

107055-10

№ 00611 326507
№ 1811 326508

UNIVERSITAT DE VALENCIA

FACULTAD DE DERECHO

EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA

**Tesis presentada para la colación del grado de Doctor en Derecho
por el Ldo. EMILIANO BORJA JIMENEZ.**

Director: Prof. Dr. D. JOSE RAMON CASABO RUIZ

Catedrático de Derecho Penal de la Universitat de Valencia.

Valencia 1990



UMI Number: U603050

All rights reserved

INFORMATION TO ALL USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if material had to be removed, a note will indicate the deletion.



UMI U603050

Published by ProQuest LLC 2014. Copyright in the Dissertation held by the Author.
Microform Edition © ProQuest LLC.

All rights reserved. This work is protected against
unauthorized copying under Title 17, United States Code.



ProQuest LLC
789 East Eisenhower Parkway
P.O. Box 1346
Ann Arbor, MI 48106-1346

I N D I C E

I N D I C E

-INTRODUCCION

-CAPITULO I. ANTECEDENTES Y EVOLUCION HISTORICOLEGISLATIVA
DEL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA. LAS PRO
PUESTAS DE REFORMA Y LA LEGISLACION EXTRANJERA.

A.- ANTECEDENTES ANTERIORES A LA CODIFICACION. Pág. 13

1º) Derecho Romano Pág. 13

2º) Edad Media Pág. 15

B.- EL PERIODO CODIFICADOR Pág. 21

1º) El Código penal de 1822 Pág. 22

2º) El Código penal de 1848
y la reforma de 1850 Pág. 24

3º) El Código penal de 1870 Pág. 26

4º) El Código penal de 1928 Pág. 31

5º) El Código penal de 1932 Pág. 35

6º) El Código penal de 1944
y la reforma de 1952 Pág. 36

C.- PROPUESTAS DE REFORMA Pág. 37

1º) El Proyecto de Código penal de 1980. Pág. 37

2º) La PANCP de 1983 Pág. 39

D.- BREVE REFERENCIA AL DERECHO EXTRANJERO Pág. 40

1º) Sistema germánico	<u>Pág. 42</u>
2º) Sistema latino	<u>Pág. 45</u>
3º) Sistema anglosajón	<u>Pág. 49</u>

-CAPITULO II. EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN EL ALLANAMIENTO
DE MORADA.

A.- LAS DIVERSAS CONCEPCIONES SOBRE LA DETERMINACION
DEL BIEN JURIDICO EN EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE
MORADA Pág. 75

1º) Breve análisis de la inviolabilidad de domicilio	<u>Pág. 75</u>
2º) La seguridad personal como bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada	<u>Pág. 83</u>
3º) La libertad personal en relación al objeto de tutela	<u>Pág. 87</u>
4º) El allanamiento de morada, ¿un delito contra la voluntad?	<u>Pág. 91</u>
5º) Breves consideraciones sobre la doctrina del "Hausrecht"	<u>Pág. 96</u>
6º) La concepción funcionalista del bien jurídico en relación al objeto de protección del allanamiento de morada	<u>Pág. 103</u>
7º) El derecho a la intimidad como bien jurídico protegido	<u>Pág. 111</u>

8º) El bien jurídico protegido según la
doctrina del Tribunal Supremo Pág.139

B.- CONSIDERACIONES CRITICAS Y TOMA DE POSICION Pág.143

-CAPITULO III. LA FIGURA TIPICA DEL DELITO DE ALLANAMIENTO
DE MORADA. REFERENCIA A LOS AMBITOS DE
ANTI JURIDICIDAD, CULPABILIDAD Y FORMAS
ESPECIALES DE APARICION

A.- LOS SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DEL DELITO Pág.190

1º) El sujeto pasivo Pág.190

2º) El "particular" como sujeto activo del
delito Pág.204

B.- EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO; LA MORADA AJENA. Pág.208

1º) Concepto penal de morada Pág.209

2º) Alcance del término típico morada
Supuestos conflictivos Pág.221

C.- LA CONDUCTA TIPICA Pág.244

1º) Modalidades de conducta; allanamiento
de morada activo y pasivo Pág.244

2º) La voluntad contraria del sujeto
pasivo Pág.257

3º) El tipo agravado de allanamiento de
morada Pág.281

D.- LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DELITO DE ALLANAMIENTO

DE MORADA

Pág.291

1º) El debate sobre la existencia de un
elemento subjetivo del tipo

Pág.292

2º) El estado de necesidad "ex lege"

Pág.302

E.- BREVE REFERENCIA AL AMBITO DE LA CULPABILIDAD

Pág.306

1º) Allanamiento doloso y límite en la
incriminación imprudente

Pág.307

2º) Ambito del error

Pág.310

F.- FORMAS ESPECIALES DE APARICION

Pág.312

1º) Formas imperfectas de ejecución del
delito de allanamiento de morada

Pág.313

2º) Concurso aparente de leyes; las
diferentes formas de configuración
de la protección de la morada en el
C.p.

Pág.318

3º) Concurso de infracciones; el carácter
medial del allanamiento de morada

Pág.330

-CONCLUSIONES

Pág.427

-BIBLIOGRAFIA

Pág.435

-JURISPRUDENCIA

Pág.474

-ABREVIATURAS

Pág.485

INTRODUCCION

INTRODUCCION
=====

La presente investigación se circunscribe al estudio y análisis jurídicopenal de algunas cuestiones que giran en torno al delito de allanamiento de morada en sentido estricto. Quedan excluidas de este trabajo el examen de figuras delictivas tales como los delitos contra la inviolabilidad de domicilio, contemplados en el art. 191 del vigente Código penal; o este otro de quebrantamiento de la inviolabilidad de un lugar sagrado, edificio religioso u otro inmueble especialmente protegido tipificado en el art. 492 bis del mismo texto punitivo.

La razón de esta reducción del objeto de estudio reside en que, si bien son figuras que guardan cierto paralelismo con el allanamiento de morada, el contenido del injusto es sustancialmente diferente provocando ello una notable diversificación que podría complicar excesivamente la unidad y sistemática en el tratamiento de los problemas que han sido examinados.

El objeto de investigación, pues, queda circunscrito a la figura básica del delito de allanamiento de morada y a los preceptos que la complementan, ciñiéndose el análisis jurídico en consecuencia a los preceptos 490, 491 y 492 del Cp. como más fundamentales.

En este trabajo se ha intentado resolver un conjunto de cuestiones puntuales que se plantean tanto doctrina científica como jurisprudencia y que, a nuestro juicio, en muchas ocasiones

la respuesta no era demasiado convincente, o no encontraba justificación en el derecho positivo, o, simplemente, no existía. Prueba de ello representa las vacilaciones en la determinación del bien jurídico tutelado, del sujeto titular del derecho de exclusión en los supuestos de convivencia común, del concepto de morada, de los términos violencia e intimidación en el subtipo agravado, de la existencia o inexistencia de un elemento subjetivo del injusto o de la distinción con la agravante genérica de morada regulada en el n° 16 del art. 10. La resolución de estos problemas han motivado la elección del tema y el propio contenido de esta investigación que se presenta como tesis doctoral.

Las fuentes utilizadas son las normales que se suelen emplear en un estudio enfocado bajo los presupuestos de la dogmática jurídica: material bibliográfico dedicado a esta materia y afines, si bien se ha puesto especial atención en la doctrina alemana, pues los autores germánicos han profundizado en el estudio de esta materia con tal insistencia, que se han llegado a escribir más de una veintena de tesis doctorales. También se ha tenido en cuenta la jurisprudencia emanada tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional.

El método empleado encuentra su reflejo en la propia estructura de la presente investigación y viene determinado por la naturaleza del propio objeto. En un primer estadio, que se concreta en el Capítulo I, se realiza un estudio de la evolución histórico-legislativa del delito, necesario para poder obtener un marco introductorio donde se exponen desde sus primeras raíces los problemas interpretativos que los autores en las diferentes etapas histó

ricas se plantearon en la exégesis y aplicación de la mentada figura delictiva. Se complementa esa introducción con un breve análisis del estado de la cuestión en el Derecho comparado. Ello proporciona un buen punto de referencia para poder examinar con mayor cautela las soluciones que con frecuencia se originan en un ámbito temporal o espacial diferente del que parten las presentes consideraciones en el seno del derecho positivo vigente en nuestro país.

Un segundo capítulo se dedica al estudio del bien jurídico protegido. En este lugar se pretende desvelar una cuestión teórica fundamental, cual es aquélla que hace referencia a la concreta determinación del interés o valor tutelado por la norma penal; pero también se busca un criterio hermenéutico sólido que ofrezca ciertas garantías en la determinación del contenido de los diferentes términos típicos examinados, presupuesto necesario del que parten las premisas básicas del Capítulo III.

En este tercer escalón se intenta crear un modelo explicativo, sólido y coherente, que pueda dar respuesta a los problemas más importantes que determinan en última instancia el fin perseguido en la presente investigación. Para ello se lleva a cabo una interpretación de los diferentes términos típicos guiada siempre por nuestra propia consideración del objeto del delito, se sistematizan con arreglo a los criterios de la Parte General del Derecho Penal los diferentes resultados de la tarea exegética y, finalmente, se aplica la fórmula jurídica a la cuestión examinada intentando que la respuesta sea coherente con el planteamiento teórico inicial y también correcta desde el punto de vista políticocriminal.

Pero este trabajo no se conforma con ese examen que pretende resaltar la lógica de la materia regulada. Como un estudio que se auxilia en el método que postula la dogmática jurídico-penal, éste debe llegar a la última fase en que culmina la tarea científica del jurista, la crítica. De ahí que, cuando ha sido necesario, hemos destacado las virtudes de nuestra regulación positiva frente a graves defectos técnicos que ofrecían el ordenamiento jurídico alemán o italiano, pero también se ha manifestado la inconveniencia de mantener preceptos que son perturbadores e innecesarios, como el art. 491 que regula el estado de necesidad específico.

Por último, señalar que al tratarse el objeto de estudio de un tema incardinado en la Parte Especial del Derecho Penal, no se ha querido profundizar en aquellos conceptos y principios que pertenecen a la Parte General, pues el avance de la Ciencia Penal aporta ciertos "dogmas" sobre los que existe una aceptación común (principio de legalidad, bien jurídico, etc.) y que en muchas ocasiones encuentran su concreción y refutación en la Parte Especial. Dentro de las diferentes opciones sistemáticas hemos adoptado aquélla que concibe la antijuridicidad de forma objetiva, por razones de formación universitaria, aunque bien es cierto que el resultado no variaría si se hubiese optado por otra concepción.

Quedan así, pues, presentadas a grandes rasgos las humildes pretensiones que intenta lograr la presente investigación: dar algo de luz a unos cuantos puntos oscuros.

