

**JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.3
CEUTA**

-
SERRANO ORIVES/N
Teléfono: 856907822 **Fax:** 956-510081
Equipo/usuario: MAR
Modelo: 919950

DPA DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 0000437 /2017

N.I.G: 51001 41 2 2017 0005939

Delito/Delito Leve: USURPACIÓN

Denunciante/Querellante: MINISTERIO FISCAL, [REDACTED]

Procurador/a: [REDACTED]
CONTRERAS [REDACTED]
Abogado: [REDACTED]

Contra:
Procurador/a:
Abogado:

A U T O

Ceuta, trece de octubre de 2017.

ANTECEDENTE DE HECHO

Único. El veintinueve de septiembre de 2017 solicitó Vial Inmuebles, SL la medida cautelar de desalojo de la promoción de Huerta Téllez en atención a la usurpación de su posesión.

Fue presentado, asimismo, el informe policial 11414/2017 de la Jefatura Superior de Ceuta del Cuerpo Nacional de Policía y el día de hoy ha sido recabado el informe favorable del Ministerio Fiscal.

FUNDAMENTOS JURIDICOS.-

Primero. El artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que: "Se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que

puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de **proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo**, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el **artículo 544 bis** o la orden de protección prevista en el”. Este artículo faculta, pues, para la adopción de medidas cautelares tendentes a proteger a los ofendidos o perjudicados por el delito, siendo así que su no adopción supondría tanto como abocar de “facto” a la imposibilidad de adoptar medidas de carácter cautelar en el marco del proceso penal. Piénsese que, por ejemplo, sin necesidad de que haya recaído sentencia pueden tomarse una serie de medidas relativas a la situación personal de los imputados o al aseguramiento de las posibles responsabilidades de carácter civil que pudieran derivarse del ilícito penal, para el caso de que, finalmente, se condenase o se ordenase la restitución de las cosas al estado que *tuvieren antes de cometerse el delito*.

Justamente, el artículo 544 bis de la LECRIM señala que *en los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma.*

En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.

Y, finalmente, entre los delitos mencionados en el artículo 57 del Código Penal está los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, cual es el delito de usurpación del artículo 245 del Código Penal. Para el restablecimiento del orden socioeconómico prevé, pues, el artículo antes citado la prohibición de residir en un determinado lugar.

De la legitimidad de la adopción de la cautela solicitada da cuenta la doctrina de las salas. Así, la AAP LOGROÑO 67/2017 señala: *Como razona el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de octubre de 2016 : "Esta sección se ha*

pronunciado reiteradamente acerca del alcance del art. 245.2 del Código Penal rechazando que argumentaciones del tipo de las reproducidas en el auto de 15 de julio, como la posibilidad alternativa del perjudicado de acudir a un procedimiento posesorio, el principio de proporcionalidad o el de intervención mínima, permitan excluir la tipicidad de los hechos. Así, en auto nº 162/2016 decíamos que: " En síntesis, se viene a exponer por el auto apelado, con cita de diversas resoluciones de las Audiencias Provinciales, que el tipo del art. 245.2 reclama una lectura restrictiva acorde con el principio de intervención mínima. Sin embargo, como advertíamos en la Sentencia de 17 de junio de 2013 (rollo 428/2012 RP), en relación a un caso de usurpación, la aplicación del principio de intervención mínima a conductas típicas tiene importantes limitaciones y no autoriza a exigir al tipo elementos que el legislador no estimó oportuno incluir, a modo de condición objetiva de punibilidad, tal como el previo ejercicio de la acción interdictal para recuperar la posesión u otro tipo de actuaciones previas a la formulación de la denuncia. Decíamos en aquella resolución que: "El principio de intervención mínima, como los de "ultima ratio" y carácter subsidiario del derecho penal, es ante todo un mandato dirigido al legislador para que proteja los bienes jurídicos esenciales para la sociedad y sólo cuando el orden jurídico no puede o no merece ser restaurado mediante otros procedimientos más eficaces y menos drásticos que la sanción penal (en este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo 1409/2005, de 11 de noviembre). El Juez está ante todo vinculado por el principio de legalidad, que se concreta en el principio de tipicidad; por consiguiente, ha de comprobar que los hechos tienen encaje en un precepto penal vigente y no le corresponde valorar la oportunidad de sancionar o no determinadas conductas tipificadas como delito.

