Roj: STSJ CAT 1274/2022 - ECLI:ES:TSJCAT:2022:1274

Id Cendoj: **08019312012022100012**
Órgano: **Sección de Apelación Penal. TSJ Sala de lo Civil y Penal**
Sede: **Barcelona**
Sección: **201**
Fecha: **18/01/2022**
Nº de Recurso: **169/2021**
Nº de Resolución: **15/2022**
Procedimiento: **Recurso de apelación. Juicio penal**
Ponente: **MARIA ANGELES VIVAS LARRUY**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Barcelona, Sección 5ª, 09-03-2021 (rec. 118/2019), STSJ CAT 1274/2022**

FONDO DOCUMENTAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA

SECCIÓ D'APEL·LACIO DE LA SALA CIVIL I PENAL

Recurso de Apelación contra sentencia dictada en PA nº 169/2021

Procedimiento 118/2019-L, Sección Quinta Audiencia Provincial de Barcelona Procedimiento Diligencias Previas 790/2018, Juzgado de instrucción nº 18 de Barcelona.

S E N T E N C I A Nº 15

TRIBUNAL

Angels Vivas Larruy

Carles Mir Puig

Roser Bach Fabregó

En Barcelona, a 18 de enero de 2022

Visto por la Sección de Apelaciones de la Sala de lo Civil y **Penal** del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por las magistradas y el magistrado expresados al margen, el Rollo núm. 169/2021 formado para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona con fecha 9 de marzo de 2021, en su Rollo de Procedimiento 118/2019, en el que figura como acusado Patricio , representado por el Jordi Pich Martinez y defendido por el abogado Alejandro Ribó Bonet. Ha ejercitado la acusación pública el Ministerio Fiscal Ha sido ponente la magistrada Angels Vivas Larruy, que expresa el parecer unánime del tribunal.

ANTECEDENTES PROCESALES

ACEPTANDO los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida, y

"PRIMERO.- La sentencia recurrida declaró probados los hechos siguientes: " ***Primero.-*** En fecha no determinada, pero próxima al día 17-5-2018, el acusado don Patricio entró en la vivienda sita en la CALLE000 nº NUM000 , de Barcelona, y se instaló a vivir en ella, sin el consentimiento de su propietaria doña María Angeles , que vivía en una residencia de la tercera edad.

Segundo.- En la mañana del día 17-5-2018 doña Bernarda , hija de doña María Angeles , acudió a la antes mencionada vivienda, como hacía habitualmente, para recoger el correo y controlar el estado del inmueble. Al tratar de entrar en la vivienda se dio cuenta de que alguien había cambiado la cerradura, por lo que llamó a los

Mossos d'Esquadra, que se personaron y, tras llamar al timbre infructuosamente, le aconsejaron que avisara a un cerrajero.

Tercero.- Una vez que la Sra. Bernarda consiguió que se presentara un cerrajero, volvió a llamar a los Mossos d'Esquadra, que acudieron nuevamente. Tras descerrajar el cerrajero la puerta, los agentes y la Sra. Bernarda accedieron al interior de la vivienda, donde comprobaron que en una habitación había pertenencias personales del acusado, tales como ropa, zapatos y partes de una prótesis; además, había un pasaporte del acusado y un pasaporte de doña Angustia .

Cuarto.- Doña Bernarda avisó a su sobrino don Juan Pablo , quien acudió y también entró en la vivienda. El Sr. Juan Pablo , en compañía de los agentes, revisó la vivienda, y en el armario de la habitación donde estaban las pertenencias del acusado encontraron una bolsa que contenía 53'876 gramos de fenacetina, y dos bolsitas con 15'376 gramos de fenacetina, que en un primer momento los agentes creyeron que era cocaína.

Quinto.- Posteriormente doña Bernarda llevó a las dependencias policiales otra bolsa que dijo haber encontrado en la vivienda, y en la cual había cocaína.

Sexto.- El acusado había hecho suyos, y no han sido recuperados, diversos objetos que había en el piso, como un sable de militar, dos broches de oro, un televisor, y unos relojes, cuyo valor se ignora.

Séptimo.- La sustitución de la cerradura de la puerta le costó 488'84 euros a doña Bernarda ."

SEGUNDO.- Dicha Sentencia contiene el siguiente fallo: Absolvemos a Patricio del delito contra la salud pública que se le imputaba en este procedimiento.

