

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA-SECCIÓN SEGUNDA - UPAD

ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA-BIGARREN ATALA - ZULUP

AVENIDA GASTEIZ, 18-2ª planta - CP/PK: 01008
TEL.: 945-004821 FAX: 945-004820

NIG PV / IZO EAE: 01.02.1-19/003517
NIG CGPJ / IZO BJKN : 01059.43.2-2019/0003517

RECURSO / ERREKURTSOA: Apelación juicio sobre delitos leves / Delitu arinei buruzko judizioko apelazioa 2/2020- - G

Proc. Origen / Jatorriko prozedura: Juicio sobre delitos leves / Delitu arinei buruzko judizioa 651/2019

Juzgado de Instrucción nº 2 de Vitoria-Gasteiz - UPAD Penal / Gasteizko Instrukzioko 2 zenbakiko Epaitegia - Zigor-arloko ZULUP

Atestado n.º/ Atestatu-zk.:
7/02336/19

Apelante/Apelatzailea:
Abogado/a / Abokatua: LAURA CASI BENGOA
Procurador/a / Prokuradorea: CARLOS JOSE ELORZA ARIZMENDI
Apelado/a / Apelatua: MINISTERIO FISCAL -

Apelado/a / Apelatua: AYUNTAMIENTO DE VITORIA-GASTEIZ
Abogado/a / Abokatua: AYUNTAMIENTO DE VITORIA-GASTEIZ ASESORIA JURIDICA DEL

APELACION JUICIO DE DELITOS LEVES

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz constituida como Tribunal Unipersonal por la Iltmo. Sr. **Magistrado D. Francisco García Romo**, ha dictado el día cinco de marzo de dos mil veinte.

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente,

SENTENCIA N.º 51/2020

En el recurso de Apelación Penal Rollo de Sala nº 2/2020, dimanante del Juicio de delitos leves nº 651/2019, procedente del Juzgado de Instrucción nº 2 de Vitoria, seguido por delito leve de apropiación indebida, promovido por defendida por la letrada Sra. Laura Casi Bengoa y representada por el procurador Sr. Carlos José Elorza Arizmendi, frente a la sentencia nº 507/2019 dictada en fecha 12/11/2019.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la mencionada fecha se dictó por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Vitoria -Álava-, sentencia cuyo FALLO es del tenor literal siguiente:

"QUE DEBO CONDENAR Y CONDENO A *como*
autora responsable de un delito leve de apropiación indebida a la pena de 4 meses de multa a razón de 5 euros diarios, y, en caso de impago acreditada su insolvencia cumplirá con la responsabilidad personal subsidiaria establecida en el art. 53 del CP, y al pago de las costas procesales, sin perjuicio de lo previsto en la Ley de Asistencia Jurídica gratuita para los beneficiarios de justicia gratuita.

Requíerese a *para que proceda al desalojo de la*
vivienda sita en la calle *de Vitoria-Gasteiz, en el plazo de 30 días*
desde la notificación de la presente resolución, comunicando previamente al juzgado el día de desalojo, bajo apercibimiento de que, de no verificarlo, se procederá a ello, oficiándose al Servicio Común para su ejecución.

Comuníquese de oficio la presente resolución al Servicio Municipal de Urgencias Sociales de la calle San Antonio 10 de Vitoria-Gasteiz, a los efectos oportunos."

SEGUNDO.- Dentro del plazo legal se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por alegando los motivos que se examinarán en los fundamentos jurídicos de esta resolución. Recurso que se tuvo por interpuesto mediante proveído de fecha 12/12/19, dándose traslado a las partes por cinco días para alegaciones; emitiendo informe el Ministerio Fiscal en fecha 18/12/2019 impugnando el recurso de apelación interpuesto y presentando escrito el letrado del Ayuntamiento de Vitoria en nombre del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz con las alegaciones que constan en autos. Seguidamente se elevaron los autos a esta Audiencia, previo cumplimiento de los trámites legales.

TERCERO.- Recibida la causa en la Secretaría de esta Audiencia, en fecha 16/01/2020 se formó el Rollo, registrándose y turnándose la **ponencia al Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco García Romo**, pasando los autos al mismo para que dicte la resolución que corresponda.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

No se aceptan los hechos declarados probados en la sentencia apelada, que se sustituyen por los siguientes:

Único.- La acusada en la presente causa, reside junto con sus cinco hijos menores de edad en la vivienda sita en la calle de Vitoria-Gasteiz, desde, al menos, el mes de marzo de 2019. Dicha vivienda es propiedad del Ayuntamiento. La Sra. carece de título jurídico que legitime su posesión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de instancia condenó a la acusada, como autora criminalmente responsable de un delito leve previsto y penado en el art. 245.2 del Código Penal, a la pena de multa de 4 meses, a razón de 5 euros de cuota diaria.

Dicho delito es denominado en la sentencia como de “apropiación indebida”, aunque resulta obvio, por el precepto involucrado y por el relato de hechos probados, que se trata de un delito de usurpación.

Frente a la indicada sentencia se alza la condenada, solicitando su revocación con pronunciamiento absolutorio.

Para ello se alega como motivo de impugnación error en la valoración de la prueba, por cuanto la estancia de la en el inmueble fue solo “momentánea, por unos días, y no con vocación de permanencia” sino solo “hasta que le fuera adjudicada una vivienda donde vivir con sus cinco hijos”.

El Ministerio Fiscal y la acusación particular ejercida por el Ayuntamiento impugnan el recurso y solicitan la confirmación de la sentencia, por entenderla ajustada a Derecho.

Segundo.- El delito de usurpación, en su modalidad leve del art. 245.2 CP, ofrece dos modalidades: una que podríamos llamar “activa”, y otra “pasiva”, como sucede con el delito de allanamiento de morada.