Por ello afirma la STS 670/2006, de 21 de junio, que "reducir la intervención del derecho penal, como última «ratio», al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal." Finalmente, afirma la Sentencia del Tribunal Supremo 1390/2003, de 24 de

octubre (ponente Perfecto [REDACTED] que "El citado es un principio de política criminal mediante cuya invocación se postula como criterio informador del derecho penal de inspiración liberal-democrática, propio del Estado constitucional de derecho, el de reservar la actuación legislativa del *ius puniendi*, como última ratio, para los actos especialmente lesivos de los bienes jurídicos más dignos de protección. Siendo así, es claro que en el ámbito de aplicación de la ley penal por los tribunales tal criterio sólo podría operar como parámetro interpretativo, referido a eventuales situaciones-límite, en presencia de conductas cuyo carácter típico pudiera ser realmente problemático; sin aptitud, por tanto, para dar cuerpo a un motivo autónomo de impugnación." Precisamente en materia de posesión inmobiliaria, por haber sobrevenido la tipificación de las conductas de usurpación a los procedimientos de protección posesoria de la propiedad, la interpretación de los tipos delictivos ha sido necesariamente restrictiva, excluyendo aquellos casos que propiamente no se da una exclusión de la propiedad ajena, sino una mera ocupación temporal, o en que existen dudas sobre la concurrencia de un derecho a ocupar un inmueble o derecho real, o en casos de exceso en la posesión, derivados de la prolongación incontestada de una inicial posesión autorizada por la propiedad."

Esa misma tesis es la mayoritaria en esta Audiencia Provincial y así la mantiene, por ejemplo, la reciente Sentencia de la Sección 23ª, de 4 enero de 2016 (ROJ: SAP M 31/2016 - ECLI:ES:APM:2016:31, ponente [REDACTED] "No se desconoce que en torno al delito de usurpación previsto en el art. 245.2 del Código Penal, se ha generado en los últimos tiempos un intenso debate social debido a la frecuencia con que resultan habitados sin consentimiento de sus titulares inmuebles por terceras personas carentes de recursos económicos. Ahora bien: el principio de mínima intervención del Derecho Penal no es instrumento idóneo para solventar, en sede judicial, la situación de quien, aun encontrándose en esta situación de precariedad, habita con vocación de, al menos cierta, permanencia, un inmueble de titularidad ajena sin habilitación alguna. El invocado principio hemos dicho reiteradamente que tiene por destinatario principal al legislador, quien debe acomodar la inclusión en el Código Penal de aquellas conductas que realmente supongan un ataque a los bienes jurídicos más importantes y a través de las formas de atentado más graves. Ahora bien: una vez inserta una determinada conducta en

el texto punitivo, el Juez, por sumisión expresa y única al imperio de la ley, queda sometido al principio de legalidad, de tal forma que si la actividad probatoria determina la acreditación de concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de un tipo penal, y la prueba ha sido suficiente, lícita, de cargo y practicada mediante contradicción y todas las garantías, el pronunciamiento judicial no puede obviar la consecuencia penal."