-CAPITULO I. ANTECEDENTES Y EVOLUCION HISTORICOLEGISLATIVA
DEL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA. LAS PRO
PUESTAS DE REFORMA Y LA LEGISLACION EXTRANJERA.

A.- ANTECEDENTES ANTERIORES A LA CODIFICACION.

- 1º) Derecho Romano
- 2º) Edad Media

B.- EL PERIODO CODIFICADOR

- 1º) El Código penal de 1822
- 2º) El Código penal de 1848
y la reforma de 1850
- 3º) El Código penal de 1870
- 4º) El Código penal de 1928
- 5º) El Código penal de 1932
- 6º) El Código penal de 1944
y la reforma de 1952

C.- PROPUESTAS DE REFORMA

- 1º) El Proyecto de Código penal de 1980
- 2º) La PANCP de 1983

D.- BREVE REFERENCIA AL DERECHO EXTRANJERO

- 1º) Sistema germánico
- 2º) Sistema latino
- 3º) Sistema anglosajón

NOTAS.

CAPITULO I

Se considera relevante, antes de entrar en el concreto objeto de estudio de cada capítulo, el hacer una mínima referencia a la justificación de la existencia del mismo.

Así, un análisis de los antecedentes legislativos del delito de allanamiento de morada nos proporcionará (como toda investigación histórica (1)) algún dato interesante que podrá ser utilizado en un ulterior estadio del presente trabajo.

Si tenemos en cuenta la evolución legislativa del delito estudiado desde su aparición hasta hoy en día, se observará un proceso de transformación interno (en cuanto a las diferentes formas de configuración típica) y externo (cambios doctrinales y jurisprudenciales en la interpretación del hecho punible) que deberán tenerse presente cuando se examinen los problemas básicos que presenta la actual regulación.

De ahí se desprende cierta importancia (en absoluto fundamental) de la investigación histórico-jurídica, en tanto y en cuanto ésta pueda aportar algún elemento interpretativo que pueda mejorar nuestro modelo teórico explicativo de las cuestiones relevantes que afectan al allanamiento de morada. Eso sí, tampoco debe perderse de vista que el desarrollo de esta investigación se realiza desde un punto de vista jurídico-penal tomando como primera referencia el derecho positivo (2). Por esta razón se puede adivinar que el estudio desarrollado en este Capítulo no tendrá una profundidad exhaustiva dado su primordial carácter instrumental y, en cierta medida, descriptivo.

A.- ANTECEDENTES ANTERIORES A LA CODIFICACION

1º) Derecho Romano

Afirma la mayoría de la doctrina que el ataque a la morada ajena, tal y como se configura actualmente en el delito de allanamiento de morada, fue desconocido en el Derecho Romano (3). La ley de las XII Tablas desconoció la inviolabilidad del domicilio como menoscabo de la personalidad ajena en relación a su hogar, y por tanto omitió una protección especial de tal conducta entre sus preceptos (4).

No obstante, debe precisarse esta afirmación para evitar equívocos. La cuestión de si la paz de la casa fue protegida en el Derecho Romano necesita, antes de obtener respuesta, de aclarar otra cuestión previa: aquella que hace referencia a la interpretación del término latino "iniuria" (5). Según MOMMSEN (6) en la época más primitiva la palabra "iniuria" comprendía la lesión antijurídica tanto del cuerpo como de las cosas de otro. Más tarde este concepto evolucionó desarrollándose a partir de él dos institutos jurídicos: los daños sobre las cosas (*damnum iniuria*) y los menoscabos personales (*iniuria*). Pues bien, en el lenguaje de las XII Tablas ya se entendía "iniuria" como "la lesión personal ilícita e intencionada a un tercero (7)". Ahora bien, parece claro también que la "iniuria" reflejada en las XII Tablas (especialmente el 4º fragmento de la 8ª tabla) solo hacía referencia a aquellas acciones contra el ámbito físico de otra persona, sin comprender todavía los acometimientos morales o ideales (8).

La violación de la paz doméstica fue contemplada por primera vez (criterio doctrinal unánime) (9) en la LEX CORNELIA DE INIURIIS: "Lex Cornelia de iniuriis competit ei, qui iniuriarum agere vo

let ob eam rem, quod sed pulsatum verberatumue domumue suam vi introi-
tam esse dicat" (10). La acción consistía en la entrada violenta en la
casa de otro. "Vis" en sentido jurídico-penal comprendía tanto la
fuerza ejercida contra una persona a través de violencia física (vis
absoluta) como la presión a la misma a través de la amenaza de ejer-
cer esa violencia (11) (vis compulsiva).

Ahora bien, entendido el ataque ilegítimo y violento a la
morada ajena como una modalidad de "iniuria", lo decisivo no era la
ruptura de la paz del hogar sino la violencia (12). Los atentados al
hogar de otro ocasionados violentamente constituían un agravio, un
ultraje a la persona del morador y también constituían en última ins-
tancia un atentado al orden y seguridad pública. No en vano se cata-
logaba el delito como "crimen publicum" que solo podía ser persegui-
do en virtud de acción criminal y castigado con una pena pública
(13). No se entendía la lesión al derecho doméstico sin esta conexión
personal, pues la protección de la morada no se concebía de forma in-
dependiente; dado que no se debe olvidar que la Lex Cornelia apare-
cía en primer lugar como instrumento jurídico al servicio del mante-
nimiento del orden público, y de forma indirecta protegía intereses
individuales (14).

Con la Lex Julia, primero, y el derecho público edictal
de los pretores, después, la injuria experimenta una extensión en
cuanto al contenido abarcado, comprendiendo en su seno ataques a los
intereses jurídicomateriales del señor, como el patrimonio y la pose-
sión, (fundamentalmente daños); quedando dentro del ámbito normativo
del "furtum" las apropiaciones ilegítimas de las cosas de pertenencia
ajena (15).

En conclusión, el allanamiento de morada tal y como lo

entendemos actualmente no alcanzó sustantividad propia ni regulación autónoma en el Derecho Romano. Y esto es así por el notable carácter lesivo a la persona del señor de la casa que subyacía en el hecho punible, pues, como se ha repetido insistentemente, solo era castigada la entrada violenta en el hogar ajeno y además, esta conducta era calificada como una modalidad de injurias.

2º) Edad Media

Señalaba GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA (16) en el siglo pasado que en la Edad Media desconocían las leyes en sus textos toda referencia en apoyo de la incolumidad del domicilio. Sin duda alguna el notable comentarista se equivocaba. Precisamente en la Edad Media se origina el pensamiento de que las leyes deben de proteger al individuo de forma casi absoluta cuando éste se halla abrigado en la paz de su casa.

Es en el Derecho germánico donde surge este principio fundamental referido a la idea de protección en relación con la paz y con la casa. En una época donde la seguridad de las personas era un bien preciado (quizás debido a su escasez), la noción de paz es sumamente importante porque al individuo se le coloca en una situación de salvaguardia ante los ataques o injerencias de los que pudie ra ser objeto. En este contexto, la pérdida de la paz suponía una sanción de tremendas consecuencias para el sujeto que había delinquido, pues el delincuente perdía la protección otorgada por el Derecho y quedaba en indefensión ante la venganza privada. La gravedad del hecho determinaba la gravedad de la sanción atendiendo a la mayor o menor amplitud del círculo de sujetos que podían ejercer frente al reo una facultad punitiva que el Poder público todavía no se había reservado (17).

Junto a este concepto general de la paz, existían las de nominadas "pazes especiales", que atendiendo al objeto otorgaban una especial protección reduciendo el ámbito de actuación privada en el marco jurídico criminal y recibían un tratamiento jurídico privilegiado. Así, podían ser divididos en personales y locales, y dentro de éstas se encontraban las de la ciudad, el mercado, la Iglesia y la propia casa (18).

Esta paz especial que alcanzó a la casa como resultado de una evolución extensiva (desde la paz del rey, de la Iglesia después, de la ciudad más tarde y por último, de la casa) surge, según estudiosos dignos de toda credibilidad (19), de la equiparación de la casa con los lugares de la Iglesia. La paz de la morada y la paz de Dios se afectan mutuamente.

Así pues, la búsqueda de un lugar seguro libre de riesgos exteriores, de un lado, y la idealización de la casa como local protegido por la Divinidad, de otro, constituyeron las dos notas fundamentales que subyacen en el pensamiento de la inviolabilidad del domicilio en la Alta Edad Media. Y en muchas leyes de aquella época, y en casi todos los lugares se recogen manifestaciones de esta acostumbrada protección cuasiabsoluta del ámbito de la paz doméstica (20).

La lesión de la paz doméstica apareció en el periodo más antiguo casi de forma exclusiva como Heimsuchung (21), considerado como verdadero antecedente del actual allanamiento de morada. Consistía este delito en la entrada violenta, incluso en el asalto a una casa o a sus dependencias por un grupo más o menos numeroso de malhechores. Solía exigir el tipo que éstos fuesen armados. Era un crimen asociativo, en cuadrilla (Bandenvergehen) que requería normalmente cierto resultado lesivo (lesiones corporales, daños., incluso el

robo o la detención eran tenidos en consideración) (22). Por esta razón el objeto de protección venía limitado casi exclusivamente a lugares habitados y valorativamente venía calificado como uno de los hechos más condenables, de tal forma que entraba dentro de la categoría jurídica de "grave fechoría" (schwere Missetat). El "Missetat" era un quebrantamiento de la paz, que el propio autor perdía desde el momento de la perpetración del hecho (23).

TRABANDT (24) nos muestra en un riguroso estudio algunos textos que corroboran en cierta medida las consideraciones anteriormente señaladas respecto al "Heimsuchung".

En la lex Visigothorum (año 654), que regía tanto para el pueblo romano como visigodo, se reguló en el número 2º del IV Título del VI Libro, dentro del precepto sobre las lesiones corporales una conducta que podía ser calificada de "registro" (Heimsuchung). Consistía en la entrada de una o más personas armadas en una casa ajena con la intención de matar a su morador o perpetrar una serie de delitos determinados.

Muestras del Derecho Inglés son también la ley del rey Aethelbert (601-604 d. de C.), arts. 13, 15, 17, 27, 28 y 29, y la ley del rey Alfred (871-900 d. de C.) artículos 25, 39 y 40. La regulación no era muy diferente de la germánica, si bien se acentuaba en algunos preceptos la intención de perpetrar hechos contra la propiedad o que la acción se desarrollase durante la noche (25).

Poco a poco fueron desapareciendo características propias de esta figura, como la circunstancia de pluralidad de sujetos o el carácter armado de los mismos; de tal forma que en periodos ulteriores tan solo quedan huellas a medio borrar del antiguo "Heimsuchung" (26). Paulatinamente se deja paso a una conducta derivada que tiene

en común con la anterior los elementos básicos que conducen a la ruptura de la paz de la casa (Hausfriedensbruch) y que dio nombre en el Derecho germánico al delito de allanamiento de morada.