La modalidad “activa” está recogida en el primer inciso. Consiste en ocupar, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada.

En cuanto a la modalidad “pasiva” (segundo inciso), vendría dada por el hecho de mantenerse contra la voluntad de su titular en un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyeran morada en el momento de la entrada, entrada no constitutiva *per se* de delito de usurpación, pues en tal caso estaríamos en el primer supuesto.

A efectos de determinar la concurrencia de todos los elementos del delito en el supuesto sometido a examen debemos discernir a cuál de las dos modalidades se refiere la sentencia recurrida.

En ella se declara probado que [redacted] reside en la vivienda sita en la calle [redacted] de Vitoria-Gasteiz desde, al menos, el mes de marzo de 2019 “sin ser propietaria de la misma” y “careciendo de cualquier título jurídico que legitime su posesión”. No se indica que la entrada se efectuara “sin autorización debida”, como exige el primer inciso del art. 245.2 CP, ni que la carencia de título jurídico habilitante se diera desde el primer momento. Los tipos penales no pueden ser objeto de interpretación extensiva, y el mero hecho de disfrutar de una vivienda en precario no es delito.

También se declara probado que la [redacted] reside en ese lugar “en contra de la voluntad de la entidad denunciante, al haber sido requerida para su desalojo voluntario y haber hecho caso omiso”. Es claro, por lo tanto, que se está describiendo una usurpación pasiva: permanencia en el inmueble contra la voluntad de su titular tras una entrada ilegal, si se quiere, pero no constitutiva de delito.

Partiendo de esta base, este magistrado, en su cometido revisor, ha llevado a cabo un nuevo examen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Juzgado de Instrucción sentenciador, a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la infracción del derecho constitucional de presunción de inocencia, que la entiende vulnerada en los siguientes casos (por todas, STS 149/2019):

- a) Cuando se condena sin prueba de cargo.
- b) Cuando se condena sobre la base de pruebas de cargo no válidas o ilícitas, por haber sido practicadas sin las debidas garantías o con vulneración de derechos fundamentales.
- c) Cuando se condena sobre la base de pruebas insuficientes.
- d) Cuando no se motiva la convicción probatoria.
- e) Cuando la motivación resulta ilógica, irracional o no concluyente, aunque este apartado se predica también del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En definitiva, el derecho a la presunción de inocencia solo puede quedar desvirtuado en virtud de la existencia de prueba de cargo válida, suficiente y debidamente razonada y motivada.

Pues bien, efectuado el examen a que hacíamos referencia, se observa que no se ha practicado prueba alguna en relación a la concurrencia de uno de los elementos esenciales del delito que nos ocupa, cual es la existencia de una voluntad del titular del inmueble (el Ayuntamiento de Vitoria) contraria a la permanencia de la acusada en el mismo.

Como señala esta misma Audiencia en los autos 83/2019, de 29 de marzo, y 128/2019, de 21 de mayo, tal voluntad ha de ser expresa: es exigible un requerimiento formal de abandono, de modo que el ocupante conozca sin ningún género de dudas que el mantenimiento de la ocupación no solo no permitirá seguir adelante con una hipotética usucapción, sino que puede además originar responsabilidad penal.

En este caso, consta que en fecha 29 de marzo de 2019 dos agentes de la Policía Municipal visitaron la vivienda donde se encontraba la [redacted] actuación

documentada en los folios 5 y 6 de las actuaciones. Le preguntaron por las circunstancias de su estancia allí y sobre sus intenciones de futuro, pero no consta ningún tipo de requerimiento, siquiera verbal, para que abandonara el piso.

Ninguna otra prueba acredita la existencia de un requerimiento de ese tipo. De hecho la acusada ni siquiera fue interrogada al respecto en la vista oral.

Este planteamiento no se explicita con claridad en el recurso. Pero, como hemos expuesto en muchas ocasiones, cuando puede estar en juego el derecho a la libertad (se ha impuesto una multa, pero ex. art. 53 CP podría derivar en una pena privativa de libertad) esta Sala debe verificar de oficio tal cuestión, que puede además considerarse implícita en la voluntad impugnativa expresada por la recurrente.

En definitiva, y por todo lo expuesto, no cabe considerar desvirtuado el derecho a la presunción de inocencia que asiste a la acusada, al no haberse practicado prueba de cargo válida hábil a tal efecto.

Procede por ello revocar la sentencia de instancia, y dictar pronunciamiento absolutorio, sin necesidad de entrar a examinar los restantes motivos del recurso, y sin perjuicio, lógicamente, de que el Ayuntamiento de Vitoria pueda recurrir a las vías establecidas en el ordenamiento procesal civil, ciertamente expeditivas tras la aprobación de la ley 5/2018, de 11 de junio (declarada constitucional por la STC 32/2019, de 28 de febrero), para recuperar la posesión de la finca afectada.

Tercero.- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 123 CP y 239, 240 y 901.1 LECrim. (este último por analogía), procede declarar de oficio las costas del juicio, tanto las de la instancia como las de esta alzada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador Sr. Elorza, en representación de _____ contra la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Vitoria-Gasteiz el día 12 de noviembre de 2019, en sede de su juicio sobre delitos leves nº 651/2019, debo revocar y revoco dicha sentencia, absolviendo a la mencionada _____ en relación a los hechos enjuiciados en las presentes actuaciones, con declaración de oficio de las costas del juicio tanto en la instancia como en esta apelación.

Frente a esta resolución no cabe interponer recurso ordinario de ninguna clase. Notifíquese.

Con certificación de esta resolución y carta orden remítase los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

Así, por esta mi Sentencia, la pronuncio, mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos./Ilmas. Sres./Sras. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo./Ilma. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia doy fe.