Condenamos a Patricio , como autor de un delito de usurpación tipificado en el art. 245.2 del Código **Penal**, a la pena de cuatro meses de multa de con una cuota diaria de 12 euros, y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

Condenamos a Patricio , como autor de un delito leve de hurto tipificado en el art. 234.2 del Código **Penal**, a la pena de dos meses y 15 días de multa de con una cuota diaria de 12 euros, y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

El acusado debe indemnizar a doña Bernarda con 488'84 euros, más los intereses previstos en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y con la cantidad que se determine en ejecución de sentencia como valor de los objetos sustraídos que se relacionan en el apartado de hechos probados de esta sentencia. Así mismo, deberá pagar dos terceras partes de las costas procesales causadas en el presente procedimiento, y se declara de oficio la otra tercera parte.

Notifíquese la presente resolución a las partes, previniéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el plazo de diez días desde la notificación.

Así por esta nuestra sentencia, de la se unirá certificación al rollo para su notificación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos."

TERCERO.- Contra la mencionada sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal Patricio , fundamentándolo en los motivos que constan en el escrito articulando el recurso.

CUARTO.- Admitido el recurso y dado traslado por diez días a las partes para que presentasen escritos de impugnación o adhesión, fue impugnado por el Ministerio Fiscal. Tuvo entrada en la secretaria de este tribunal en fecha 14 de mayo de 2021.

NUEVOS HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- En fecha no determinada, pero próxima al día 17 de mayo de 2018, Patricio entró y se instaló en la vivienda sita en la CALLE000 nº NUM000 , de Barcelona, en la que había vivido doña María Angeles , y que, en ese momento, vivía en una residencia de la tercera edad. No consta acreditada la titularidad.

En la mañana del 17 de mayo de 2018, Bernarda , hija de doña María Angeles , acudió a la antes mencionada vivienda, como hacia otras veces. Al tratar de entrar en la vivienda se dio cuenta de que alguien había cambiado la cerradura, por lo que llamó a los Mossos d'Esquadra, que se personaron y, tras llamar al timbre infructuosamente, le aconsejaron que avisara a un cerrajero.

Una vez que la Sra. Bernarda consiguió que se presentara un cerrajero, volvió a llamar a los Mossos d'Esquadra, que acudieron nuevamente. Tras descerrajar el cerrajero la puerta, los agentes y la Sra. Bernarda accedieron al interior de la vivienda, donde comprobaron que en una habitación había pertenencias personales de Patricio , tales como ropa, zapatos y partes de una prótesis; además, su pasaporte y un pasaporte de doña Angustia .

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Bernarda avisó a su sobrino, Juan Pablo , quien acudió y también entró en la vivienda. El Sr. Juan Pablo , en compañía de los agentes, revisó la vivienda, y en el armario de la habitación donde estaban las pertenencias del acusado encontraron una bolsa que contenía 53'876 gramos de fenacetina, y dos bolsitas con 15'376 gramos de fenacetina, que en un primer momento los agentes creyeron que era cocaína.

Posteriormente, Bernarda llevó a las dependencias policiales otra bolsa que dijo haber encontrado en la vivienda, y en la cual había cocaína.

Así mismo denuncio que de la vivienda faltaban diversos objetos, como un sable de militar, dos broches de oro, un televisor, y unos relojes, cuyo valor se ignora.

La sustitución de la cerradura de la puerta le costó 488'84 euros a Bernarda .

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Recurre el apelante articulando los siguientes motivos:

1.1. Error en la apreciación dela prueba e infracción del principio in dubio pro reo. Falta de prueba en el juicio oral.

1.2. Infracción de precepto legal, indebida aplicación de los artículos 245.2 y 234.2 del CP

1.3. Vulneración del principio de proporcionalidad en la aplicación de las penas.

1.4. Prescripción de los delitos leves objeto de condena.

Finaliza el recurso solicitando que se revoque la sentencia y se dicte otra por la que se absuelva de los delitos leves , o se imponga la multa diaria mínima de dos o tres euros , o se declare la extinción de la responsabilidad **penal** por prescripción.

2. Habida cuenta de que solicita la prescripción de la responsabilidad **penal** por prescripción, procede entrar en este motivo primeramente, aunque lo ha planteado en último lugar.

Alega en síntesis que se han producido periodos de paralización superiores a un año, en el procedimiento y siendo la condena final por delitos leves de usurpación y hurto, han de declarase prescritos los delitos. Establece como plazo a computar, desde el dictado de auto de apertura de juicio oral 2/9/19; o desde que se remite la causa el 5/12/19, o desde el auto de admisión de pruebas hasta el señalamiento del juico.

Lleva razón la defensa al mencionar el el acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo de fecha 26 de octubre de 2010, en relación al cómputo de la prescripción; en el que se indica que: *"Para la aplicación del instituto del prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendiendo este el declarado como tal en la resolución judicial que así lo pronuncie. En consecuencia, no se tomará en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que haya sido rechazada por el Tribunal Sentenciador.*

Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos, como delito o falta.