*En el presente caso no se ha llevado a cabo una mínima investigación acerca de la realidad de la ocupación de la vivienda, de la identidad de los autores, de la permanencia en la ocupación..., en fin, deben llevarse a cabo las diligencias de investigación precisas para comprobar lo que indica la denuncia: que personas sin ningún título legítimo han forzado la cerradura del inmueble y lo ocupan ilegalmente, desconociéndose la identidad de dichos ocupantes. Tales hechos, de comprobarse los mismos, pudieran ser constitutivos de un delito de usurpación del art. 245.2 del CP, por lo que es preciso una mínima investigación, en orden a la comprobación de los hechos y en su caso a la identificación de sus autores, siendo el sobreseimiento acordado prematuro, sin perjuicio de que por el juez instructor se acuerde el sobreseimiento si de la investigación realizada no apareciera indicio alguno de que los hechos fueran constitutivos de ilícito penal, o no pudieran llegar a identificarse a sus autores. Por otro lado, si de la investigación resultaran indicios de la comisión de los ilícitos denunciados, deberá el juez instructor dar respuesta a la **medida cautelar** solicitada por la parte denunciante, de inmediato desalojo y **lanzamiento** de los presuntos ocupantes ilegales del inmueble referido y reposición de la posesión del mismo a su legítimo dueño, que pudiera tener amparo en el art. 13, en relación con el art. 544 bis de la L.E.Criminal, en aras de la restauración o restablecimiento del orden jurídico perturbado y para evitar su perpetuación. Procede pues estimar el recurso, y que por el juez de instrucción se acuerde la práctica de las diligencias que con libertad de criterio estime convenientes para el esclarecimiento de los hechos, y una vez practicadas las diligencias de investigación dicte la resolución que proceda, bien de continuación del procedimiento penal, resolviendo sobre la **medida cautelar** instada, bien de sobreseimiento.*

O la Audiencia Provincial de Barcelona, que en el Auto 1636/2016 expone: Por otra parte debe señalarse que la sentencia es susceptible de apelación y por

*tanto sigue su curso, a la vez que la medida cautelar obedece la restitución del orden jurídico de forma inminente. El auto dictado por el juzgado en fecha 4/7/16 explica de forma completa y exhaustiva las razones de la adopción de la medida, con fundamento en la normativa vigente, la adopción de la **medida cautelar** en base al artículo 13 del lecrim . Y el análisis de la concurrencia de los requisitos indispensables para la adopción, la existencia del peligro de por la mora procesal, y la apariencia de buen derecho lo que aplica al caso concreto, así como la proporcionalidad, medida que ha sido adoptadas en el momento en que surge la necesidad de ello, pues concurrían los indicios de delito de usurpación.*

*Se trata del piso de una persona particular, que se mantenía alquilada y en proceso de trato con el banco para la resolución de la deuda hipotecaria, no se trataba ni de una vivienda abandonada ni de una vivienda en la cual nunca se había ejercido la posesión, o propiedad de entidades bancarias, desocupadas por largo tiempo. Consta en la denuncia que la propietaria es avisada por los vecinos de que han entrado personas cambiando la cerradura y que están viviendo en el mismo. Por tanto entendemos que con independencia del momento en que se alcance la firmeza de la sentencia que ha sido también apelada y en la que hay la condena por el delito de usurpación, la **medida cautelar**, que tiene el señalando para la ejecución el 4/11/16, es perfectamente ajustada a derecho, siendo esta corrección lo que ha de examinar la sala, debiéndose rechazar el recurso y confirmar las dos resoluciones dictadas que han de ejecutarse. En consecuencia, con remisión íntegra a las resoluciones recurridas, procede la desestimación del recurso y la confirmación de las mismas.*

Segundo. Por otro lado, las medidas cautelares están inspiradas en nuestro Ordenamiento Jurídico por unos principios comunes a todas las ramas del Derecho, ya sea materia civil o penal, cuales son: legalidad, *fumus boni iuris*, *periculum in mora*, proporcionalidad y subsidiariedad -*última ratio*.

