

**JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1
BOLTAÑA**

Procedimiento: JUICIO SOBRE DELITOS LEVES 000010 /2017

SENTENCIA: 00022/2017

En BOLTAÑA a treinta de mayo de dos mil diecisiete.

Vistos por D^a. María Sáenz Martínez, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Boltaña, en juicio oral y público, el presente Procedimiento Juicio por Delito Leve registrado con el número 10/2017, iniciado a solicitud de Fiscalía en virtud de denuncia que le fue presentada por la Confederación Hidrográfica del Ebro, interviniendo en las actuaciones el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente procedimiento se inició mediante denuncia por un presunto delito de usurpación de bien inmueble. Practicadas las diligencias que se consideraron oportunas las partes fueron citadas a la celebración del juicio.

SEGUNDO.- El acto del juicio oral tuvo lugar el 25 de mayo de 2017, practicándose las pruebas que se consideraron oportunas según consta en la grabación realizada al efecto y que aras a la brevedad se tiene por reproducida.

TERCERO.- Por el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado se solicitó la absolución de ROGER VILANOVA ALCON, ROIG ANNA NOLLA, IBAN MARTÍNEZ MORGADO, MIQUEL BALAGUER YUS, ANNA BARRANCO LLOP, DANIEL PIQUE AGUILAR, DANIEL ANIEL ZICAVO, AITOR SÁNCHEZ DOMEQUE; y la condena de ORIOL FONT GUAL por un delito de usurpación tipificado en el artículo 245.2 del Código Penal, a la pena de 6 meses de multa a razón de 6 euros diarios, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, y en concepto de responsabilidad civil derivada del delito se solicitó la condena al desalojo del inmueble, previo informe de Servicios Sociales de carácter urgente y preferente.

La representación de ROGER VILANOVA ALCON, ROIG ANNA NOLLA, IBAN MARTÍNEZ MORGADO, MIQUEL BALAGUER YUS, ANNA BARRANCO

LLOP, DANIEL PIQUE AGUILAR, DANIEL ANIEL ZICAVO, AITOR SÁNCHEZ DOMEQUE, solicitó la absolución de los mismos.

La representación de ORIOL FONT GUAL solicitó su absolución.

CUARTO.- De conformidad con el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, partiendo de fuentes probatorias vistas y oídas directamente por el juzgador y sometidas al debate contradictorio del juicio oral, valoradas en conciencia, se declaran los siguientes hechos probados:

HECHOS PROBADOS

ROGER VILANOVA ALCON, ROIG ANNA NOLLA, IBAN MARTÍNEZ MORGADO, MIQUEL BALAGUER YUS, ANNA BARRANCO LLOP, DANIEL PIQUE AGUILAR, DANIEL ANIEL ZICAVO, AITOR SÁNCHEZ DOMEQUE, han estado durante tiempo indeterminado, con cierta permanencia, y con anterioridad a 2014 en terrenos pertenecientes a la Confederación Hidrográfica del Ebro.

ORIOL FONT GUAL, junto a su pareja y sus dos hijos menores, actualmente vive en una edificación sita en la finca denominada Casa la Selva junto a terrenos circundantes al TM de la Fueva (Huesca), situada en terrenos pertenecientes a la Confederación Hidrográfica del Ebro. ORIOL esta en dicha zona desde noviembre de 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- PRINCIPIO ACUSATORIO

Tanto el Ministerio Fiscal, como el Abogado del Estado no formulan acusación contra ROGER VILANOVA ALCON, ROIG ANNA NOLLA, IBAN MARTÍNEZ MORGADO, MIQUEL BALAGUER YUS, ANNA BARRANCO LLOP, DANIEL PIQUE AGUILAR, DANIEL ANIEL ZICAVO, AITOR SÁNCHEZ DOMEQUE, ya que consideran acreditados que, en el caso de probarse que son autores penalmente responsables de los hechos denunciados, el delito perseguido estaría prescrito de acuerdo al artículo 130.6 en relación con el artículo 131.1 Código Penal (CP en adelante), según se desprende de la documental presentada por su Letrada en el acto del juicio.

