

**Endika
Zulueta
San Sebastián**

C./Arenal 20, 4º B. 28013 Madrid
Tf. 91 5316262 - Fax 91 5311408
endika@nodo50.org

CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ
DE LA SALA

R. APELAC: 381/05

J. ORAL: 272/03

JDO. PENAL Nº5 DE MADRID

SENTENCIA NUM:504

PROVINCIAL DE MADRID

ILTMOS. SRES. DE LA SECCION TERCERA

D. ADRIAN VARILLAS GOMEZ

D. JUAN PELAYO GARCIA LLAMAS

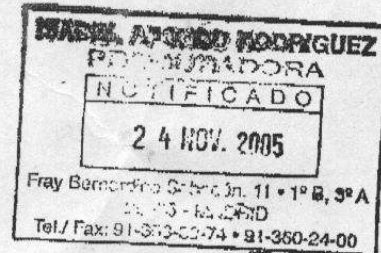
D. EDUARDO V. BERMÚDEZ OCHOA

En Madrid, a 21 de Noviembre de 2005

Este Tribunal ha deliberado, en grado de apelación, el Juicio Oral nº272/03 procedente del Juzgado de lo Penal Nº5 de Madrid seguido por delito de usurpación por el trámite de procedimiento abreviado, en el que figuran como apelantes EL MINISTERIO FISCAL, DOMINGO AROCHENA AMESTOY, ANA Mª, FELIPE Y CONSUELO SAMARÁN BARAHONA representados por el Procurador D. Jorge Laguna Alonso y defendidos por el Letrado D. Jesús Castrillo Aladro.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

PRIMERO.- En la causa mencionada, con fecha 15 de Julio de 2005 el Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal nº5 de los de Madrid dictó sentencia, en la que se declaran probados los siguientes hechos: "Apreciando en conciencia la prueba practicada se declara probado que en la noche del ocho al nueve de febrero de dos mil dos, centenares de personas pertenecientes o simpatizantes del conocido, por autodenominado, como "Movimiento OKUPA", se introdujeron en el edificio abandonado de la antigua imprenta "Samarán", sita en la que fue anteriormente sede de la histórica imprenta de D. Saturnino Calleja, en la calle Amparo nº103, de Madrid,



cuyos propietarios son Domingo Arochena Amestoy, y los hermanos Ana María, Felipe y Consuelo Samarán Barahona.

En dicha fecha el edificio presentaba un estado de aparente abandono, sólo alterado por las visitas de Teodoro Gordo Trujillo, antiguo empleado de la imprenta Samarán y que, desde el cierre de la misma en 1982 y hasta agosto de 2001, junto a su esposa había habitado en una vivienda existente en el citado edificio industrial realizando labores, no retribuidas, de vigilancia. El edificio presentaba zonas con las cubiertas caídas y las bajantes de aguas rotas, que llevaban largos meses sin reparar y estaban produciendo un evidente y rápido deterioro del mismo, habiendo instado meses antes la propiedad una licencia municipal de sustitución con el fin de proceder al derribo y nueva edificación en el lugar.

Para efectuar la ocupación del edificio, persona o personas cuya identidad no consta acreditada y que en curso de la causa no consta siquiera haya sido investigada, hubieron de romper los cierres de las puertas del edificio, que fueron luego sustituidos por otros que empleaban los ocupantes del edificio, que en los meses siguientes y hasta su desalojo forzoso por el Juzgado de Instrucción el nueve de junio de dos mil tres fue destinado a actividades culturales y de debate político.

Violeta Isabel Buckley Martín, María Aranzazu Sáez Martín, Virginia Fernández Herranz, Sara López Martín, Edith Pérez Alonso, Carlos Gil Cuevas, Carlos Vidania Domínguez, José Fernando Reyna González, Alfredo Ortega Espinar, Pablo Rodríguez Herranz, Raúl Sánchez Cedillo, Marta Malo de Molina Bodegón, Antonio Girón Serrano, Anita Selz, Daniel Agustín Córdoba González de Chaves y Alfredo Álvarez Fernández, todos ellos mayores de edad y cuyos antecedentes penales no han sido acreditados en la presente causa, participaron en la inicial entrada en el edificio en la noche del ocho al nueve de febrero de dos mil dos y así mismo, en momentos puntuales, distintos para cada uno de ellos, con frecuencia no acreditada, tomaron parte en actividades organizadas en dicho lugar, conocido durante sus dieciséis meses de ocupación como "Laboratorio 3".