En cuanto a nuestro Derecho histórico se refiere, la paz de la casa adquiere una gran importancia a nivel de regulación en el Derecho foral de gran influencia germánica. Aparte de esta influencia germánica, la protección penal de la morada del individuo podía tener por causa razones políticas, sobre todo si se tiene presente el interés de los monarcas en limitar el poder de los señores respecto a sus vasallos. Y esto se lograba en cierta medida otorgando alguna que otra libertad o garantía a estos últimos (27).

Las profundas investigaciones de ORLANDIS Y VALDEAVELLANO (28), junto con la reciente aportación de JORGE BARREIRO (29) recogen datos jurídicos de aquella época reflejando una vez más la considerable atención legislativa otorgada en favor de la protección de la esfera doméstica por el Derecho foral español. Seguidamente se señalan de forma resumida las líneas generales del tratamiento jurídico penal de la invasión domiciliaria en la Edad Media hispánica.

1º). Dada la especial protección otorgada a la casa como lugar seguro, como refugio de sus moradores, la perpetración de un hecho criminal en su seno podría sufrir una agravación o atenuación según la condición del autor: en el primer supuesto entraría el intruso, en el segundo el señor de la casa (30). La protección era tan intensa que en algunos fueros (Logroño y los de su familia) el señor de la casa estaba facultado para matar al extraño sin incurrir en responsabilidad alguna (31). Por ello, quizás, se ha llegado a decir que la defensa de la casa ante las injerencias de terceros sienta las bases de la actual legítima defensa (32).

2º). La protección personal en los fueros españoles fue bastante progresista (si tenemos en cuenta la desigualdad social existente en la Edad Media) en dos sentidos: primero, se extendía la garantía a nobles y villanos; segundo, el derecho a la paz del hogar regía frente a todos, incluso (Fuero de León, XLII) frente a los merinos y sayones del Rey (33).

3º). En las fuentes de nuestro Derecho de la Alta Edad Media se diferencian dos figuras delictivas que constituyen dos formas tipificadas de violación de la paz del hogar:

a) Quebrantamiento nombre que era asignado en sentido amplio a cualquier entrada en la casa de un tercero realizada ilegalmente. Dicha ilegitimidad se fundaba normalmente en dos motivos: o bien que esta se llevase a cabo pura y simplemente contra la voluntad del dueño o bien que dicho ingreso se produjese con la intención de perpetrar algún hecho ilícito directamente lesivo, por diversas causas, a los moradores del edificio (Fuero de Cuenca, VI, 3). Los mismos efectos jurídicos correspondían a la conducta del que, habiendo entrado lícitamente en la casa, se resistía a abandonarla tras el requerimiento del señor de la misma (Fuero de Teruel, 275). En algunos fueros quedan todavía huellas del antiguo "Heimsuchung" pues el quebrantamiento añadía a sus características propias esta otra de que el crimen fuese cometido por una pluralidad de sujetos, requisito esencial de los delitos de banda o cuadrilla (Fuero de Plasencia, 49) (34).

b) El encerramiento era la segunda modalidad enunciada. Consistía en las violencias que un grupo más o menos numeroso de personas llevaban a cabo desde el exterior contra el sujeto que

allí se encerraba. Se requería unas violencias anteriores, una persecución y un seguimiento por parte de los adversarios del "encerrado", perseverancia en las pretensiones de los malhechores en poner manos en el perseguido y, por último, que no lograsen introducirse en el edificio, pues entonces el hecho sería calificado de "quebrantamiento" (Soria, 469; Calatayud, 1131) (35).

4º). La consecuencia jurídica de estos delitos, es decir, la pena fundamentalmente, era en líneas generales de carácter pecuniario, si bien es verdad que estos hechos punibles se encontraban entre los más graves (36).

En resumen, es en la Edad Media cuando surge una figura típica autónoma cuyo objeto material suele ser un local habitado, que se describía en los textos jurídicos a través de la acción consistente en la entrada física del agente contra derecho en el lugar protegido (excepcionalmente se consideraban ataques exteriores sin penetración) y que gozaba de una especial protección frente al resto de infracciones criminales existentes en aquel momento.

Esta especial protección otorgada a la morada del individuo suele ser el resultado de una combinación de factores históricos, políticos, sociales y religiosos, entre los que cabe destacar los siguientes: la sacralización de la paz doméstica por motivos religiosos; la necesidad de conceder al sujeto un reducto inmune a la facultad punitiva privada, junto a la requerida esfera de seguridad que exige el propio convencimiento de hallarse dentro de las cuatro paredes de la propia casa y; por último, las pretensiones monárquicas de reducir el poder de los señores feudales respecto de sus vasallos directos.

Y así, lentamente, aquellas figuras primitivas cargadas de elementos aún extraños a la noción ideal de la paz de la casa (cuadrilla, malhechores armados, lanzamiento de flechas, etc.) sufren una metamorfosis durante la cual se van despojando de dichos requisitos típicos y va apareciendo una conducta criminal más simple, que en la Codificación es bautizada con el nomen iuris de allanamiento de morada.

Con posterioridad, en las Partidas y demás ordenamientos absolutistas desaparecen los preceptos que con anterioridad habían castigado la invasión de la morada ajena (37), si bien el ámbito local no es abandonado definitivamente como objeto de protección penal perviviendo todavía bajo la sombra del robo en casa habitada (38).

B.- EL PERIODO CODIFICADOR

Hemos señalado con anterioridad el silencio legislativo que se produjo en la etapa de las monarquías absolutas en relación con el delito de allanamiento de morada.

Sin embargo, es a partir de la Revolución Francesa cuando comienza un proceso de reconocimiento del derecho a la inviolabilidad del domicilio que fue universalizándose con el transcurso del tiempo al igual que todas las ideas e instituciones liberales de finales del Siglo XVIII (39). A partir de aquí, las constituciones liberales del Siglo XIX declaran en sus textos el mentado derecho a la inviolabilidad del domicilio como uno de los más consagrados y jurídicamente garantizados.

Los diferentes códigos penales europeos decimonónicos se encargaron de proteger la incolumidad de la morada con el arma puni-

tiva que, ahora sí, pertenecía al Poder público. Pero pensando los legisladores históricos que el mayor peligro a la paz doméstica derivaba precisamente de las facultades que hasta entonces habían gozado los funcionarios al servicio del Estado absoluto, se creó en principio la figura delictiva como delito especial propio cuyo sujeto activo sólo podía ser los servidores de la nascente función pública. Con posterioridad se añadiría a los textos punitivos otro tipo penal cuyo autor venía reservado a los súbditos particulares (40).

A partir de este momento, aparece una doble regulación de la violación de domicilio, atendiendo a la condición del agente que perpetra el hecho punible. Más adelante se examinará con mayor detenimiento la evolución legislativa de esta bifurcación típica prestando especial atención a las repercusiones que afectan al delito objeto de este estudio.

1º) El Código penal de 1822

El Código penal español decretado en 8 de junio de 1822 y promulgado en 9 de julio del mismo año no reguló el allanamiento de morada tal y como lo entendemos ahora (art. 490) (40 bis.). Sin embargo contempló la conducta típica de violación de domicilio por funcionario público en el número 4 del art. 243, del Capítulo IV (De los delitos contra la libertad individual de los españoles) del Título I (De los delitos contra la Constitución y orden político de la monarquía) de la Parte primera (Delitos contra la sociedad). Disponía dicho artículo:

"Son reos de atentado contra la libertad individual:

...Cuarto el juez o funcionario público de cualquier clase que allanare la casa de un español, no siendo en la forma o en los casos prescritos por el código de procedimientos o por alguna otra ley."

El art. 243, nº 4 del C.p. de 1822 incriminaba una conducta que atentaba a la declaración constitucional de inviolabilidad de domicilio contenida en el art. 306 de la Constitución de 1812 (41). Y la influencia de dicho precepto se refleja con gran claridad en la disposición del texto punitivo al menos en dos circunstancias. En primer lugar es curioso que el nombre jurídico de "allanamiento de morada" surge en un delito que precisamente cederá su nominación (mantenida hoy) a partir del Código penal de 1848 a esta otra acción punible perpetrada por un particular. En ambos textos (Constitución y Código penal) se señala la expresión "allanamiento de casa". Dicha expresión seguirá utilizándose con la evidente modificación del sustantivo "casa" como proposición técnico jurídica hasta el momento presente.

En segundo lugar, influido quizás por la Constitución francesa, se menciona una excepción a la garantía penal, y es el supuesto de que la entrada venga prevista por la ley.

En cuanto al propio precepto debemos realizar algunas precisiones (42).

Con relación al sujeto pasivo del delito, este se halla limitado al ámbito nacional de los españoles. Por tanto la protección penal no alcanzaba a los extranjeros que se encontrasen en España (43).

Respecto del sujeto activo este viene designado en el juez o funcionario público de cualquier clase. En el actual art. 191, se restringe el círculo de autores al funcionario público que no sea autoridad judicial.

La conducta punible también tiene un mayor alcance (allanare la casa) comprendiendo tanto el entrar ilícito en la morada co-

mo el permanecer allí contra la voluntad del morador, mientras que el art. 191, 1º del C.p. adolece de una reprochable laguna punitiva al dejar fuera de su seno la incriminación emisiva (el no abandonar el lugar tras el requerimiento del titular).

El objeto de la acción también viene designado con vocablos diferentes: "casa" en el texto histórico, "domicilio" en el actual. Más adelante se examinarán las diferencias entre uno y otro, si bien es verdad que no son tantas.

2º) El Código penal de 1848 y la reforma de 1850

El Código penal aprobado por ley de Cortes de 19 de marzo de 1848 reguló por primera vez en un texto codificado el delito de allanamiento de morada. Sin embargo mantuvo la figura de violación de domicilio por funcionario público en su art. 290. Nace así, como se señaló líneas atrás, una duplicidad de regulación atendiendo a la condición del sujeto activo que recorrerá todos los Códigos penales sin que el actual sea una excepción.

También la ubicación sistemática del tipo estudiado es originaria de esta ley penal. En efecto, se ubicaba en el Capítulo V (allanamiento de morada) arts. 404, 405 y 406, dentro del Título XIII (De los delitos contra la libertad y seguridad) del Libro II (De los delitos y sus penas). Transcribimos los preceptos correspondientes:

"CAPITULO V

Allanamiento de morada

Art. 404. El que entrare en morada ajena contra la voluntad de su morador, será castigado con arresto mayor y multa de 5 á 50 duros.

Si el hecho se ejecutare con violencia ó intimidación, las pe-



nas serán prisión correccional y multa de 10 á 100 duros.

Art. 405. La disposición del artículo anterior no es aplicable al que entra en la morada ajena para evitar un mal grave á sí mismo, á los moradores ó á un tercero, ni al que lo hace para prestar algún servicio á la humanidad ó á la justicia.