En consecuencia, en virtud del principio acusatorio, al no mantener la acusación el Ministerio Fiscal ni el Abogado del Estado, no existiendo otra acusación en el procedimiento, procede dictar una sentencia absolutoria respecto de los denunciados anteriormente citados. El principio acusatorio, que rige en nuestro ordenamiento procesal, impide al Juzgador resolver sobre el fondo de la cuestión planteada cuando ninguna de las partes formula acusación, como en el caso que nos ocupa, en que no resultará posible un pronunciamiento sobre la tipificación penal de la conducta denunciada, al no haberse dado el presupuesto procesal ineludible, esto es, que

un tercero ajeno al órgano jurisdiccional, por tanto, alguna de las partes del proceso, solicite la condena del denunciado formulando la acusación, todo ello al amparo de lo dispuesto en el artículo 24.2 de la Constitución, confirmado en tal interpretación por la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional.

Por tanto, procede acordar la absolución en el presente procedimiento de ROGER VILANOVA ALCON, ROIG ANNA NOLLA, IBAN MARTÍNEZ MORGADO, MIQUEL BALAGUER YUS, ANNA BARRANCO LLOP, DANIEL PIQUE AGUILAR, DANIEL ANIEL ZICAVO, AITOR SÁNCHEZ DOMEQUE.

SEGUNDO.- CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

El artículo 245.2 CP: "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 tres a seis meses".

Muchas de las conductas previstas en el artículo 245.2 CP no tienen entidad suficiente para ser constitutivas de delito de acuerdo con los principios de subsidiariedad, intervención mínima, y el principio de proporcionalidad que informan el Derecho penal, ya que no queda justificada su intervención cuando existen otros medios y procedimientos para proteger los bienes jurídicos más importantes para una convivencia pacífica en la sociedad.

En este caso, existen dos tipos de protección posesoria, la civil y la penal, por ello no toda perturbación de la posesión es subsumible en el precepto penal. Sólo los casos más graves, es decir, cuando la perturbación de la posesión tenga mayor significación, **entendiéndose que la intervención penal aparece desproporcionada tratándose fincas cuya posesión no resulta evidente en la conciencia social en un ámbito determinado, como las abandonadas, en mal estado (ST de 25.04.2013, AP secc. 2ª AP Valencia).**

Ampliar el tipo penal a determinadas conductas consagraría un entendimiento abusivo (prohibido por el art. 7.2 del Código Civil) de la amplitud del derecho de propiedad que, con olvido de su función social, se habría impuesto a la satisfacción puramente transitoria del derecho constitucional de toda persona a una vivienda digna. A mayor abundamiento, el artículo 37.7 de Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, califica la misma conducta como infracción administrativa leve, aunque reconoce la existencia de la sanción penal, no obstante sirve como criterio interpretativo del tipo penal puesto que debe hacerse una aplicación restrictiva del mismo, pues si existen otras vías de sanción de la acción, acudir a la penal debe tener plena justificación.

En todo caso, las respuestas judiciales son dispares y hay que estar al caso concreto para delimitar si los hechos son o no constitutivos del ilícito penal sancionado en el artículo 245.2 CP. En tal sentido, habría de realizar una valoración conjunta del artículo 47 de la Constitución como principio rector que debe informar las actuaciones de los poderes públicos (incluyendo al poder judicial), con la normativa internacional de los derechos humanos, concretada en instrumentos internacionales como el artículo 11.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, 10 Sociales y Culturales o el artículo 23 de la Convención de los Derechos del niño.

TERCERO.- VALORACIONES JURISPRUDENCIALES APLICABLES AL CASO.

Sentando lo anterior, la Sentencia de la AP de Cádiz, nº 210/2016, de 1 de septiembre de 2016 señala en un supuesto sustancialmente asimilable al presente lo siguiente:

"Se ha discutido hasta la saciedad en la denominada Jurisprudencia menor acerca de si el bien jurídico protegido es la propiedad o si lo es la mera posesión y, por otra parte, desde una interpretación sociológica del precepto -conforme al art. 3 del Código Civil -, se ha propiciado el advenimiento de un sólido cuerpo de sentencias, de las mas dispares Audiencias Provinciales, en las que late soterrada la necesidad de conciliar el derecho a la igualdad y al disfrute de una vivienda digna y adecuada -que proclama el art. 47 de la Constitución , imponiendo incluso a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones necesarias para hacer efectivo este último derecho-, con el derecho a la propiedad privada, proclamado en el artículo 33.2 de la Constitución y en el art. 348 del C. Civil , cuya función social delimita su contenido, pero de acuerdo con las Leyes, sin que nadie pueda ser privado de sus bienes y derechos, sino por las causas legalmente establecidas".

...