Y cuya parte dispositiva dice: "Que debo absolver y absuelvo a Violeta Isabel Buckley Martín, María Aranzazu Sáez Martín, Virginia Fernández Herranz, Sara López Martín, Edith Pérez Alonso, Carlos Gil Cuevas, Carlos Vidania Domínguez, José Fernando Reyna González, Alfredo Ortega Espinar, Pablo Rodríguez Herranz, Raúl Sánchez Cedillo, Marta Malo de Molina Bodegón, Antonio Girón Serrano, Anita Selz, Daniel Agustín Córdoba González de Chaves y Alfredo Álvarez Fernández del delito de

usurpación del que venían siendo acusados, declarándose de oficio las costas procesales causadas.

SEGUNDO.- Publicada y notificada la expresada resolución a las partes, por el Ministerio Fiscal y por la representación de la acusación particular personada en la causa, se interpusieron en tiempo y forma hábil recursos de apelación, que fueron admitidos en ambos efectos, dándose traslado, por diez días para alegaciones a las demás partes personadas en la causa, haciéndolas la Procuradora Dña. Isabel Afonso Rodríguez en nombre y representación del acusado Carlos Vidania Domínguez y otros quince, absueltos en la sentencia, defendidos por el Letrado D. Endika Zulueta San Sebastián.

TERCERO.- En el escrito de recurso del Ministerio Fiscal se fundamenta la impugnación en indebida inaplicación del art. 245.2 del C.P. y el de la acusación particular en el mismo motivo y en errónea valoración de la prueba practicada, interesando, así como la defensa de los acusados absueltos en su escrito de impugnación del recurso, la celebración de vista del recurso, que fue denegada en la incoación del presente rollo, al no estimarla necesaria el tribunal y no expresarse los motivos para su celebración.

CUARTO.- Recibidos los autos originales en esta Sección de la Audiencia Provincial, se ha señalado para la deliberación de este recurso la audiencia del pasado día 18 de Noviembre de 2005, siendo Ponente el Magistrado D. Adrián Varillas Gómez

II. HECHOS PROBADOS

Se aceptan los que como tales constan en la sentencia apelada.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Según el Tribunal Constitucional, el recurso de apelación otorga plenas facultades al Juez o Tribunal Superior supraordenado ad quem para resolver

técnicos que se padece en los juzgados y tribunales. Ha de admitirse, pues, que esa perspectiva relevante del material probatorio resulta inaccesible al Juzgador de la segunda instancia, de modo que el escollo de la falta de inmediación le impide ahondar con holgura en el análisis de la veracidad y credibilidad de los diferentes testimonios.

Ahora bien, ello no quiere decir que no quepa revisar y fiscalizar la convicción plasmada en la sentencia sobre la eficacia probatoria de las manifestaciones que las partes y testigos prestaron en la primera instancia, ya que existe una zona franca y accesible de las declaraciones, integrada por los aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, que al resultar ajenos a la estricta percepción sensorial del juzgador a quo, sí pueden y deben ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

La línea interpretativa del T.C., antes recogida, calificable de perfectamente estable, ya ofreció un primer momento crítico, representado en el voto particular mantenido contra la sentencia 172/97 de 14 de octubre por el Magistrado Ruiz Vadillo, cuestionando que el órgano conocedor del recurso pueda revocar una sentencia de signo absolutorio, valorando de manera diversa la prueba testifical, sin sometimiento al principio de inmediación. Con posterioridad, las sentencias 111/99 de 14 de junio, 120/99 de 28 de junio, 215/99 de 29 de noviembre y 139/00 de 29 de mayo, analizan explícitamente el problema del recurso de apelación frente a sentencias de instancia de signo absolutorio, concluyendo que no impiden la condena en la segunda instancia, y que dicho pronunciamiento condenatorio no afecta a la presunción de inocencia.