Art. 406. Lo dispuesto en este capítulo no tiene aplicación respecto de los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas mientras estuvieren abiertas "

El primer comentario puede tomar su punto de partida en el hecho de que en la regulación del allanamiento de morada en el C. p. de 1848 va a sufrir muy pocas modificaciones en los oódigos ulteriores. Si se comparan estos tres preceptos con los actuales 490, 491 y 492 (44), se observará una similitud casi absoluta.

El precepto fundamental (art. 404) arrastra una laguna que no se cubriría hasta la ley del 7 de abril de 1952 (salvo el C. p. de 1928), al no considerar la modalidad pasiva del allanamiento de morada, esto es, el permanecer en la misma contra la voluntad de su morador. No obstante la doctrina de la época no apreció este defecto legislativo y serían los comentaristas del C.p. de 1870 quienes alzaron voces en favor de la inclusión de la conducta omisiva.

Por el contrario, los comentaristas al Texto decimonónico pusieron su atención en la interpretación del término típico "contra la voluntad del morador", planteándose la cuestión de si esa voluntad contraria del morador debe ser necesariamente expresa en cuanto a su declaración se refiere. Tanto PACHECO (45) como ZUÑIGA y CASTRO Y OROZCO (46) entendieron que ha de juzgarse caso por caso según las circunstancias particulares.

También se ha de considerar la aparición de un singular

estado de necesidad específico para el allanamiento de morada contenido en el art. 405, (actual 491) admitido como necesario por la doctrina de la época (47). En efecto, la disposición en cuestión tenía su razón de ser en una ley que todavía no regulaba el estado de necesidad para todos los delitos, sino simplemente en favor de quien "para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena." (48). Por ello fue bien acogido un precepto que, de no existir, dejaría sentir su ausencia en extralimitaciones e injusticias. Sin duda alguna la situación de esta causa de justificación es hoy muy diferente, y como tendremos ocasión de ver en su lugar oportuno, determina que la eximente específica del art. 492 sea, resulte, superflua. Y ocurre, como indicamos líneas atrás, que la propia configuración histórica del derecho de morada (Hausrecht) ha tenido importancia en el desarrollo de ciertas circunstancias excluyentes de la antijuridicidad.

Por último, si se interpretan los términos morada y morador tal y como lo hicieron ORTIZ DE ZUÑIGA y CASTRO Y OROZCO (49), entendiendo que el art. 404 sólo hace referencia a edificios destinados actual o habitualmente a servir de vivienda a su dueño, la disposición contenida en el art. 406 (vigente art. 491) no tiene mucha importancia, si no es por el hecho de confirmar negativamente el término morada (50).

La edición reformada del Código penal del 30 de junio de 1850 operada por Real Decreto simplemente cambió el número de los preceptos (414, 415 y 416) y elevó la multa en el delito simple de 10 a 100 duros, manteniendo la ubicación sistemática del delito en el Libro segundo, Título XII, Capítulo V.

3º) El Código penal de 1870

El Código penal de 17 de junio de 1870 reguló el delito

objeto de la presente investigación en el Capítulo V (Allanamiento de morada) del Título XII (Delitos contra la libertad y seguridad) del Libro segundo (Delitos y sus penas), artículos 504, 505 y 506, que coincidían prácticamente con los artículos 414, 415 y 416 del C. p. reformado de 1850. Las diferencias con este último texto son dos:

a) Varían las penas de las dos conductas tipificadas en el art. 504 (antiguo 414); multa de 125 a 1250 pesetas en la infracción básica y prisión correccional en su grado medio y máximo junto a la accesoria de 125 a 1250 en la infracción agravada.

b) Pero la modificación más importante viene dada por el cambio del pronombre personal "el" por el sustantivo con el artículo determinado "el particular". Con ello se acentuará la cualidad del sujeto pasivo en contraposición con el delito regulado en el capítulo que contiene los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos individuales sancionados por la Constitución (51), dentro del Título dedicado a los delitos contra la Constitución, arts. 215 y 216 (52).

En efecto, con la introducción del vocablo se estaba intentando distinguir, de una parte, que el sujeto activo sólo podía ser una persona privada o que actuase en tal condición, frente a las introducciones ilícitas de funcionarios o autoridades y, de otra, que la conducta tipificada en el art. 504 (similar al vigente art. 490) no se perfilaba como una protección frente al abuso de facultades de los empleados del Poder público (dado que ésta venía garantizada por la ley penal en sus artículos 215 y 216), sino que el derecho que el precepto trata de salvaguardar es de naturaleza genuinamente personal (53).

Salvo las diferencias apuntadas, los preceptos del Código penal decimonónico son muy parecidos a los del texto sancionador de 1944. Por este motivo no es éste el lugar indicado para examinar el contenido de cada una de las disposiciones legales, dado que se estudiarán en el espacio dedicado a la figura típica del delito de allanamiento de morada según el derecho positivo.

Sin embargo, merece cierto interés el presentar los criterios interpretativos que guiaron a nuestra Jurisprudencia en la aplicación del Código penal de 1870. A título descriptivo se señalan esas líneas generales utilizadas por el Tribunal Supremo en la aplicación de la ley penal:

1º). En primer lugar se puede señalar el carácter descriptivo de las resoluciones jurisprudenciales. El Tribunal Supremo se limita en esta época a acoplar la disposición criminal al caso concreto; pero sin fundamentar (salvo raras excepciones) el motivo de la resolución. Simplemente se traía a colación la determinación concreta y se relacionaba con el supuesto enjuiciado. En definitiva, se solía resolver pero sin interpretar (54).

2º). En cuanto al entendimiento del término "morada", en esta primera época el TS hace una interpretación bastante extensa del vocablo. En la STS de 3 de abril de 1883 (JC nº 7014) conceptúa como morada un patio que servía de acceso a dos viviendas independientes, y en la de 11 de abril de 1887 (JC nº: 276) también entendió como vivienda el Casino de uso privativo para sus socios. Este mismo criterio se siguió en la STS de 7 de febrero de 1889 (JC nº: 123) (JC nº: 235), negando, sin embargo, este carácter a un local que se utilizaba como baile. En la STS de 5 de octubre de 1900 se inicia una copiosa jurisprudencia que asimila dentro del sustantivo "morada" las dependencias de la casa que "...for-

mando un todo con ella están destinadas al servicio interno, constante y exclusivo de sus moradores." (considerando jurídico primero). En fin, también se reiteró el Supremo en la protección penal de las casas de prostitución en las SSTS de 18 de marzo de 1895 (JC nº: 144) y 20 de diciembre de 1905 (JC nº: 232).

3º). La conducta agravada del segundo párrafo del art. 504 del C. p. de 1870 ("si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación") se interpretó desde un principio como fuerza aplicada bien a las personas, bien a las cosas. Así, cualquier fractura o forzamiento de puerta o ventana con la intención de introducirse en domicilio ajeno se incardinaba en el 2º párrafo del art. 504. Como botón de muestra se pueden señalar las SSTS de 8 de febrero de 1899 (JC nº: 74), 20 de abril de 1906 (JC nº: 187), 30 de septiembre de 1907 (JC nº: 57), 14 de febrero de 1909 (JC nº: 84) y 27 de abril de 1915 (JC nº: 149). También debe señalarse que en esta primera época el entrar en una casa extraña por escalamiento sin fractura no constituye "violencia" en el sentido expresado en el párrafo segundo del art. 504 (STS de 27 de marzo de 1899, JC nº: 122), según entendía el propio Tribunal (55).

4º). En cuanto a la interpretación del término típico "contra la voluntad del morador", se inicia en la STS de 20 de noviembre de 1884 (JC nº: 8422) una línea jurisprudencial donde se entendía que no era preciso "que la contraria voluntad se manifieste en el acto de la entrada o allanamiento", sino "que basta que le conste a quien lo realiza, a pesar de la reconocida oposición del dueño o morador, infringiendo así la clara y terminante prohibición de éste cuando ningún acto posterior ha podido modificarla o hacerla desaparecer" (considerando jurídico primero). Con ello se determinan dos requisitos para que la oposición del titular dé vida al

delito: que exista una verdadera negativa a la entrada del tercero por parte del morador, y que esa negativa a la entrada, esa voluntad contraria deba tener reflejo de forma objetiva, deba gozar de cierta aptitud para que el sujeto activo abarque en su conciencia la prohibición. Con ello se incriminaban tanto las entradas ilícitas contra la voluntad expresa del titular de la morada como contra la voluntad tácita, y en este sentido se expresan las SSTS de 5 de abril de 1890 (JC n°: 222), 5 de noviembre de 1896 (JC n°: 136) ("cuya voluntad se entienda opuesta a la entrada cuando no la permite por manifestación expresa o cuando la revela el cerramiento de las puertas"), 11 de febrero de 1902 en JC n°: 125 ("por expresa manifestación o por actos y circunstancias que revelen la prohibición") y, en fin, las SSTS de 11 de julio de 1903 (JC n°: 33), 8 de julio de 1904 (JC n°: 13) y 21 de marzo de 1922 (JC n°: 232).

5º). La primera jurisprudencia no exigía ningún elemento subjetivo especial para calificar la conducta de allanamiento de morada siempre que ésta correspondiese con la descripción objetiva requerida por el precepto legal. Así, la STS de 19 de mayo de 1875 (JC n°: 2778) considera perpetrado el hecho penal cuando el dueño de una habitación entra en la misma aprovechando que la inquilina se hallaba ausente y desocupa la estancia trasladando los muebles fuera de ésta. A partir de este momento existen varias resoluciones jurisprudenciales cuyo denominador común se encuentra en la penetración al local que sirve de morada al inquilino con la intención de romper la relación arrendaticia por falta de pago de este último (56), o por cualquier otra circunstancia. Ahora bien, el Tribunal Supremo cambió de posición y en la Sentencia de 25 de septiembre de 1884 (JC n°: 8241) exige, quizás por primera vez, que ade-

más de penetrar en morada ajena contra la voluntad del morador, es necesario "un ánimo de violar o de faltar el respeto debido a la morada ajena". En decisiones posteriores el Supremo exige ese elemento tendencial del ánimo de atentar a la santidad del hogar como imprescindible para poder calificar el hecho como allanamiento de morada. De esta forma, castiga como coacciones y no como allanamiento de morada el hecho de arrancar la hoja de una puerta, entrar dentro de la casa y salir con la intención de evitar que los habitantes del local violentado pudieran seguir viviendo en el mismo, "...puesto que el propósito de los acusados no fue el de allanar la casa habitada por García y su mujer, sino el de impedir a éstos que continuaran viviendo en ella" (STS de 23 de octubre de 1908, JC nº: 80). Siguiendo en el tema de arrendamiento, igual solución postula la STS de 19 de diciembre de 1918 (JC nº: 119): "...es indudable que el tribunal a quo, al estimarle comprendido en el art. 504, ha incurrido en el error de Derecho que por ese concepto se alega en el primer motivo del recurso, pues según resulta de los hechos declarados probados el propósito de la procesada M.I.C. no fue el de allanar una morada ajena, o sea la habitación que su madre había cedido en arrendamiento a S.L., sino el lograr que éste la desalojara e impedir así que este la ocupara sin pagar..." (57).