"(...)la SAP DE VALENCIA, sección 2ª de 2 de julio de 2008 : " La ocupación del inmueble, para que sea penalmente relevante, debe equivaler, en su resultado antijurídico, no sólo a un acceso a la posesión, como describe el artículo 438 del Código Civil , sino una exclusión del legítimo titular del "ius possidendi" en su disfrute pacífico y a las utilidades que constituyen una consecuencia derivada del mismo »(...) Dicho de otro modo, la protección penal de la propiedad privada que ofrece el tipo del art. 245.2 , solo alcanza a quienes pretenden privar al legítimo propietario de una de las facultades más características de su derecho, cuál es la posesión, que no ha de ser entendida en el sentido laxo de tenencia material, sino el más civil de quedar la cosa sujeta a la acción de su voluntad (art. 438 del CC) ». En el mismo sentido la SAP de Santa Cruz de Tenerife sección

segunda, de fecha 22 de febrero de 2008 o la SAP de Madrid sección 2ª de 30 de abril de 2008 y con cita de la AP de Cádiz de 18 /11 /2003: «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 EDL 1889/1, sino a una exclusión del legítimo titular del ius possidendi a su 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 ».

...
“(…) cuando estamos ante fincas o inmuebles respecto de los que de forma palmaria y manifiesta el titular no ejercita el derecho posesorio, el delito no puede existir, en el primer caso porque no se pone en riesgo la posesión del titular y en el segundo porque es el propio titular el que la ha puesto en riesgo renunciando a unas mínimas medidas de protección, exclusión y conservación”

...
“(…) no serían punibles las ocupaciones de fincas abandonadas (Las Palmas, Sección 1ª, Sentencia 221/2015 de 5 Oct. 2015.), ni aquéllas en las que no exista una posesión "socialmente manifiesta" (Las Palmas, S. cit.); el mismo espíritu se deja ver en la Sentencia de la A.P. Madrid, Sec. 5ª de 9/10/2000.”

Concluyendo en su Fundamento de Derecho Segundo que: **“Es jurisprudencia reiterada y prácticamente unánime y deriva del sentido común que protegiéndose penalmente el hecho posesorio como facultad inherente al dominio, que no el dominio mismo, no merece la más contundente de las herramientas de protección del sistema jurídico quien no actualiza dicha posesión y la desatiende hasta el punto de llevar a estado de abandono un edificio”.**

CUARTO.- RESPONSABILIDAD PENAL

Teniendo en cuenta el anterior Fundamento de Derecho por el que resultan disipadas las dudas jurídicas del presente procedimiento, y respetando la doctrina jurisprudencial, especialmente la STS de 12 de noviembre de 2014, que determina las características, elementos y requisitos de este tipo, debe concluirse que la conducta en el presente procedimiento perseguida no puede ser subsumida en el tipo penal previsto en el artículo 245.2 CP, conforme a los razonamientos que a continuación se exponen:

- El primer requisito para considerar la conducta punible es una ocupación de un inmueble, vivienda o edificio que en ese

momento no constituya morada de alguna persona, se haya hecho sin violencia o intimidación y con cierta vocación de permanencia.

En este caso, no puede reputarse la conducta del denunciado como ocupación en términos penales. Conforme a la denuncia presentada, y los términos en los que se dirige la acusación, se hace referencia a una "superficie ocupada", en referencia al terreno forestal ocupado. El informe presentado por el Abogado del Estado tiene por objeto describir la situación de la "ocupación ilegal de terrenos en los montes gestionados por la CHE" y reprocha la construcción de nuevas edificaciones, y la ocupación temporal del lugar mediante acampada. Tal descripción de hechos demuestra que la persecución de la conducta por el delito de usurpación no es oportuna para poner fin a tal situación, ya que la CHE no pretende a través de este procedimiento recuperar la posesión de un bien inmueble concreto sino impedir el uso de bienes demaniales por personas no autorizadas para ello. Si bien es un derecho legítimo, la vía para conseguirlo no es el delito de usurpación previsto en el 245.2 CP.

Además, ha existido una inicial falta de concreción del edificio ruinoso en cuestión, del objeto del delito, ya que sólo afecta a una de las localizaciones que la denuncia describe.

La edificación ruinoso afectada fue expropiada en el año 1977 según la documentación aportada por la Abogacía del Estado. En ningún caso fue objeto de una efectiva posesión por la CHE, estando casi cuarenta años después en un estado total de abandono en medio de una extensión de terreno forestal anejo al embalse. La edificación ocupada no contaba con ninguna instalación de suministro, y su estructura estaba en ruinas, realizado los denominados Amigos de la Selva la rehabilitación del lugar. Como se menciona en los documentos 5 y 7 aportados en juicio por la defensa, de no ser por los pobladores la edificación objeto del delito no existiría, pues la casa ya "se habría perdido".