Finalmente, la importante sentencia 167/02 de 18 de septiembre, dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional, modifica el criterio precedente, para concluir que la condena en segunda instancia tras una anterior sentencia absolutoria supone una infracción de la presunción de inocencia, en tanto sólo puede ser desvirtuada en virtud de la existencia de una mínima y suficiente actividad probatoria, producida con las debidas garantías procesales, es decir, la practicada bajo la inmediación del órgano jurisdiccional y sometida a los principios de contradicción y de publicidad. Tal criterio ha sido posteriormente corroborado por las sentencias 170/02 de 30 de septiembre (con la matización de que en este caso no se valoraron pruebas personales, sino cuestiones meramente jurídicas), 197, 198 y 200/02 de 28 de octubre, 212/02 de 11 de noviembre, 230/02 de 9 de diciembre, 41/03 de 27 de febrero y 68/03 de 9 de abril.

Es claro, pues, que la Audiencia Provincial no puede considerar desvirtuada la presunción de inocencia del acusado inicialmente absuelto en un juicio de faltas o en el

Administración
de Justicia

ámbito del procedimiento abreviado, en tanto no presencia las pruebas personales que fundaron aquella declaración absolutoria. El Tribunal de apelación puede valorar la prueba, coincidiendo o no con la apreciación del Juez de primera instancia, pero tratándose de la declaración del acusado o de prueba testifical que exigen inmediación, sólo puede llevar a cabo una nueva y distinta valoración si se cumplen las exigencias aludidas.

Ahora bien, en la mencionada sentencia 167/02 el Tribunal Constitucional se afirma que, aún no existiendo un derecho a la sustanciación de una audiencia pública en segunda instancia, si lo estima adecuado cuando el debate se refiere a cuestiones de hecho y se estudia en su conjunto la culpabilidad del acusado, y ésto aunque las partes no hubieran solicitado la celebración de vista.

Sin embargo, el art. 790.3, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal limita los supuestos de práctica de diligencias de prueba en el recurso de apelación, a las que no pudieron proponerse en la primera instancia, a las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que fuese formulada en su momento la oportuna reserva, y a las admitidas que no fueron practicadas por causas ajenas al solicitante. Consiguientemente, la posibilidad de sustanciación de la vista oral queda reducida a la realización de pruebas inadmitidas o no practicadas, en su caso, o a la exposición oral de las razones que fundan el recurso de apelación. El precepto mencionado es de naturaleza evidentemente restrictiva, en cuanto en esos únicos supuestos puede pedirse y admitirse la práctica de prueba en el ámbito de la apelación.

La doctrina sentada por el Tribunal Constitucional tiene naturaleza vinculante para los órganos judiciales cuando interpreta los preceptos y principios constitucionales, según dispone el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pero dicha eficacia sólo es predicable de las afirmaciones relativas al ámbito interpretativo que le es propio y exclusivo, es decir, la interpretación de las normas constitucionales; no en cambio cuando realiza afirmaciones instrumentales o incidentales relacionadas con la legalidad ordinaria. No puede reconocerse al órgano mencionado una función de legislador positivo, ni cabe la creación de trámites no recogidos en la ley procesal, en tanto las normas de esta naturaleza son de derecho necesario y de orden público, y las instituciones procesales están sujetas al principio de legalidad, de manera que la norma determina el complejo de derechos y obligaciones o cargas procesales de las partes, y el haz de facultades del órgano judicial. Así, el derecho a obtener la tutela judicial efectiva se desenvuelve en el ámbito de las normas procesales vigentes.

La conjugación de ambos criterios, es decir la imposibilidad de sustanciar medios de prueba en apelación al margen de los supuestos legales, y la imposibilidad de valorar en perjuicio del acusado los medios probatorios de naturaleza personal, supone la prohibición de revocar la sentencia absolutoria dictada en la instancia cuando el órgano de apelación valore diversamente la declaración del acusado y la prueba testifical. No ocurre lo mismo cuando el debate planteado en el recurso sea de naturaleza estrictamente jurídica, o cuando la nueva valoración de la prueba se reduzca a la de naturaleza documental, porque entonces no está en juego el principio de inmediación.

