara y socialmente manifiesta. Así, entrarían dentro del tipo penal la ocupación de un inmueble, vivienda o edificio temporalmente deshabitado a la espera de un comprador, un obra en construcción, etc.; supuestos en los que la ocupación tiene un plus de desvalor que justifica la intervención penal frente a la tutela que otorga el remedio interdictal. No obstante, esta intervención penal resulta desproporcionada cuando nos encontramos con fincas abandonadas o en mal estado, que carecen del arraigo social que cabe atribuir, entre otros supuestos, a las casas de temporada o las casas del constructor temporalmente deshabitadas a la espera de un comprador. No están excluidos de la protección penal los inmuebles, viviendas o edificios que no están en condiciones de ser habitados, pues el legislador coloca en el mismo plano inmuebles, viviendas y edificios, pero sí deben quedar al margen de la protección penal aquellos bienes cuya posesión no resulta evidente en la conciencia social en un ámbito determinado, como es el caso de viviendas o almacenes con apariencia de abandono. Se excluye la protección penal en aquellos supuestos en no existe en el ocupante la decidida voluntad de contrariar la legítima posesión del titular del inmueble por cuanto lo que busca es procurarse un aprovechamiento o utilización meramente pasajeros, transitorios y ocasionales, aprovechamientos que no comprometen la posesión que debe protegerse, ya que en estos casos no existe la voluntad de exclusividad en la detentación del inmueble que perturbe la legítima posesión protegida por el tipo penal del art. 245.2 del CP (S A P Barcelona 19 Octubre 2011) En el presente caso consta la propiedad por información catastral, consta la oposición del propietario a la ocupación, consta la denuncia, así como el reconocimiento de los ocupantes de que han ocupado la vivienda.

Estima esta Sala que el recurso debe ser acogido de manera íntegra La SAP de Badajoz de 3-12-2002 describe las características esenciales y los elementos necesarios para la existencia de la infracción antes mencionada cuando afirma que "...El artículo 245.2 del Código Penal ( EDL 1995/16398) y) ubicado entre los delitos contra el patrimonio en el Título VIII, sanciona con multa de tres a seis meses al "que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular". El delito de ocupación se integra por la concurrencia de los siguientes elementos; en cuanto al sujeto activo, necesariamente ha de ser el no propietario, puesto que el inmueble, la vivienda o el edificio ocupados se califican como ajenos; el sujeto pasivo puede ser tanto el propietario, como la persona que tenga derecho a ocupar el inmueble; el objeto material lo integra la ocupación pacífica de un inmueble, vivienda o edificio, siempre que no sea morada, pues entonces se aplicaría, si se dieran todos sus elementos, el delito de allanamiento de morada; y la falta de autorización debida. El legislador ha querido dar protección penal con este precepto a la posesión del propietario para que pueda ejercer las facultades que le confiere su derecho de dominio; y, sobre la base de este bien jurídico, ha definido la prohibición de ocupar o mantenerse indebidamente en "un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada". El objeto material, según se ha dicho antes, del delito queda definido por un elemento positivo, la calidad de inmueble y ajeno, y otro negativo, que no constituya morada. El bien jurídico protegido por el delito de usurpación es la posesión, es decir, una relación específica del propietario sobre la cosa, una situación de hecho consistente en el señorío sobre la cosa, derivada de su condición de propietario de ella. La posesión constituye una situación fáctico que está amparada por el ordenamiento jurídico con una tutela específica, la llamada tutela interdictal que proclaman los artículos 441 a 446 del Código Civil. A este amparo de carácter civil de los interdictos posesorios, el legislador de 1995 ha sumado una protección penal, definiendo como delito la conducta del art. 245.2 CP (EDL 1995/16398) "...", y sigue añadiendo dicha resolución tras hacer mención a los principios de intervención mínima y de proporcionalidad que han de regir en nuestro derecho penal que lo que "...se prohíbe, a través del art. 245.2 CP (EDL 1995/16398) ( y), es el riesgo que se produce con la ocupación o mantenimiento indebido de un individuo dentro de un inmueble, vivienda o edificio ajenos deshabitado. No es cualquier ocupación la que está contemplado en el citado precepto sino sólo aquella ocupación que realmente signifique un riesgo a la posesión. La determinación de la existencia de una relación posesoria o de señorío sobre una cosa se debe hacer sobre la base de la conciencia social que exista sobre dicha relación; habrá posesión, en consecuencia, en la medida que la conciencia común en un determinado ámbito social entienda que ésta existe sobre una cosa. En consonancia con lo expuesto habremos de considerar incluidas en la protección del art. 245.2 CP (EDL 1995/16398) aquellas formas específicas de perturbación de la posesión de un inmueble,