Analizando cada una de ellas y aplicándolo al presente caso:

1. El principio de legalidad se cumple sin lugar a dudas, ya que estamos ante un posible delito de usurpación de bien inmueble previsto y penado en el artículo 245 del Código Penal (incluso, se informa en el atestado policial de la posibilidad de que

hubieran sido agredidos los compradores que fuerona interesarse por su compra: [REDACTED] compradora de la vivienda 55) en el que el bien jurídico protegido es el derecho de propiedad o la titularidad de los derechos reales. El fundamento del precepto se cifra en la necesidad de proteger “el tranquilo disfrute de las cosas inmuebles entendido como ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o de cualquier derecho real sobre los mismos”, impidiendo las vías de hecho y las violencias que no logran por cuestiones ajenas a la conducta la significación que en otros tipos delictivos se detecta desde la perspectiva de la intensidad e importancia del ataque patrimonial.

Concurren, asimismo, todos los requisitos dispuestos por la jurisprudencia para la identificación del delito de usurpación. Señala, pues, la STS 800/2014, de 12 de noviembre, *que la modalidad delictiva específica de ocupación pacífica de inmuebles, introducida en el Código Penal de 1995 en el número 2º del artículo 245 , requiere para su comisión los siguientes elementos:*

- a) La ocupación, sin violencia o intimidación, de un inmueble, vivienda o edificio que en ese momento no constituya morada de alguna persona, realizada con cierta vocación de permanencia.*
- b) Que esta perturbación posesoria puede ser calificada penalmente como ocupación, ya que 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, 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 artículo 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 ocupada".

2. Concorre la exigencia del *fumus boni iuris*, pues la Policía Nacional da cuenta minuciosa en su informe de cómo sobre las cuatro y cuarto de la madrugada se dio aviso de la ocupación de diversos pisos en la promoción de Huerta Téllez y de cómo se había cambiado el candado de la entrada.

Así, el agente 19600 identificó a [REDACTED] dando golpes a una puerta y manifestando su intención de ocupar un piso; [REDACTED] que ocupó la vivienda dizque porque no tenía adónde. [REDACTED] asimismo, denunció el día veinticinco de septiembre la ocupación del piso que pretendía comprar por dos chicas, lo mismo que denunció [REDACTED]

3. Existe igualmente el *periculum in mora* o riesgo de la tardanza en atajar una situación que requiere una respuesta rápida pues el lapso de tiempo que requiere la tramitación de la presente causa penal podría ser aprovechado por los ocupantes de la finca para hacer imposible, o de difícil realización, la responsabilidad civil que se pudiera reconocer en una eventual sentencia condenatoria, fundamentalmente, en lo relativo a la preservación del inmueble y del derecho de la promotora a la integridad y posesión de los pisos vendidos. Es evidente, que los destrozos causados para entrar en las casas, de los que ha dado cuenta la Policía, podría conllevar perjuicios mayores de la tardanza en la respuesta judicial que de las ocupaciones se pudiera seguir.

4. Hay, igualmente, proporcionalidad, pues el artículo 33 de la Constitución consagra el derecho a la propiedad privada (Art. 348 y ss. del Código Civil) y, como es preceptivo en la adopción de una medida de esta naturaleza, no existe una medida de igual efectividad pero de menor gravedad para enervar el riesgo que se

trata de evitar, cual es la de preservar el derecho a la propiedad privada que proclama la Constitución, actuando, pues, como *última ratio*.

Siendo previsible la entrada en los pisos para la identificación de los ocupantes, resulta igualmente proporcionada la entrada con el uso de la fuerza imprescindible.

Tercero. Ninguna duda hay sobre la condición de perjudicado de Vial Inmuebles, SL y de su falta de consentimiento en la ocupación, pues aun cuando está en concurso de acreedores, sí que sigue siendo titular de las fincas y estaría sujeta a los compromisos asumidos con los compradores de entregar precisamente estas mismas viviendas por cuya cuenta se han entregados las distintas cantidades. Así, el artículo 54.1 de la Ley Concursal precisa que *en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal. Para el ejercicio de las demás acciones comparecerá en juicio el propio deudor, quien precisará la conformidad de los administradores concursales para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio.*