Tal situación de inexistencia de posibilidad revocatoria en los supuestos examinados, se traduce en la ausencia de recurso a favor de las acusaciones en tales supuestos; ello no supone infracción alguna del derecho a obtener la tutela judicial, pues no existe un derecho a la segunda instancia. El Tribunal Constitucional se ha cuidado de distinguir el derecho de acceso a la jurisdicción, derivado de la propia Constitución, del derecho de acceso a los recursos, que deriva de la ley procesal, de manera que la aplicación del principio interpretativo *pro actione* no tiene igual intensidad en ambos ámbitos, y no es posible imponer una concreta interpretación de la norma que permita el acceso al recurso (Sentencias 138/95 de 25 de septiembre, 149/95 de 16 de octubre, 172/95 de 21 de noviembre, 70/96 de 24 de abril, 142/96 de 16 de septiembre, 160/96 de 15 de octubre, 202/96 de 9 de diciembre, 209/96 de 17 de diciembre, 210/96 de 17 de diciembre, 9/97 de 14 de enero, 176/97 de 27 de octubre, 201/97 de 25 de noviembre, 222/98 de 24 de noviembre, 235 y 236/98 de 14 de diciembre, 23/99 de 8 de marzo, 11/01 de 29 de enero, 48/01 de 26 de febrero, 236/01 de 18 de diciembre y 12/02 de 28 de enero). Salvo, claro está, en el caso de que quien recurra sea el acusado condenado en la instancia, en que es obligatoria su existencia (art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En relación a la acusación pública, y mientras no se produzca una reforma procesal que lo habilite, es claro que tras la nueva doctrina constitucional, y con la excepción de los supuestos antes mencionados (inadmisión o falta de práctica de pruebas oportunamente pedidas; debate estrictamente jurídico o apreciación de prueba exclusivamente documental), goza de una única oportunidad para lograr la condena de la persona acusada.

En relación a la posición de los perjudicados por el delito que se hayan personado en la causa, la situación es idéntica, debiendo precisarse además que no



ostentan un derecho subjetivo a obtener la imposición de una pena (Sentencias 199/96 de 3 de diciembre, 67/98 de 18 de marzo, 215/99 de 29 de noviembre y 21/2000 de 31 de enero, en la que se especifica que el derecho de acción penal no forma parte de los derechos fundamentales).

En fechas más recientes, en el primer fundamento jurídico de la Sentencia del T.C. 163/05, de 20 de Junio, se continúa exponiendo que: "En aplicación de la doctrina jurisprudencial que parte de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, y que luego se ha reiterado en múltiples ocasiones hasta llegar a las recientes SSTC 112/2005 y 116/2005, ambas de 9 de mayo, y de acuerdo con las alegaciones del Ministerio Fiscal, hemos de otorgar el amparo que se nos solicita por vulneración del derecho a la presunción de inocencia en su conexión con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Dicha doctrina, establece que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, contenidos en el derecho a un proceso con todas las garantías, impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción, por lo que, cuando la apelación se plantee contra una Sentencia absolutoria y el motivo de apelación concreto verse sobre cuestiones de hechos suscitadas por la valoración o ponderación de pruebas personales de las que dependa la condena o absolución del acusado, resultará necesaria la celebración de vista pública en la segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando un conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas."

Y para el supuesto de haberse celebrado vista pública sin practicar pruebas, como interesaban en los presentes recursos tanto la acusación particular (folio 2264) como la defensa en su escrito de impugnación (folio 2278), en el segundo fundamento jurídico de la sentencia del T.C. 229/05, de 12 de Septiembre se razona que: "El problema planteado consiste, básicamente, en si el órgano de apelación podía proceder a revisar y corregir la valoración y ponderación que el órgano judicial de instancia ha efectuado de las pruebas practicadas, sin verse limitado por los principios de inmediación y contradicción. Desde la perspectiva constitucional, la cuestión estribaría en si dentro del contenido del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), entre las que se integra la exigencia de inmediación y contradicción, puede encontrarse un límite para la revisión de la valoración de la prueba por el órgano llamado a decidir el recurso de apelación y si tal límite se ha respetado en el presente caso.

Como ya se ha indicado, el Pleno de este Tribunal en la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9, 10 y 11), afirmó la necesidad de respetar las garantías de publicidad, inmediación y contradicción en la valoración de las pruebas en la segunda instancia penal, adaptando la interpretación constitucional del derecho a un proceso con todas las garantías a las exigencias del art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades públicas (en adelante, CEDH), en la interpretación que de él viene haciendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 26 de marzo de 1988, caso Ekbatani contra Suecia; de 8 de febrero de 2000, caso Cooke contra Austria y caso Stefanello contra San Marino; de 27 de junio de 2000, caso Contantinescu contra Rumania; y de 25 de julio de 2000, caso Tierce y otros contra San Marino).