En los delitos conexos o en el concurso de infracciones se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal Sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado."

Sin embargo en el caso de autos entendemos que no ha trascurrido el plazo de un año en los periodos señalados aunque la causa ha tardado en tramitarse, es decir no ha habido paralización por falta de actividad. La admisión de pruebas propuestas, aunque fue por auto de 20 de enero de 2020, y se señaló el juicio entonces (folio 8 del Rollo de sala Sección Quinta) para el 16 de septiembre; se practicaron citaciones y enviaron informes como el peritaje (folio 15 a 19); se realizó la práctica de prueba solicitada por la defensa tendente a establecer el grado de toxicomanía del acusado (folio 34) remitiendo oficios el 9 de marzo de 2020.

El 12 de junio de 2020 el letrado de la defensa solicitó la suspensión del juico prevista para septiembre porque tenía señalamiento anterior y preferente al ser causa con preso. Se señaló de nuevo para el día 2 de marzo de 2021 en el que consta se celebró la vista (fol.114). Por tanto se han estado realizando diligencias necesarias para la celebración del juicio sin que pueda afirmarse, como dice la defensa, que hay paralización superior a un año pues las acordadas tienen la virtualidad suspensiva, y eran necesarias para la celebración del juicio. El motivo no puede tener acogida.

3. Error en la apreciación dela prueba e infracción del principio in dubio pro reo. Falta de prueba en el juicio oral.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

3.1. En relación al delito de usurpación alega que no se ha acreditado ni la propiedad ni la posesión de la vivienda por parte de la denunciante, ni siquiera se ha aportado una nota del registro. Añade que no hay prueba del elemento temporal, ni había voluntad de permanencia estable y duradera. Se refiere a las declaraciones de la denunciante en el sentido de que el piso no estaba abandonado que iban ella o el sobrino, señalando que unas veces dice que iba cada semana otra continuamente (en el juicio) y otras de vez en cuando, y el sobrino que dice en juicio que iban muy poco, cada tres o cuatro meses. No ha habido ningún requerimiento de abandono al acusado, y que este ocupaba el piso en la convicción de que era de una amiga que lo acaba de alquilar, por lo que invoca la concurrencia de buena fe. Finalmente alega que había un posible estado de necesidad, finalmente se refiere al principio de intervención mínima.

3.2. Respecto al delito de usurpación: El delito de usurpación, en su modalidad de ocupación pacífica, se encuentra tipificado en el art. 245.2 que sanciona 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"*. La criminalización de dicha conducta se debe a una concreta opción de política criminal que no tiene en cuenta la colisión que provoca con las normas del Derecho civil que ofrecen una protección del derecho posesorio de inmuebles (los *interdictos civiles y las Leyes de Arrendamientos)*. De otra parte, 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 actúan como normas programáticas en la actuación de los poderes públicos.

La acción típica 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, debiendo integrar, para ser típicamente relevante un comportamiento duradero en el tiempo, 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.

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 800/2014*).

Se requieren, pues, 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 ajenidad 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 conductas como las ocupaciones transitorias u ocasionales, sin ánimo de ejercer derechos posesorios, 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 casos en que la posesión se concede por el titular del bien, ya sea como consecuencia de un contrato ya s

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.

3.3. En el caso que tratamos en primer lugar no consta acreditada la titularidad del inmueble de forma documental, no se ha aportado nota simple del registro de la propiedad que indicara que lo era la Sra. María Angeles , no se acredita tampoco que se haya hecho requerimiento alguno de abandonar la vivienda, no que acreditada la frecuencia con la que era controlado el citado inmueble, ni cuánto tiempo estuvo el acusado en el interior del mismo.

Merece citarse la **Sentencia 173/2015 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona** . Este nivel de análisis parte de la trascendencia del bien jurídico protegido por la norma **penal** para delimitar su ámbito de actuación, como fuente de legitimidad. Afirma esta resolución: "la tutela **penal** que se pretende otorgar no puede identificarse exclusivamente con un genérico ius possidendi que se deriva de la titularidad de la cosa. La posesión penalmente protegida sólo puede ser la del titular inmediato esto es la que se deriva del ius possesionis la que da contenido efectivo al derecho subjetivo de goce y disfrute actual de la cosa. De ahí que para que la norma **penal** pueda entrar en juego, el acto perturbatorio deba reunir determinadas condiciones de intensidad, tanto objetivas como subjetivas".