Bajo dichos presupuestos, entiendo que el descrito artículo 13 de la LECRIM faculta para la adopción de la medida de desalojo. En efecto, cuando el citado precepto habla de la protección al ofendido o perjudicado por el delito, lo hace de modo genérico, sin limitar por tanto la protección a quien ostente dicha condición en relación, única y exclusivamente, con determinados tipos de infracciones penales. Siendo así que no cabe una interpretación con arreglo a la cual sólo pudiera protegerse la persona del ofendido o perjudicado por el delito, debiendo extenderse en definitiva el ámbito de protección a la totalidad de los bienes jurídicos de los que fuere titular, mas relacionados con el delito que se investiga. Una interpretación contraria a la expuesta exigiría que el legislador hubiera aludido expresamente, bien a la protección de la "persona" del ofendido o perjudicado por el delito, bien a la protección del ofendido o perjudicado por un delito de los que tradicionalmente se han calificado como "contra las personas".

Cuarto. Al amparo de los razonamientos precedentes habrá de concluirse que resulta necesario dotar de protección al perjudicado, titular de los derechos reales, adoptando las medidas necesarias para el desalojo de quien o quienes permanezcan contra su voluntad en el inmueble de su propiedad, como única vía para el preceptivo restablecimiento inmediato del orden jurídico perturbado.

Ha de significarse, asimismo, que un comportamiento contrario al expuesto comportaría la perpetuación de un *status* por el que se estaría consolidando un comportamiento indiciariamente delictivo, pues no cabe obviar que el tipo penal sanciona como típica la conducta de quien ocupare una cosa inmueble de pertenencia ajena sin la debida autorización. Se estaría, en definitiva, ante un delito permanente, de modo que permitir el mantenimiento de una situación mediante la cual alguien ocupare un bien inmueble de pertenencia ajena, supondría tolerar una conducta a través de la cual se estaría cumpliendo la vertiente típica del delito de usurpación previsto y penado en el Art. 245.2 del CP, lo que, más allá de la protección a dispensar al perjudicado, debe ser lógicamente impedido por los Tribunales.

En consecuencia, examinadas las actuaciones obrantes, documental aportada y el atestado del Cuerpo Nacional de Policía, así como las comparecencias efectuadas, y teniendo el proceso penal como primer objeto el de dar protección cautelar al perjudicado o perjudicados, conforme al artículo 13 de la LECRIM, se considera imprescindible la restitución de la cosa inmueble sustraída a la posesión de su titular, medida que se decanta de la prohibición de permanecer en el lugar señalada en el artículo 544 bis de la LECRIM relacionado con el 57 del Código Penal.

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación al caso, por el poder que me confiere la Nación,

PARTE DISPOSITIVA

Acuerdo la restitución a Vial Inmuebles, SL y demás titulares en legítima posesión de las Viviendas VPO-Huerta Téllez, dejándola vacua y expedita y, si

fuera preciso, con desalojo de sus ocupantes, lo que se llevara a efecto la Jefatura Superior del Cuerpo Nacional de Policía de Ceuta cuando acopie los recursos y medios necesarios. Así:

1. Identificará a los ocupantes de la vivienda para la notificación en el acto del presente auto utilizando, sólo si fuera precisa, la fuerza mínima imprescindible para el acceso a la vivienda.
2. Una vez identificados los ocupantes procederá a su desalojo y posterior precinto de cada piso en concreto.
3. Se les apercibirá en el acto, asimismo, de que el acceso al edificio de la promoción podría constituir un delito de quebrantamiento de medida cautelar.

Líbrese un oficio a los servicios sociales del Ayuntamiento de Ceuta dando cuenta de la situación de desvalimiento y desamparo en que se podrían quedar los ocupantes de las citadas viviendas a consecuencia del desalojo ordenado.

Contra la presente resolución se podrá interponer recurso de reforma en plazo de tres días desde su notificación en la forma legalmente prevista.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas y cúmplase lo acordado.

Así, por este auto lo acuerdo, mando y firmo. [REDACTED]