En el informe presentado por el Abogado del Estado sobre ocupación ilegal de terrenos en los montes gestionados por la CHE, menciona como medidas a adoptar para dificultar el acceso y el establecimiento de nuevas ocupaciones, la demolición total o parcial de aquellas edificaciones que se consideren más prioritarias y carezcan de valor etnográfico. En dicho informe, confirma que existió una acampada en el lugar, que resulta coherente con la declaración de los testigos que manifiestan que estuvieron realizando labores de rehabilitación y limpieza en la zona. El informe aportado junto con la denuncia relativo a la situación de las ocupaciones en junio de 2015 expresamente señala que los inmuebles, aunque no especifica cuales, se encuentran en

estado de ruina y que el desplome de los muros puede ocasionar daños irreparables para las personas que lo habitan, lo cual excluye en sí mismo, como valora la Sentencia de la AP de Cádiz citada, que la conducta sea punible. En dicho informe se indica que se mantiene la propuesta de proceder al derribo de la edificación, no obstante, el edificio ocupado ha sido rehabilitado.

Conforme a lo expuesto, el objeto del delito de usurpación no existe o no coincide con el de la conducta perseguida en el presente procedimiento.

- El segundo requisito para considerar la conducta punible es que conducta posesoria pueda ser calificada penalmente como ocupación, y para ello ha de conllevar un riesgo relevante para la posesión del sujeto pasivo sobre el inmueble afectado, 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.

Como se ha indicado, el derecho penal debe entrar como ultima ratio, es decir, de manera subsidiaria cuando no hay otra vía a la que acudir para restaurar el valor protegido por el ordenamiento jurídico o resarcir el daño producido. En este caso, la CHE como organismo público no sólo tiene la vía contencioso administrativa para lograr el desalojo de la zona afectada, sino que acudió a la misma e inició un expediente de recuperación posesoria, en el que se dictó una resolución por la que se acordaba la recuperación posesoria de las fincas denominadas Casa Selva y Núcleo de Bediello, en las que se encuentra la edificación afectada en este procedimiento. Asimismo, dicha resolución fue objeto de recurso contencioso administrativo y entre tanto el recurso estaba pendiente de resolución ante el TSJ de Aragón se interpuso la denuncia que ha dado lugar al presente procedimiento, lo cual conlleva a la atipicidad de la conducta conforme a las siguientes valoraciones:

- Ha existido una duplicidad de procedimientos con un mismo objeto, y teniendo en cuenta lo expuesto en el Fundamento de derecho Segundo de la presente resolución, debe hacerse una interpretación restrictiva de la conducta punible, y por ende la misma debe resultar impune.

- En el caso de haberse estimado el recurso interpuesto ante el TSJ, estaríamos ante un procedimiento penal frente a quienes se les hubiera reconocido el derecho permanecer en

la zona. No pudiendo estar la conducta punible en el momento de interponer la denuncia sujeta a una condición suspensiva para valorar su tipicidad o antijuridicidad.

- La interposición de la denuncia penal pendiente de una resolución judicial por el mismo hecho, supone una falta de reconocimiento de la autoridad del TSJ para resolver el asunto, pues puede considerarse una segunda vía para obtener su objetivo en el caso de no haber sido estimada su pretensión.

- Ha sido aportada la Sentencia desestimatoria del recurso, por tanto confirmatoria de la resolución administrativa de la CHE, del Ilmo. TSJ de Aragón de 13 de julio de 2016. Dicha Sentencia puede ser ejecutada en cualquier momento por el organismo público, sin que sea necesaria la actuación penal.

- Por último, si los hechos investigados estaban pendiente de una resolución judicial que determinara si era procedente la ocupación del investigado que afecta a la presente causa, como de la simple lectura de la Sentencia se desprende, resulta legítimo creer que entre tanto no exista resolución judicial firme, una vez iniciada la vía contencioso administrativa, el investigado tenía el convencimiento de que su situación podía considerarse legítima y no antijurídica. Ello enlaza con el siguiente requisito,

- El tercer requisito para considerar la conducta punible es 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 ocupada. Hay que destacar que, conforme a la documentación aportada por la defensa, los denunciados tienen apoyo institucional de entidades o autoridades públicas, quienes amparan la solicitud de uso realizada a la CHE por la asociación de Amigos de la Selva (documentos 3 a 7 presentados por la defensa). Ello contribuye a que el investigado tenga la creencia o, en su caso entienda que su situación es legal o legalizable y, por ende que se trata de una mera situación de hecho situada en los extramuros del derecho penal. Dicha creencia tiene relación con la exclusión del siguiente requisito,