Las sentencias de 12 de septiembre de 1924 (JC nº: 248) y 26 de enero de 1925 (JC nº: 27) continuaron en este sentido hermenéutico que fue uniforme durante toda la vigencia del texto decimonónico salvo las primeras resoluciones aplicativas del mismo.

4º) El Código penal de 1928

El Código penal de 1928 (de 8 de septiembre) reguló el delito de allanamiento de morada en el Libro segundo (Delitos y sus

penas), Título XIII (De los delitos contra la libertad y seguridad individuales), Capítulo II (Delitos contra la inviolabilidad del do micilio:

"Art. 668. El particular que entrare en morada ajena o se man tuviere en ella contra la voluntad de su morador, será casti- gado con las penas de dos meses y un día a seis meses de pri- sión y multa de 1000 a 2500 pesetas.

Si el allanamiento se ejecutare haciendo al efecto uso de fuerza en las cosas, se le impondrá la pena de seis meses a dos años de prisión e igual multa.

Si se ejecutare con violencia o intimidación en las personas la pena será de dos años de prisión a seis y multa de 2000 a 4000 pesetas.

Las disposiciones de este artículo no son aplicables al que en trare en morada ajena para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hiciere para prestar algún servicio a la humanidad o a la justicia.

Tampoco tiene aplicación a los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas mientras estuvieren abiertas.

Art. 669. Se entenderá que la entrada en el domicilio ajeno se verifica contra la voluntad del morador, no solo cuando éste manifieste su oposición a que esa entrada se realice, sino cuan do de algún modo conste o se suponga fundadamente su oposición, o no proceda su expreso o tácito asentimiento.

Art. 670. Para proceder por los delitos comprendidos en este ca pítulo cuando no se hubiere empleado fuerza, violencia o inti- midación será necesario denuncia verbal o escrita del agraviado".

Sin duda alguna, bastantes son las diferencias entre los preceptos del C. p. de 1928 y los anteriores. Es de destacar, en pri mer lugar, la gran minuciosidad en el tratamiento del delito (denomi

nado ahora "contra la inviolabilidad del domicilio") en cuanto que los diferentes aspectos fundamentales del mismo vienen expresados y definidos de forma precisa dejando menor libertad de interpretación de los tipos al intérprete.

Brevemente se señalan las modificaciones fundamentales respecto del Código de 1870.

1º). Se añade al tipo básico activo la conducta pasiva. En efecto, estaba castigado en los textos anteriores la entrada ilícita en la morada ajena, pero quedaba sin sancionar el hecho de permanecer en la vivienda de un tercero, después de haberse introducido en la misma con el consentimiento del morador, y negarse a abandonarla tras el requerimiento del titular. Al añadir el texto del art. 668 "o se mantuviere en ella" (contra la voluntad de su morador) se completaba la protección criminal del derecho a la inviolabilidad del domicilio, y la presencia física indeseada de una persona en la casa del morador venía castigada en las dos formas posibles de llevarse a cabo (58).

2º). Junto a la modalidad agravada de ejecutar el hecho con violencia o intimidación, que ya estaba inserta en los dos textos punitivos anteriores, aparece expresamente esta otra de llevar a cabo el allanamiento haciendo al efecto uso de fuerza en las cosas. Y la razón de ser podría residir en el hecho de que en la anterior regulación no quedaba claro si la inteligencia del término violencia alcanzaba la que se efectuaba en las cosas. Tal y como se ha expuesto con anterioridad, el Tribunal Supremo entendió que la conducta violenta o intimidatoria alcanzaba también a los supuestos donde el reo penetraba en el lugar protegido fracturando puertas o ventanas. Esta interpretación extensiva podría ofrecer problemas en relación a la efectiva exigencia y comprensión de la ley penal.

Con la nueva descripción típica se evaden este tipo de inconvenientes y sin duda alguna en este aspecto la nueva ley penal representa un avance considerable que no fue aprovechado por los códigos posteriores.

3º). En cuanto a la perseguibilidad del delito, exige el art. 670 el requisito especial de que medie denuncia verbal o escrita del agraviado, siempre y cuando corresponda con la infracción básica, esto es, que el hecho se ejecute sin violencia ni intimidación en las personas, ni fuerza en las cosas. Este requisito ya existía en el Código penal de Alemania, en su art. 123 y el fundamento del mismo era de toda lógica, pues al tratarse de un derecho de naturaleza eminentemente individual lógico es que la excitación de la acción penal se otorgase principalmente al titular del mismo (59).

4º). En el art. 669 se define el término "contra la voluntad del morador". De nuevo se aprecia en la conceptualización de la definición la influencia de la jurisprudencia del TS (60), pues líneas atrás se señalaba que esta oposición a la entrada venía entendida por los tribunales en el sentido de que el sujeto activo pudiese tener conocimiento actual de la misma en el momento de realizar el hecho punible, bien porque ésta hubiese sido manifestada expresamente por el morador, bien porque tácitamente se pudiese deducir de las circunstancias. Pero el precepto aún fue más lejos que la propia interpretación jurisprudencial, al admitir como válida incluso la conducta volitiva presunta ("cuando de algún modo conste o se suponga fundadamente su oposición"). En su momento se hará una valoración sobre el entendimiento de los términos típicos aludidos y la oportunidad de su regulación.

En conclusión, se puede afirmar (en líneas generales) que la regulación del allanamiento de morada en el C.p. de 1928 apor

ta muchas innovaciones que mejoran técnica y valorativamente el tratamiento codificado del delito comparado a los textos anteriores. Se sigue manteniendo el estado de necesidad específico y la disposición delimitativa relativa a los lugares públicos mientras estuvieran abiertos, preceptos heredados que continuaron en razón de tradición jurídica.

5º) Código penal de 1932

El Código penal reformado de 27 de octubre de 1932 dedicó al allanamiento de morada el Capítulo IV (Allanamiento de morada) dentro del Título XIII (Delitos contra la libertad y seguridad) en el Libro II (Delitos y sus penas), concretamente en los arts. 482, 483 y 484.

Dado que el Texto punitivo tan sólo era una reforma del Código de 1870, la mayoría de los delitos contemplados en el mismo eran una mera copia de éste, y la violación de domicilio no sería una excepción. De hecho se copió literalmente el texto predecesor salvo las multas que se elevaron. Tan solo se formuló una modificación, pues el art. 482 que definía el delito en su forma clásica, exigía que la voluntad violada fuese expresa o tácita ("El particular que entrare en morada ajena contra la voluntad expresa o tácita..."). Ello no es ni más ni menos que consecuencia de la evolución interpretativa que derivó de las resoluciones del TS que fueron integradas por el Legislador en el Código de 1928. Líneas atrás se señalaba que dicho Texto podía incluso ampliar los supuestos contemplados pudiendo alcanzar incluso a la voluntad presunta. Quizás para evitar esta posible extensión interpretativa se limita el artículo 482 a exigir que la voluntad contraria a la entrada fuese expresa o tácita, recogiendo en una fórmula clara y sencilla una forma de entender el precepto donde, en líneas generales, jurisprudencia y doctrina se mos-

traban de acuerdo (61).

Es de destacar, finalmente, el rechazo del Código a las nuevas aportaciones que había introducido el Texto de 1928, pues no se reguló la modalidad omisiva, tampoco se distinguió el supuesto de comisión a través de fuerza en las cosas y, en último lugar, no se requiere ahora denuncia de la parte ofendida para poder perseguir el delito.

6º) El Código penal de 1944 y la reforma 1952

El Código penal de 23 de diciembre de 1944, decreto que promulgó el Texto conforme a los preceptos y orientaciones de la ley de bases de 19 de julio de 1944, siguió en muchos puntos casi literalmente las disposiciones de su antecesor de 1932, y en materia de allanamiento de morada no fue una excepción. El delito se reguló de forma idéntica que lo había sido en el anterior, si bien subió la cuantía de las multas, como es natural.

La ley de 7 de abril de 1952 supone el último paso importante en la configuración de la figura típica del allanamiento de morada. Se introduce en el art. 490 la modalidad pasiva ("o sin habitar en ella se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador"). Con ello se volvía al sistema mantenido en el Código penal de 1928, protegiendo el precepto de forma más completa la libertad del morador en la disposición de su morada acerca de la presencia física de terceros en la misma (62).

La segunda modificación se produce en la adjetivización del término típico "voluntad contraria". Ahora se suprime de nuevo la referencia anterior respecto al requisito de que el querer negativo del sujeto pasivo fuese "expresa o tácita", temiendo, tal vez, el

legislador que en los supuestos de cotitularidad de morada (motivadas fundamentalmente por relaciones de parentesco) pudiese ser un tercero perjudicado por existir una divergencia de opiniones en cuanto a la entrada de éste y esta oposición no estuviese claramente manifestada. (63).

Como se ha expuesto en su momento, no entraremos aquí a examinar el resultado de la reforma de 1958 (que introdujo el art. 492 bis.) puesto que dicha figura delictiva (la inviolabilidad de un lugar sagrado) se halla fuera de nuestro objeto de estudio. Se ha considerado, por consiguiente, examinar brevemente las propuestas de reforma, continuando el hilo evolutivo que hemos trazado desde el principio.

C.- PROPUESTAS DE REFORMA

En los últimos tiempos han existido dos intentos más o menos serios de implantar un nuevo Código penal. El primero de ellos se plasmó en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal que fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes de 17 de febrero de 1980. El segundo se quedó tan solo en anteproyecto, y es conocido como la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983 (PANCP). Aunque ninguno de ellos ha llegado a prosperar, es innegable, no obstante, que nos proporcionan cierta representación de cuales son las tendencias configuradoras futuras en orden a la tipificación del delito de allanamiento de morada. Brevemente se examinan ambas Propuestas legislativas.

1º) El Proyecto de Código penal de 1980

En dicho texto se regula el delito en el Título II (Delitos contra la libertad y seguridad), Capítulo II (Del allanamiento

de morada), artículos 186 a 188, dentro del Libro II (Delitos y sus penas).

Se puede apreciar que la ubicación materialmente no varía respecto al Código vigente, y tampoco el texto que regula el hecho punible en sus tres preceptos. Los cambios ocasionados son meramente técnicos pero que no trascienden en el ámbito valorativo. Sucintamente:

1º). En el texto actual, la referencia "sin habitar en ella" viene asignada solamente a la conducta omisiva de mantenerse en la morada ajena contra la voluntad del morador, pero no a la conducta activa; ello representa un defecto técnico que ha intentado soslayar el art. 186 del proyecto, que al comenzar diciendo que "el particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena..." refiere dicho término típico a ambas modalidades comisivas. No obstante, se puede adelantar que sigue existiendo una reiteración innecesaria; pues si se entra o se mantiene un particular en una morada ajena, está claro que éste no habita en ella, pues si viviese en el lugar protegido, éste (la morada) dejaría de ser ajeno y la conducta no sería típica. Por tanto, de lege ferenda sería deseable eliminar la proposición "sin habitar en ella", que puede producir equívocos y malentendidos.