vivienda o edificio ajeno consistente en la ocupación o mantenimiento dentro de ellos que signifiquen un riesgo a una posesión que sea clara y socialmente manifiesta..." .

como declara la STS de 2 de marzo de 2011 , el tipo penal aplicado en este caso viene referido a dos conductas distintas: la ocupación de inmuebles que no constituyan morada o la de mantenerse en ellos contra la voluntad de su titular, aclarando que el delito de usurpación de bien inmueble ha sido introducido por el legislador para poner fin a la ocupación indebida de inmuebles, vivienda o edificios ajenos que no constituyen morada , así como el mantenimiento de tal ocupación cuando consta la oposición o voluntad en contra de su titular, estimando que la mera ocupación con vocación de permanencia es delito y que incluso la negativa del usurpador a abandonar la vivienda después de un requerimiento explícito o, aún sin requerimiento, después de conocer la existencia del procedimiento penal, constituye delito de usurpación dado que el tipo penal no sólo castiga la ocupación , sino la permanencia en el inmueble en contra de la voluntad del titular.

CUARTO: En el presente caso se dan todos los requisitos jurisprudenciales expuestos, por cuanto lo que ocuparon los recurrentes no era una vivienda, el hecho de que careciera de luz/agua contratada por la propiedad no quiere decir que la vivienda fuera inhabitable, y tampoco que no se haya hecho uso de los servicios.

QUINTO: Que por Luis Carlos se recurre también la cuantía de la multa, considerándola desproporcionada y solicitando se imponga en su caso en cuantía de dos euros.

Efectivamente, el artículo 50.5 dispone que en la determinación de la cuota diaria el tribunal tendrá en cuenta exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo. La jurisprudencia ha considerado ( STS num. 87/2011 ) que la cuota debería fijarse teniendo en cuenta los datos que resulten de las actuaciones, aunque, como señalan las sentencias núm. 175/2001, de 12 de febrero y STS num. 1265/2005 , que la cita, "con ello no se quiere significar que los Tribunales deban efectuar una inquisición exhaustiva de todos los factores directos o indirectos que pueden afectar a las disponibilidades económicas del acusado, lo que resulta imposible y es, además, desproporcionado, sino únicamente que deben tomar en consideración aquellos datos esenciales que permitan efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse". De otro lado, no siempre es procedente la imposición de la cuantía mínima, que debe quedar para supuestos de indigencia, miseria o similares. Igualmente, esta Sala ha señalado en alguna ocasión (STS num. 996/2007 ), que la fijación de una cuota cercana a la cuantía mínima no precisa de una especial motivación. En el presente caso, el Juez a quo ha impuesto la multa en el mínimo del plazo (3 meses) y de la cuantía (6 euros). No ha habido respuesta por parte de los acusados sobre sus ingresos económicos entre otras cosas porque no comparecieron a Juicio habiendo sido debidamente citados, por lo que ninguna pregunta se les puede hacer al respecto.

Procede la desestimación del motivo de recurso.

SEXTO: Que procede imponer las costas del recurso a los recurrentes.

#### **FALLO:**

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por Luis Carlos y Nicolasa , debo CONFIRMAR Y CONFIRMO la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción Núm. 6 de Illescas, con fecha seis de Julio de 2018, en el Juicio por delito leve Núm. 19/2018 , de que dimana este rollo, imponiendo al recurrente las costas causadas en esta segunda instancia.

Publíquese la presente resolución en audiencia pública y notifíquese a las partes con la advertencia de que es firme y no cabe recurso alguno contra ella; y con testimonio de la misma, una vez que haya

ganado firmeza, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sección, juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior resolución mediante su lectura íntegra por el Ilmo. Sr.

Magistrado que la suscribe, en audiencia pública. Doy fe.-

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.