En particular, señalamos en aquella sentencia que el art. 6.1 CEDH recoge el derecho que asiste al acusado a estar presente en el juicio y a ser oído personalmente y que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene afirmando que, pese a no resultar imprescindible en todo caso la celebración de vista en segunda instancia ya que dicha exigencia depende de la naturaleza de las cuestiones a juzgar y las circunstancias del caso, cuando el órgano de apelación tiene que pronunciarse globalmente sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, la apelación no puede resolverse sin un examen directo y personal de acusado que niega haber cometido el hecho.

En Sentencias posteriores, en las que hemos apreciado la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) se ha insistido en que la revocación en segunda instancia de una sentencia penal absolutoria y su sustitución por otra condenatoria, tras realizar una nueva valoración y ponderación de los testimonios de acusados y testigos en la que se fundamenta la modificación del relato de hechos probados y la condena, requiere que esa nueva valoración de estos medios de prueba se efectúe con un examen directo y personal de los acusados y testigos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (SSTLC 68/2003, de 9 de abril; 118/2003, de 16 de junio; 189/2003, de 16 de junio; 189/2003, de 27 de octubre; 10/2004, de 9 de febrero; 59/2005, de 14 de marzo; 65/2005, de 14 de marzo).

En atención a las circunstancias del caso actual y en el marco de la doctrina antes expuesta, debe prosperar la queja del demandante de amparo, pues se debe considerar que ha sido vulnerado su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 LCE), por cuanto la Audiencia Provincial condenó al recurrente por un delito de lesiones, tras revocar parcialmente la sentencia absolutoria dictada en primera instancia y modificar en este sentido el relato de hechos probados, sobre la base de una nueva valoración y ponderación

de la declaración del otro coimputado, víctima del referido delito, así como de un testigo, que habían sido prestadas ante el Magistrado Juez de lo Penal, ya que, aunque se celebró vista pública de apelación, compareciendo en ella el Fiscal y los Letrados de la parte apelante y apelada, por lo que fue respetado el principio de contradicción, se vulneró el principio de inmediación, al no comparecer ni los interesados ni los testigos y sin oportunidad, por lo tanto, de ser oídos por la Sala.”

SEGUNDO.- La aplicación de la doctrina expuesta sería suficiente, sin más consideraciones, para confirmar la sentencia recurrida, en la que se absolvió a los acusados del delito de usurpación imputado, más, una vez examinadas las actuaciones por este tribunal ad quem se comprueba que los hechos que se declaran probados en la resolución recurrida son los que aparecen debidamente acreditados, en la prueba practicada en el juicio oral, a pesar de lo argüido en los escritos del recurso por el Ministerio Fiscal y por el letrado de la acusación particular (folios 2235a 2239; 2240 a 2264 respectivamente) sin que se aprecie motivo alguno para declarar que se ha incurrido en omisión esencial o error en su valoración, ó en su calificación jurídica, por lo que procede rechazar los recursos interpuestos y confirmar la sentencia apelada.

En la presente causa, el juez a quo, al valorar la prueba practicada con todas las garantías y principios inherentes al juicio oral, en especial el de inmediación, no ha llegado, de forma correcta, a una convicción sobre la autoría de los acusados en el delito a ellos imputado en la presente causa, razonando en la sentencia (folios 2209 a 2215) por qué no ha llegado a dicha convicción atendidas las circunstancias concurrentes en los hechos enjuiciados, cómo se produjo la autoinculpación de los acusados, la falta de investigación sobre otros implicados según la relación facilitada por la policía, las características de abandono visibles del edificio ocupado, según la conciencia social, y la no permanencia continua, en concepto de morada, de los acusados en el expresado inmueble.

Aunque sea discutible la aplicación que realiza el juzgador de instancia del principio de intervención mínima a los hechos enjuiciados, al introducirse el tipo delictivo imputado a los acusados precisamente en el Código Penal vigente aprobado por L.O. 10/95, de 23 de Noviembre, en cuya exposición de motivos se expone, entre otros extremos, que: *“El Código Penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos valores y principios cambian, debe también*

cambiar. En nuestro país, sin embargo, pese a las profundas modificaciones de orden social, económico y político, el texto vigente data, en lo que pudiera considerarse su núcleo básico, del pasado siglo. La necesidad de su reforma no puede, pues, discutirse.

El eje de dichos criterios ha sido, como es lógico, el de la adaptación positiva del nuevo Código Penal a los valores constitucionales.

Se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser.