- El cuarto requisito para considerar la conducta punible, es que el realizador de la ocupación carezca de título jurídico que legitime esa posesión. En aquellos casos en que el ocupante piense erróneamente que existe un título jurídico que ampara su ocupación del inmueble, estaríamos ante un supuesto de error de tipo que excluiría la presencia de dolo y seguiría las reglas del art. 14.1 CP. Es decir, de ser

invencible excluiría la responsabilidad criminal, mientras que el error vencible supondría el castigo a título imprudente. Como este delito no está previsto en su modalidad imprudente, el error de tipo vencible también daría lugar a la exclusión de la responsabilidad penal.

- El quinto requisito para considerar la conducta punible, es que conste la voluntad expresa contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble, bien antes de producirse, bien después.

Se ha indicado que el investigado está en la zona en la que se encuentra el edificio por el rehabilitado desde el año 2010, ya que inicialmente acampó en el lugar, y realizó con otras personas labores de limpieza y rehabilitación de la zona. La denuncia de la CHE fue presentada en el año 2016, existiendo entre tanto un dilatado proceso contencioso administrativo que tiene la misma finalidad que el presente procedimiento puesto que como acción civil se ha solicitado el desahucio. Partiendo de dichos datos, *hay que recordar que 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 período significativo de tiempo no lo ha ejercido en términos materiales y directos, sin perjuicio de las facultades de exclusión y recuperación posesoria que ofrecen el Código Civil y las leyes procesales (así, la SAP Barcelona, sección 5ª, de 16 de enero de 2003, F.D.5º; la SAP Lleida 413/2012, sección 1ª, de 14 de diciembre, F.D.2º, y la SAP Madrid, sección 16ª, 862/2013, de 26 de diciembre, F.D.2º, por todas).*

En atención a todos los argumentos dados debe concluirse que la conducta del investigado no puede considerarse punible. La CHE es la titular de los terrenos y tiene un legítimo derecho a recuperarlos, pero para ello debe acudir, como ya lo ha hecho, a la vía jurisdiccional oportuna, quedando excluida la vía penal en los hechos objeto de enjuiciamiento.

Por otra parte, pese a no ser necesario entrar en el resto de alegaciones una vez excluida la aplicación del tipo penal, mencionar que como se ha demostrado ningún concreto riesgo de incendio se acredita sino que incluso la presencia de personas en la zona que cuiden de la misma permite disminuir su riesgo, siendo en todo caso su presencia menos lesiva que actividades consentidas en la zona por la CHE como pudiera ser la caza, según se ha explicado en juicio, sin perjuicio de que la CHE sea quien legítimamente autoriza o no el uso del dominio público y pueda por la vía jurisdiccional pertinente excluir de su uso al investigado.

Tampoco se acredita la producción de ningún acto violento en la ocupación, pues ninguna prueba ha versado sobre ello, y no

consta ninguno acto especialmente referido al investigado en relación con la específica ocupación de la edificación ruinoso realizada. Cualquier otro acto de carácter violento que pudiera haberse producido ajeno a la conducta típica analizada en el presente procedimiento es irrelevante. Todo ello sin perjuicio de que los actos de sabotaje o daños mencionados en el informe, además de que en su caso supondrían la inaplicación del artículo 245.2 CP y la incompetencia de este Juzgado para juzgarlos, han quedado huérfanos de prueba.

QUINTO.- COSTAS

En cuanto a las costas procesales, por aplicación del artículo 123 del Código Penal en relación con el artículo 240 y demás concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede su declaración de oficio a la vista de la absolución de la parte denunciada.

V I S T O S los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

QUE DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO LIBREMENTE del hecho origen de estas actuaciones a ROGER VILANOVA ALCON, ROIG ANNA NOLLA, IBAN MARTÍNEZ MORGADO, MIQUEL BALAGUER YUS, ANNA BARRANCO LLOP, DANIEL PIQUE AGUILAR, DANIEL ANIEL ZICAVO, AITOR SÁNCHEZ DOMEQUE y ORIOL FONT GUAL, declarándose las costas de oficio.

Notifíquese a las partes y al Ministerio Fiscal.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe interponer recurso de apelación en este Juzgado para ante la Ilma. Audiencia Provincial de HUESCA en el plazo de **CINCO DIAS** desde su notificación.

Así por ésta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.