2º). Con relación al hecho ejecutado con violencia o intimidación, seguramente para poder abarcar los supuestos de aplicación de fuerza en las cosas, el artículo 186 en su párrafo segundo requiere que el hecho ejecutado lo sea "con cualquier género de violencia o intimidación", presentando menos inconvenientes en cuanto a la observancia del principio de legalidad, aunque no por ello se resuelven todos los problemas de interpretación del sustantivo "violencia".

3º). En el art. 188 se suprimen las referencias ejemplificativas del actual art. 492 (cafés, tabernas, posadas...), señalando únicamente "establecimientos públicos, mientras permanezcan abiertos" como locales que se hallan fuera del ámbito de protección de la norma. Ello representa un avance en cuanto a que el texto gana en estilo; pero habría que preguntarse de nuevo si no nos encontramos ante una repetición innecesaria, puesto que los establecimientos públicos mientras permanecen abiertos difícilmente pueden conceptuarse como moradas. No obstante, en el lugar oportuno se llevará a cabo una argumentación indicada sobre la virtualidad del precepto.

4º). No se incluye en el Capítulo II el delito que consistía en la inviolabilidad de un lugar sagrado (vigente art. 492 bis), con buen criterio, pues como ha puesto de manifiesto la doctrina unánimemente, esta conducta poco o nada tiene que ver con el delito de allanamiento de morada.

A todo ello se ha de añadir el hecho de que se sigue manteniendo en el art. 187 el estado de necesidad específico sin variación alguna respecto a nuestro actual art. 491. Tal y como se manifestará en el ámbito de la antijuridicidad, el mantenimiento del precepto en cuestión tuvo su razón de ser históricamente, pero con la existencia de la actual causa de justificación contemplada en el nº 7 del art. 8º del C.p., la disposición se muestra, al menos, como superflua.

2º) La PANCP de 1983

La PANCP de 1983 presenta la novedad (entre otras) respecto a nuestra legislación histórica de la creación de un título dedicado a los delitos contra la intimidad (el Título VII). Dentro de éste, en el Capítulo I, se sitúan los delitos contra la intimidad per

sonal y familiar, y se regula (tras los delitos de descubrimiento y revelación de secretos) el allanamiento de morada en los artículos 190 y 191.

En el art. 190 se establece la conducta básica en el primer párrafo de forma idéntica al art. 186.1 del Proyecto de 1980. En el párrafo 2º se determina la modalidad violenta tal y como viene regulada en la ley vigente, no se añade, pues, la modificación reseñada en el Proyecto. El art. 191 es idéntico al art. 188 de este último (relativo a los establecimientos públicos) y se suprime el estado de necesidad específico, el cual ha permanecido invariable en todos los textos penales desde que apareciese en la Ley codificada de 1848.

Sin duda alguna, lo más relevante que aparece en esta Propuesta de reforma en materia de allanamiento de morada es su ubicación sistemática. El delito en cuestión es calificado como infracción criminal que atenta a la intimidad individual y familiar. Se recoge así el sentir doctrinal más moderno que últimamente, y casi de forma absoluta, considera como objeto de protección en la figura del art. 490 el derecho a la intimidad del morador ante injerencias físicas de terceros no deseadas. En el próximo capítulo examinaremos detenidamente este presupuesto y trataremos de averiguar hasta qué punto constituye el núcleo del injusto típico. Baste en este momento apuntar un dato que nos puede indicar algún aspecto sobre la tendencia futura en la configuración legal del hecho criminal que venimos estudiando.

D.- BREVE REFERENCIA AL DERECHO EXTRANJERO

En este capítulo introductorio se ha considerado neces-

rio hacer una referencia, siquiera mínima, en relación a las diferentes formas de protección penal del domicilio en aquellos ordenamientos que se hallan fuera de nuestras fronteras. No podemos elaborar un apartado completo sobre el derecho comparado en esta materia, pues ello nos llevaría a explicar detenidamente los principios rectores que rigen el Derecho penal de cada país y las diferencias con nuestro ordenamiento punitivo, tarea que excede en mucho a la que aquí se propone.

Sí es aquí donde hemos situado el marco introductorio de nuestra investigación, acercándonos al planteamiento genérico de las cuestiones fundamentales que ulteriormente se habrán de resolver, el traer a colación la legislación comparada puede completar esa función de presentación de los puntos relevantes que ahora se intenta.

De otro lado el colocar en este lugar este subcapítulo está justificado por otras dos razones. En primer lugar porque es posible que en la evolución histórica del delito de allanamiento de morada en España éste haya sido influido por la legislación cercana a nuestra órbita cultural. En segundo lugar, porque (al menos, aparentemente) existe una relación entre sistemas de tipificación del delito en los diferentes ordenamientos extranjeros y determinadas etapas históricas, donde se van originando los diferentes elementos que posteriormente confluirán en esa especie delictiva que, con diferentes nombres, se definen comúnmente en base a entradas o permanencias ilícitas en lugares cerrados destinados a cumplir determinadas funciones en relación a la actividad humana.

Por todas estas razones, lógico es situar este apartado inmediatamente después de aquel otro dedicado a la evolución histórico-legislativa del tipo de inviolabilidad de domicilio.

El allanamiento de morada es amenazado con una sanción en la mayoría de los ordenamientos jurídicos (64). Las diferencias radican en la ubicación sistemática (Delitos contra la libertad, o delitos contra el orden público, si bien esta posibilidad es menos frecuente), en el objeto material sobre el que recae la conducta (morada, locales públicos, jardines o fincas valladas), en el modo de ejecución de la misma (exigiendo violencia o intimidación en la entrada, o fuerza en las cosas, o sin exigencia alguna en este sentido), en el comportamiento típico (activo y pasivo, o simplemente activo) y, en fin, en el sujeto activo (funcionario o particular). Tomando como punto de referencia estos signos de distinción, o parte de ellos, se pueden agrupar los diferentes ordenamientos jurídicos en tres sistemas de tipificación en orden a la protección de lugares frente a la presencia física de quienes no se hallan autorizados para entrar o permanecer en los mismos.

1º) Sistema germánico

Viene integrado por los códigos penales de la República Federal Alemana de 2 de enero de 1975 (última y nueva redacción), arts. 123 y 124; el Código penal suizo de 29 de diciembre de 1937, art. 186 y, en menor medida, el C.p. austríaco de 23 de enero de 1974, art. 109.

La primera característica que determina la agrupación de esta familia punitiva la encontramos en la notable influencia histórica de la etapa medieval, pues no podía ser de otra forma, dado los elementos germánicos que cargaron las primitivas figuras afines. Esta influencia se ve de forma muy acusada en el Código penal alemán (StGB) donde el tipo viene regulado dentro del Capítulo séptimo dedicado a los delitos contra el orden público ("Straftaten gegen die

öffentliche Ordnung", señala el epígrafe), y ello es así, sin duda alguna, porque el "Hausfriedensbruch" (ruptura de la paz de la casa, allanamiento de morada) derivaba del primitivo "Heimsuche" que era considerado entre los primeros delitos que daban lugar a la pérdida de la paz y que atentaban gravemente al orden público (venían calificados como "grave fechoría" Missetat). El propio nombre, común a los tres ordenamientos, también pone de manifiesto este origen histórico; al hacer referencia a esa ruptura de la paz de la casa (Bruch des Hausfriedens, Hausfriedensbruch).

El segundo elemento común a los tres países viene caracterizado por la generalidad en cuanto a la consideración del sujeto activo. Aquí no se distinguen dos figuras delictivas según que el agente del hecho sea funcionario o un particular. Tanto el art. 123 del StG, como el art. 186 del Código penal suizo o el 109 del C.p. austríaco comienzan por la partícula "wer" que literalmente significa "quien", sin realizar mayores alusiones que especifiquen en el ámbito de los autores especialidad alguna.

Un tercer punto común a los tres preceptos es el que hace referencia al objeto sobre el que recae la conducta delictiva. Es te alcanza un ámbito local de mucha mayor extensión que el señalado en los ordenamientos latinos. Así, se protege la morada o vivienda (Wohnung), las fincas cercadas pertenecientes a una casa y el lugar destinado al ejercicio de una industria (65). E incluso cada texto integra aún más lugares protegidos, como los lugares cerrados destinados a un servicio o transporte público, en el Código alemán y austríaco (si bien en este último no entra el transporte público) o el jardín, en el suizo. Las dependencias de una casa están expresamente incluidas en el Texto helvético y en el austríaco. Ahora bien, en es

ta última ley cuando el hecho se comete tan sólo con violencia o con amenaza de violencia, el objeto de la acción se reduce a la estancia que sirve a otro de morada (66).

También es común a los tres ordenamientos el requisito de que el delito sea perseguido a instancia de parte, si bien en los textos alemán y suizo limitado a la modalidad no violenta (única existente en este último, mientras que en el austríaco, adornando con un defecto más su ostentosa imperfección técnica, está limitada a la modalidad violenta simple, pero violenta al fin y al cabo).

Ello es así si se entiende el bien jurídico protegido como disponible (67) por su titular. y ocurre que es prácticamente unánime en toda la doctrina germánica el configurar como objeto de protección del delito el Hausrecht (68), entendido éste de forma similar a un derecho real sobre el lugar objeto de protección, de tal forma que el titular de dicho Hausrecht dispone de un poder sobre el área especial determinada normativamente en tanto que puede decidir qué personas admite en su seno y cuales no. Las controversias surgen cuando los autores intentan definir la naturaleza y contenido específico de este "derecho de morada, o de edificio" (es una expresión de difícil traducción). Así considerado, es coherente el requisito de perseguibilidad a instancia del titular exigido por los diferentes textos legales, por lo que el derecho violado goza de ciertas características que lo califican como "individual".

Por último, caba señalar que existen diferencias notables en las modalidades de conducta y especialmente, en la forma de comisión violenta. Mientras que el art. 123 del C.p. alemán y el 186 del C.p. suizo castigan tanto el penetrar en el lugar protegido ilegítimamente como el permanecer en el mismo tras el requerimiento de aban

donarlo por parte del titular, el C. penal austríaco desconoce esta segunda modalidad.

Por otro lado tanto el texto alemán como el austríaco in troducen una figura especial que recuerda mucho el antiguo Heimsuche (69), si bien ésta es desconocida en el derecho suizo.

Con estos elementos comunes obtenemos una representación de lo que es una forma especial de tipificación de conductas similares al allanamiento de morada, que reúnen una serie de características propias que configuran el modelo germánico.