Dejando el ámbito de los principios y descendiendo al de las técnicas de elaboración, el presente Proyecto difiere de los anteriores en la pretensión de universalidad. Se venía operando con la idea de que el Código Penal constituyese una regulación completa del poder punitivo del Estado. La realización de esa idea partía ya de un déficit, dada la importancia que en nuestro país reviste la potestad sancionadora de la Administración; pero, además, resultaba innecesaria y perturbadora.

Innecesaria, porque la opción decimonónica a favor del Código Penal y en contra de las leyes especiales se basaba en el hecho innegable de que el legislador, al elaborar un Código, se hallaba constreñido, por razones externas de trascendencia social, a respetar los principios constitucionales, cosa que no ocurría, u ocurría en menor medida, en el caso de una ley particular. En el marco de un constitucionalismo flexible, era ese un argumento de especial importancia para fundamentar la pretensión de universalidad absoluta del Código. Hoy, sin embargo, tanto el Código Penal como las leyes especiales se hallan jerárquicamente subordinados a la Constitución y obligados a someterse a ella, no sólo por esa jerarquía, sino también por la existencia de un control jurisdiccional de la constitucionalidad. Consiguientemente, las leyes especiales no pueden suscitar la prevención que históricamente provocaban.

Perturbadora, porque, aunque es innegable que un Código no merecería ese nombre si no contuviese la mayor parte de las normas penales y, desde luego, los principios básicos informadores de toda la regulación, lo cierto es que hay materias que difícilmente pueden introducirse en él. Pues, si una pretensión relativa de universalidad es inherente a la idea de Código, también lo son las de estabilidad y fijeza, y existen ámbitos en que, por la especial situación del resto del ordenamiento, o por la naturaleza misma de las cosas, esa estabilidad y fijeza son imposibles.

En la elaboración del Proyecto se han tenido muy presentes las discusiones parlamentarias del de 1992, el dictamen del Consejo General del Poder Judicial, el estado de la jurisprudencia y las opiniones de la doctrina científica. Se ha llevado a cabo desde la idea, profundamente sentida, de que el Código Penal ha de ser de todos y de que, por consiguiente, han de escucharse todas las opiniones y optar por las soluciones que parezcan más razonables, esto es, por aquéllas que todo el mundo debería poder aceptar."

Por ello, es difícil, en principio, excluir conductas como las enjuiciadas en la presente causa del tipo penal del art. 245, segundo párrafo, del C.P.

Ahora bien, en la sentencia de fecha 10-09-2003 dictada por la Sección 15ª de esta Audiencia Provincial en el rollo de apelación 249/03, -mencionada en el escrito de impugnación del recurso por la defensa de los acusados absueltos (folios 2270 a 2278)- se expone, en efecto, que: "El artículo 245.2 del C. Penal, ubicado entre los delitos contra el patrimonio en 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 del 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."

La protección del precepto penal no afecta a la morada del individuo particular o jurídico, pues la misma ya se encuentra integrada en los delitos de inviolabilidad del domicilio que castigan un atentado contra la intimidad derivada de la propiedad, sino que el bien jurídico protegido es la posesión en tanto que señorío o relación de una persona con aquella cosa que le pertenece; ahora bien, no se puede incluir todo tipo de posesión, sino que, en una primera delimitación por interpretación sistemática del precepto, la posesión ha de ser la derivada del derecho de propiedad y no de otro derecho real o personal, y, en una segunda aproximación, sólo será reprochable penalmente aquella acción que implique un evidente riesgo o peligro real para el derecho de posesión, habida cuenta de que la existencia de una relación posesoria, desde el punto de vista civil, recae en la conciencia social sobre esa situación fáctica, que

puede o no ejercerse inmediatamente, pero que en todo caso es conocida por ello, tratándose de fincas semiabandonadas, en mal estado, incluso ruinoso, sin arraigo en la conciencia social, no pueden quedar protegidas por el abanico del derecho penal sancionador; no es la habitabilidad el criterio predominante para proceder al castigo, habida cuenta que el precepto recoge expresamente el que el inmueble no debe constituir morada, ni siquiera la ruina del edificio para proceder a su impunidad, ya que un inmueble en mal estado puede acoger actividades del titular, quedando al margen de la protección penal aquellos bienes cuya posesión no resulta evidente en un ámbito determinado.