Y como consecuencia de tal premisa argumental, concluye del siguiente modo, que se comaprte en esta resolución: "No podemos aceptar, desde elementales exigencias hermenéuticas en la interpretación y aplicación de los tipos **penales**, que cualquier perturbación posesoria justifique la puesta en marcha de los mecanismos **penales** de protección. Evidentes criterios de adecuación reclaman que la acción perturbadora reúna determinadas notas de antijuricidad, de contrariedad al derecho, de intensidad cuantitativa y cualitativa, que deben medirse en relación directa con el daño y la alteración causada a un estatus posesorio actual que viene determinado por el ejercicio del ius possesionis que ostenta su titular.

Sin dicho esfuerzo de delimitación nos enfrentaríamos a la indeseable situación en la que concurrirían espacios de protección superpuestos, el civil y **penal**, que comprometería los deseables niveles de racionalidad pragmática, sistemática y ética a los que debe responder todo ordenamiento jurídico. ¿Cuáles son esos niveles de lesividad que debe reclamarse a la acción perturbadora para justificar la reacción **penal** contemplada en el tipo del artículo 245.2 CP ?

3.5. Como apuntábamos, el acto perturbador debe interferir de manera mensurable y relevante en el ejercicio actual, material e inmediato de los derechos posesorios que ostenta el titular, en particular el de goce de la cosa y el de aprovechamiento de sus frutos y rentas. Es el contenido objetivo del derecho lo que debe resultar lesionado. La ocupación penalmente relevante debe equivaler en su resultado antijurídico no sólo a un acceso a la posesión, como describe el artículo 438 CC , sino a una exclusión del legítimo titular del ius possesionis a su actual disfrute pacífico y a las utilidades que constituyen una consecuencia derivada del mismo. Perturbaciones transitorias o que recaigan sobre cosas o inmuebles sobre las que su titular no ejercite efectiva y actualmente los derechos de disfrute que se derivan del derecho a poseer no merecen ser penalmente castigadas.

El Código **Penal** no puede estar al servicio de exclusivos intereses recuperatorios de la posesión de la cosa cuando el titular del derecho posesorio, ius possidendi, durante un periodo significativo de tiempo no lo ha ejercido en términos materiales y directos, sin perjuicio, obviamente, de las facultades de exclusión y de recuperación posesoria que le ofrecen el Código civil y las leyes procesales.

Por todo lo expuesto, en este caso, hay que considerar que no concurren todos los elementos típicos del delito de usurpación de manera que en este punto se estimará el recurso.

3.6. En cuanto al delito leve de hurto, alega el recurrente que no se han encontrado los objetos en poder del acusado, y no puede presumirse que se hubiera apoderado de los mismos; Que la lista de los objetos que, la hija dice que faltan, ha variado en el procedimiento. Tampoco se ha acreditado su preexistencia, ni consta aportada factura sobre la propiedad (prueba admitida por auto del 20 de enero de 2021, de todo ello concluye que ha de aplicarse el principio de in dubio pro reo.

Es cierto que ni se ha acreditado la preexistencia der los objetos, ni tampoco se ha encontrado objeto alguno de los denunciados como sustraídos al acusado, no fueron tampoco tasados, por lo cual que se condenó por delito leve, al conferir valor inferior a 400 euros. Por otra parte no consta desde que fecha el acusado pudo estar en el domicilio, o si fue la única persona que accedió al mismo, la sentencia indica que nadie accedió pero es una suposición en contra de lo que dice el acusado que una amiga le dejo el piso. A mayor abundamiento en el interior se encontró según los hechos probados el pasaporte de una mujer; lo cierto es que se había cambiado la cerradura lo que compromete la afirmación de que nadie más accedió al domicilio.

La preexistencia de los objetos que se dicen sustraídos, aparte de que se solito prueba por parte de la defensa, admitida, que no fue cumplimentad, tampoco se aportó ningún elemento tipo fotografías o alguna evidencia de esa preexistencia por lo que en el caso, hemos de concluir que no se acredita con suficiencia la comisión del delito leve de hurto, y en consecuencia, procede estimar en este punto el recurso y dictar sentencia absolutoria también respecto de este delito.

3.7. Se declaran do oficio las costas causadas.

PARTE DISPOSITIVA

Fallamos, en atencion a lo expuesto, haber lugar al recurso de apelacion interpuesto por la representación procesal de Patricio contra la sentencia de 9 de marzo de 2021 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Seccion Quinta), cuya resolucion Revocamos.

Debemos absolver y absolvemos a Patricio del delito leve de usurpación y del delito leve de hurto por los que había sido condenado en la instancia. Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en los términos que previene el art. 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Esta es nuestra sentencia que firmamos y ordenamos.

PUBLICACIÓN. La anterior Sentencia fue leída, firmada y publicada en el mismo día de su fecha. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