2º) Sistema latino

En este modelo se encuentran el Código penal francés de 1810, que entró en vigor el 1 de enero de 1811, art. 184 en su última reforma de 8 de junio de 1970, el Código penal italiano de 19 de octubre de 1930, arts. 614 y 615 y el propio C. penal español, como más relevantes.

Sin negar el influjo germánico medieval que informa en mayor o menor medida a todos los textos occidentales en el ámbito de la protección penal de la morada, se puede afirmar no obstante que la elaboración típica de las figuras delictivas determinadas en los correspondientes textos legales toman en consideración principios jurídicos propios de la etapa liberal correspondiente a la Revolución Francesa. La inviolabilidad del domicilio nace como un derecho político del ciudadano frente a las injerencias arbitrarias del Estado en aquél. Este derecho es recogido por la Constitución francesa de 1791 en su art. 9. Por ello no es de extrañar que en los primeros textos criminales (Código napoleónico, Código español de 1822) solo se incorpore la conducta en cuestión cuando ésta fuese perpetrada

por un funcionario público, pues en el Estado Absoluto anterior la violación del domicilio venía originada en mayor medida por los propios representantes del Poder público. Frente al derecho real de morada germánico, el objeto de protección en los textos y doctrina latinos se consideró como la libertad del ciudadano que venía garantizada físicamente por las cuatro paredes de su domicilio y jurídicamente por los textos constitucionales y criminales. Tal y como hemos desarrollado el epígrafe anterior, seguidamente enunciamos las características propias que constituyen el núcleo definitorio del modelo de tipificación latino; aparte de esta primera que se sitúa en la influencia histórica (70).

Así, como signo importante de distinción es de destacar la existencia de una dualidad de ilícitos atendiendo a la condición, del sujeto activo, o mejor, al aspecto funcional que desempeña.

El C. p. francés distingue entre la conducta consistente en la introducción en el domicilio de un ciudadano por parte de un funcionario del orden administrativo o judicial, oficial de justicia o de policía, agente de la fuerza pública o superior (71) y la realizada por cualquier otro, si bien en este caso se exige que la penetración se lleve a cabo mediante engaño, amenazas, vías de hecho o coacciones, fundamentalmente. El C. p. italiano también distingue entre el funcionario público y los particulares ("el que", "quien", etc.) si bien gradúa la pena en atención a que el hecho se realice abusando de los poderes inherentes a su cargo o bien sin observar las formalidades prescritas por la ley (art. 615). En fin, nuestro C. p. separa ambas figuras delictivas (la perpetrada por funcionario público y por un particular) en títulos y capítulos diferentes (Capítulo II del Título II art. 191, 1º; en el primer caso, Capítulo V del Título XII, en el segundo supuesto). Ello obedece a razones históricas

mencionadas líneas atrás y que condicionan el objeto de protección entendiéndose éste como la afirmación de un derecho fundamental frente al Estado o un bien jurídico de naturaleza individual (llámese libertad domiciliaria, intimidad, etc., cuestión que trataremos en el capítulo siguiente).

También es común a los ordenamientos latinos el objeto material del delito sobre el que recae la conducta ilícita. Veámos que en los Códigos penales de influencia germánica la acción típica incidía sobre ciertos lugares que venían determinados tanto por su estructura física (edificios, áreas cercadas) como funcional (destinados al ejercicio de una industria, o al desarrollo de un servicio público, etc.), de tal forma que dicho objeto material adquiría una notable extensión impuesta por la propia ley. En cambio, en los textos que ahora examinamos el presupuesto típico material es mucho más restringido, englobando el domicilio (C.p. francés); habitación, otro lugar de la morada privada o sus dependencias (C.p. italiano) o la morada ajena (C.p. español). Podría pensarse que la expresión domicilio contempla una relación formal entre el individuo y el lugar donde desarrolla su actividad jurídica a efectos legales (concepto jurídicocivil de notable formalismo) pero no es así. La doctrina unánimemente desecha esta formulación negando la acepción prevista en el ordenamiento civil o administrativo (72), entendiendo que el lugar jurídicamente protegido es aquél donde se desarrolla efectivamente la vida doméstica, tanto si corresponde con el domicilio civil como si no (73). El nomen iuris de violación del domicilio indica únicamente la voluntad de preservar una terminología tradicional mantenida históricamente pero impropia. Solamente el C.p. italiano parece otorgar un concepto más extenso del objeto material considerado. Pero si se examina más de cerca (habitación, lugar de morada

privada o las dependencias de ambas) fácilmente podrá entenderse que se están empleando diferentes términos para designar una misma realidad, conceptuada y determinada como un área espacial cerrada o parcialmente abierta donde normalmente el sujeto desarrolla una actividad privada (llámese vida doméstica, llámese intimidad o con cualquier otra expresión) excluida al mundo exterior. En consecuencia, coherente con el origen histórico que partía de la garantía de una forma de libertad, el interés jurídico protegido se centra y materializa en un objeto acorde con ese planteamiento que distingue los dos modelos estudiados. En el sistema de tipificación germánica la conducta recaía sobre un sustrato material más amplio dado que históricamente el ilícito penal también se había conceptuado como atentatorio al orden comunitario.

Con todo ello, provisionalmente, se está dibujando una línea divisoria entre dos concepciones (germánica y latina) en atención al origen histórico del delito que repercute en cierta forma tanto en el objeto formal como material del hecho típico.

Los demás aspectos relevantes señalados en el apartado anterior no encuentran una regulación paralela. Así, en cuanto a las modalidades de conducta, en el texto galo sólo se contempla la activa (tout...qui...se sera introduit dans le domicile d'un citoyen), y también fue así en los diferentes textos españoles hasta el año 1952, salvo el C.p. de 1928. El C.p. italiano castiga también el comportamiento típico omisivo, además del activo.

En cuanto a las formas de ejecución de la conducta también existen divergencias. En nuestro ordenamiento se diferencian dos estructuras, una, la comisión con violencia y otra la comisión sim-

ple. En el Texto francés cuando el ilícito es perpetrado por un particular debe, como requisito sine qua non, llevarse a cabo a través de maniobras, amenazas o vías de hecho, incluyendo también los medios coactivos o intimidatorios (contrainte). En cambio, estos medios de ejecución no son requeridos para el supuesto de que la conducta sea cometida por un funcionario. Ahora bien, en todo caso deben de ser empleados estos medios para introducirse en el domicilio ajeno, puesto que la conducta omisiva (el permanecer contra la voluntad del morador) es desconocida en el Derecho penal francés (art. 184).

Por último, en el Texto italiano (arts. 614 y 615) se regulan las dos formas de comisión (activa y pasiva), bastando simplemente que la acción u omisión se realicen contra la voluntad (tácita o expresa en el primer caso, expresa en el segundo) del morador, o de forma engañosa o clandestinamente.

Decir, finalmente, que ambos sistemas de tipificación se han ido acercando e influyendo mutuamente, siendo prueba fehaciente de ello el hecho de que los tipos incriminados en la concepción germánica son entendidos e interpretados como atentatorios a valores cada vez más individuales o que en el modelo latino se introducen elementos que contemplan la figura como lesiva a otros bienes jurídicos distintos de la mera libertad individual (las modalidades de conductas violentas).

3º) Sistema anglosajón

Sin duda alguna, muchas son las diferencias que existen entre los principios que rigen en el Derecho penal anglosajón (fundamentalmente, Inglaterra y EE. UU.) y el Derecho penal continental

occidental. Como es natural, no podemos entrar en el presente trabajo en consideraciones sobre las diferentes formas de entendimiento de la disciplina criminal en cada uno de los modelos. Por ello consideramos más oportuno examinar directamente aquellas figuras que directa o indirectamente se relacionan con el concepto que nosotros tenemos de allanamiento de morada o inviolabilidad del domicilio, y si paralelamente es necesario formular alguna consideración general, precisar ésta dentro de los límites razonables impuestos por nuestro propio objetivo en esta investigación.

Como introducción meramente descriptiva, se ha de señalar que el actual Derecho penal americano ha evolucionado del common law inglés, el cual se ha originado a lo largo de los siglos como consecuencia de la doctrina emanada de las sentencias de los tribunales. En estas sentencias desarrollaron los tribunales británicos los principios fundamentales del Derecho que tenían valor general y que no se circunscribían ni agotaban en la aplicación del supuesto puntual resuelto localmente. Este common law no se toma de la ley, sino de los antecedentes proporcionados por los tribunales en sus resoluciones al intentar aclarar esa ley. De estas aclaraciones, pues, derivan esos principios fundamentales.

Junto a este common law existen también leyes penales que regulan determinadas parcelas delictivas (delitos contra la propiedad, por ejemplo) en Inglaterra y Códigos penales en cada uno de los cincuenta Estados norteamericanos, si bien la normativa criminal dentro de cada estado es un tanto peculiar (75).

En líneas generales, se puede decir que en el Derecho anglosajón no hay un delito autónomo e independiente de allanamiento de morada.

No obstante existen dos figuras que cumplen una función similar, donde directa o indirectamente se protege ciertos ámbitos locales conectados con el desarrollo privado de actividades humanas. Son el burglary y el criminal trespass. De ambas especies delictivas nos ocupamos brevemente en las siguientes consideraciones.

Burglary es un vocablo que no tiene una traducción literal en castellano. Suele significar robo en una casa, robo con escalamiento, o más impropriamente allanamiento de morada. Un burglar es un ladrón, o un escalador.

BRITTON (76), una antigua autoridad del Derecho penal inglés definió al burglar (el que lleva a cabo la conducta de burglary) como aquel que de noche, en tiempos de paz, entra con fuerza en una morada o iglesia, o violenta los muros o las torres de una ciudad para cometer allí una felonía (felony).