Es decir, solo cabe considerar entre las situaciones amparadas en dicho precepto penal, aquellas formas específicas de perturbación de la posesión del inmueble, de vivienda o de edificio ajeno, consistentes en la ocupación o mantenimiento dentro de ellos que significan un riesgo a la posesión que sea clara y socialmente manifiesto, y se exige por consiguiente un animo de carácter patrimonial o económico, de atentar contra ese derecho, y las facultades que el derecho de propiedad conlleva, provocando un perjuicio concreto en ese derecho, que no exista razón jurídica alguna que pudiera justificar la ocupación y que ésta se realice de forma expresa contra la voluntad del titular.

En el supuesto enjuiciado, este motivo de impugnación no puede prosperar, porque no se ha acreditado que los acusados hubieran procedido a la ocupación, por más que los mismos estuvieran de acuerdo con las finalidades del movimiento "okupa" habiendo participado en diversos actos de apoyo del mismo, llegando incluso a intervenir en los actos que se produjeron el día del desalojo, ya que solo se ha constatado que realizaban visitas a intervalos, esporádicas en el tiempo, en lapsos parciales, teniendo sus espacio físico de residencia y mantenimiento en lugares diferentes al mencionado edificio, cuando el verbo nuclear del tipo penal "ocupar", supone no solo la realización de actos concluyentes de entrada en local o de apoyo a sus habitantes, sino una cierta permanencia y continuidad con el fin de hurtar la posesión legítima del propietario para hacerse con ella en su perjuicio."

Para añadir después: "Por último se alegó por el recurrente error de derecho por la incorrecta interpretación del principio penal de intervención mínima, y textualmente señaló que "la sentencia se refiere al principio de intervención mínima que informa el Derecho Penal como justificación para dictar una sentencia absolutoria; sin embargo es importante señalar que el principio de intervención mínima viene delimitado por lo que

en el propio Código Penal se ha establecido como delitos, entre los que se encuentran los de usurpación de derechos y ocupación de bienes inmuebles del artículo 245.2; en otras palabras, junto al principio de intervención mínima que informa el Derecho Penal se alza también otro principio esencial cual es el Principio de legalidad".

En principio, tiene razón la parte recurrente en la referencia que hace al principio de intervención mínima, por cuanto, una vez tipificada una conducta como delito por el legislador democráticamente legitimado, la aplicación judicial del precepto no debe estar inspirada por el principio de intervención mínima sino por el de legalidad, siendo éste entre nosotros el que obliga a no apreciar la existencia de un delito, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5 CP, sino cuando el hecho típico se realiza, según los casos, con dolo o por imprudencia (STS 8-VII-2002).

Por consiguiente, no resulta correcta la aplicación del principio de intervención mínima como criterio jurisdiccional. Y tampoco parece correcta en el presente caso la implementación del principio de proporcionalidad con el fin de acoger un criterio absolutorio, dado que ese principio se halla más bien vinculado a la determinación de fian cuantía de la pena una vez que se define el juzgador por un criterio condenatorio.

Sin embargo, lo anteriormente expuesto no quiere decir que la opción absolutoria acogida resulte incorrecta, a tenor del principio de legalidad. Pues, como hemos explicado en los fundamentos anteriores la ocupación del inmueble por los acusados no estaba acompañada de la nota de continuidad, de deseo de permanencia en contravención del derecho de posesión del titular de la cosa, que debe encontrarse en función de lo dicho hasta aquí para que pueda entenderse rellena la previsión del tipo penal, pues una intervención penal, en este caso, sería contraria a la exigencia de proporcionalidad que se deriva del principio de justicia recogido constitucionalmente en el artículo 11 de la Constitución Española.

Por lo expuesto, se confirma la Sentencia recurrida, que está ajustada a derecho, declarando de oficio las costas procesales originadas en la tramitación del recurso de apelación contra ella interpuesto.

FALLAMOS

DESESTIMAMOS los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por el Procurador D. Jorge Laguna Alonso en nombre y representación de



Domingo Arochena Arnestoy y de Ana M^a, Felipe y Consuelo Samarán Barahona contra la Sentencia recaída en los autos a que el presente Rollo se contrae, y **confirmamos** la indicada resolución, declarando de oficio las costas de este recurso.

Notifíquese a las partes y llévase certificación literal de esta resolución al Rollo de Sala y a la causa, que se devolverá al Juzgado de procedencia para su cumplimiento y ejecución.