Más tarde, E. COKE y M. HALE, a finales del Siglo XVI y principios del XVII definieron el burglary como lo hizo BRITTON, pero sin mencionar los muros de la ciudad ni las torres de la misma. Con posterioridad en el common law desapareció la iglesia como objeto de ataque. A partir de ahí se definió el burglary en el common law como "the breaking and entering of the dwelling house of another in the night-time with the intent to commit a felony" (77) (Burglary es la entrada violenta en una vivienda (o morada) ajena durante la noche con la intención de cometer un delito). Esta definición se encuentra básicamente en la mayoría de los Textos penales de los Estados federados; en el Modelo de Código Penal, en la versión de la propuesta oficial de 1980 (Model Penal Code, Proposed Official Draft 1980)(MPC) en su art. 221.2 (que tan solo representa una propuesta sin valor de ley en los EE.UU.) y en el Derecho penal inglés se halla regulado en la sección 9 de la Theft Act (78). Sin embargo, en

esta última época de "legalización" del burglary algunos elementos han perdido importancia o se han constituido de forma diferente (el elemento temporal y el objeto de la conducta, esencialmente). Los elementos fundamentales del burglary son:

a) Breaking y entering. En el antiguo common law se requería la aplicación de fuerza corporal y violencia en la entrada. Posteriormente se entendió que también constituía presupuesto del comportamiento típico la introducción a través de violencia psíquica, donde quedaban comprendidas conductas en las que el autor empleaba astucia, o amenazas, o convencía a un niño, etc. (79). Cuando este delito pasa a formar parte de los textos legales, el requerimiento de esta forma comisiva va debilitándose y en la actualidad basta con que el autor penetre en el lugar protegido ilícitamente, esto es, cuando el reo no tenía permiso para entrar en el local determinado legalmente (80), y la introducción sea efectiva y sustancial con una parte del cuerpo al menos.

b) El segundo elemento hacía referencia a la perpetración del delito durante la noche. En el common law el delito sólo podía ser cometido por la noche. Primero se exigió que el delito se efectuase entre la salida y la puesta de sol. Más tarde era requerido como criterio de distinción el que la cara del individuo pudiese ser reconocida (81). Con posterioridad este elemento desaparece como circunstancia constitutiva básica del delito simple y actualmente constituye una forma agravada de la figura fundamental (82).

c) El tercer elemento hace referencia al objeto del ataque que en el common law fue la morada o vivienda ajena (dwelling of

another) cualquiera que fuese su tamaño o valor y siempre que estuviese en el momento de la entrada destinada a servir de habitación humana a una persona (83), pero sin que fuese necesario que la persona estuviese presente en el momento de la comisión del hecho. De otra parte, se requería que la morada fuese ajena, no existía, pues, burglary si autor y víctima vivían en el mismo lugar.

No obstante los Estatutos más modernos, el MPC y la Theft Act inglesa de 1968 hacen referencia a building o structure, e incluso occupied structure. Con estos sustantivos se amplía enormemente el objeto de la conducta en el moderno burglary. Integra el tipo cualquier edificación, cualquiera que sea el destino de la misma y todo lugar cerrado que sea habitado o utilizado por el hombre, incluidos aquéllos que no son edificios, por ejemplo, vehículos.

d) El cuarto elemento se refiere a un componente subjetivo del injusto, empleando la terminología dogmática, cual es la intención de cometer un delito (felony expresaba el antiguo common law), no basta por tanto, el propósito de cometer una falta o un mal que no constituye un delito (84). También cabe señalar que debe existir una relación causal finalmente entre la entrada y la comisión del ilícito, de tal forma que si la proyección criminal surge con posterioridad a la comisión del hecho, no existirá burglary (85). Aún hoy es éste un aspecto fundamental en la figura en cuestión, pues la mayoría de las leyes penales en EE.UU. contemplan esta circunstancia subjetiva de ideación en cuanto a cometer ciertos delitos (la mayoría relacionados con el ámbito de la propiedad). La ley inglesa de ro

bos abarca como crímenes que el sujeto debe tener intención de cometer robos y hurtos, daños corporales graves, violación o estupro, o, en fin, daños ilegítimos en el edificio o su interior (86) y el MPC simplemente requiere que el intruso entre en los lugares protegidos con el propósito de perpetrar allí cualquier acción punible.

La segunda figura cuyo objeto de ataque viene representado por un área espacial físicamente delimitada en el Derecho anglosajón es el criminal trespass. En el antiguo common law, trespass designaba una clase de acción consistente en el resarcimiento de daños ocasionados a través de la aplicación directa de la fuerza. El mentado vocablo, en sentido amplio, significaba lesión o menoscabo en los derechos de un tercero, y especialmente en su persona, salud, reputación o propiedad y en el ordenamiento civil representaba una acción de resarcimiento de daños (87).

En el marco del Derecho penal la expresión criminal trespass ofrece varios sentidos. En su significación más amplia comprende un conjunto de delitos que varían de Estado en Estado en los EE. UU. según señalen las diferentes leyes penales. En sentido estricto criminal trespass comprende "entradas ilegales o ilícitas punibles" (88) y en la mayoría de los casos también las "permanencias" adjetivadas de igual forma. La mayoría de las legislaciones recogen los criterios del common law, por esta razón apuntamos seguidamente los elementos fundamentales que inspiran esta figura delictiva (89):

a) El objeto de ataque es mucho más amplio que el mencionado en el burglary, comprendiendo en su seno edificios y lugares cerrados, pero también parcelas de terreno, rústicas o urbanas; si bien el MPC sólo hace referencia a edificios o estructuras ocupadas. Y significar que el derecho de exclusión per-

tenece al poseedor frente, incluso, al propietario no poseedor que puede convertirse en trespasser.

b) No toda entrada o permanencia en un edificio o parcela extraños representa criminal trespass. Debe existir cierta ruptura de la paz (breach of peace) que varía según el Estado y la ley penal que en éste rija. En general, se entiende producida esa ruptura de la paz cuando el intruso entra en el local protegido contra la expresa voluntad de quien tiene derecho a impedir la entrada, y también cuando, quien se ha introducido legítimamente, permanece en el lugar tras haber sido expresamente requerido para que lo abandone. En otras ocasiones basta con que la entrada se produzca violentamente o que se realice con la intención de causar algún daño o destrozo (cazar, por ejemplo) (90).

c) El elemento intencional de perpetrar algún delito no se suele requerir (91), siendo éste un aspecto diferencial con el burglary.

De todo lo expuesto, resumimos las características intrínsecas que definen el modelo de tipificación anglosajón en conductas más o menos emparentadas con el allanamiento de morada.

Como premisa fundamental cabe señalar que el Derecho anglosajón no contempla la garantía penal de la inviolabilidad del domicilio en sí misma e independientemente de otros valores. No existe un tipo penal que por sí sólo tipifique las intrusiones ilegítimas en la morada ajena tomando ésta como elemento fundamental sobre el que se desarrolla toda la figura delictiva. El burglary, que en sus primeras manifestaciones solo tomaba en consideración viviendas

habitadas, desarrolla en la actualidad dos funciones que señalan su alejamiento respecto al modelo de tipificación continental. De un lado, aparece como figura sustitutiva de la tentativa de delito, es to es, como mecanismo jurídico material y procesal para poder incri minar conductas en estado de realización imperfecta, pues las figu- ras de tentativa y frustración no están desarrolladas dogmáticamen- te como en la Europa continental.

De otro lado, el burglary suele venir regulado tanto en los textos legales o universitarios como conducta atentatoria a los valores patrimoniales en conexión con la seguridad personal puesta en peligro por esa intención lucrativa o de otra índole. La exten- sión del objeto material deja fuera de toda duda que el bien jurídi- co protegido no es la intimidad domiciliaria o la libertad de la vi da doméstica. Se trata pues, de un tipo de recogida que queda subor- dinado a la conexión subjetiva del autor en relación a otros deli- tos.

En cuanto al criminal trespass es una figura que en su origen nos recuerda mucho a la injuria del Derecho romano, esto es, como cualquier lesión personal aunque mediatamente pudiese dañar también la reputación o propiedad del sujeto pasivo. La amplitud del presupuesto material de la conducta, elimina cualquier posibilidad de entender ésta como subespecie de las que atentan a la inviolabili dad del domicilio.

Se protege más bien la posesión o incluso el orden pú- blico o la seguridad. Pero en ocasiones se ha ocultado la verdadera razón de ser del ilícito considerado. Como señalaba STUCKI (92), en la década de los sesenta fueron enjuiciadas muchas personas de la ra

za negra, pues a través de carteles racistas de prohibición de entrada a los no blancos, se posibilitaba que cualquier ingreso contra esta prohibición en un local público satisficiera el tipo del criminal trespass. Hubo muchas manifestaciones de personas de color en los locales de blancos (restaurantes, medios de transporte públicos) y se aprovechó esta figura para hacer frente al movimiento antirracista. Por esta razón muchos Códigos penales de los EE.UU. fueron declarados inconstitucionales cuando se demostraba que el fin de protección se extendía más allá de la mera propiedad privada, pues se entendía que violaba la Primera Enmienda de la Constitución americana (93).

NOTAS CAPITULO I

- (1) - La investigación jurídico-histórica puede utilizarse como un medio auxiliar de interpretación, dependiendo su importancia del mayor o menor sometimiento a la propia evidencia de la ley. En este sentido LARENZ, K.: Metodología de la Ciencia del Derecho. 2ª Edición Española. Barcelona, 1980; pág. 328.

- (2) - Con razón dice DIEZ PICAZO que la captación de un sentido originario y el rastreo de un hilo evolutivo son indispensables para comprender el mensaje inscrito en los textos e instituciones jurídicos y decidir el sentido que actualmente se les debe atribuir (DIEZ PICAZO, L.: Experiencias jurídicas y teoría del Derecho. Barcelona, 1973; pág. 249). No obstante, también se debe tener presente que las cuestiones que primariamente han de resolverse desarrollan su tronco natural en la realidad actual que se nos presenta como inmediata.

- (3) - En este sentido, JORGE BARREIRO, A.: El delito de allanamiento de morada. Madrid, 1987; pág. 15. QUINTANO RIPOLLES, A.: Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. Tomo I. Vol. II. Puesto al día por GIMBERNAT ORDEIG, E. Madrid, 1972; pág. 950. PELLISE PRATS, B.: Allanamiento de morada. N.E.J.T. III; pág. 616. CUELLO CALON, E.: Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. Vol. II. Revisado y puesto al día por CAMARGO HERNANDEZ, C. 14ª Ed. Barcelona, 1980; pág. 782.

- (4) - ARMKNECHT, M.: Hausfriedensbruch. Eine strafrechtliche und kriminologische Studie über die par. 123, 124, 342 StGB. Diss. Berlin, 1970; pág. 49
- (5) - TRABANDT, J.: Der kriminalrechtliche Schutz des Hausfriedens in seiner geschichtlichen Entwicklung. Diss. Hamburg, 1970; pág. 4.
- (6) - MOMMSEN, T.: Römisches Strafrecht. Leipzig, 1898; págs. 784 y ss.
- (7) - MOMMSEN : Römisches Strafrecht... cit.; pág. 785.
- (8) - TRABANDT : Der kriminalrechtliche Schutz... cit.; pág. 7, el autor cita en favor de esta opinión a un sector muy importante de la doctrina en materia de Derecho Romano: Kaiser, Sohm-Mitteis-Wenger, Arangio-Ruiz, Schwind, Simón y Raber.
- (9) - FERRINI, C.: Diritto Penale Romano. Roma, 1976 (Reimpresión); pág. 234.
- (10) - Digesto (Ulpiano) 47, 10, 5.
- (11) - MOMMSEN, T.: Römisches Strafrecht... cit.; pág. 652.
- (12) - BODENDORF, T.: Der Hausfriedensbruch, Sein Rechtgut und Tatbestand in neuerer Entwicklung. Diss. Heidelberg, 1970; pág. 2.
- (13) - ARMKNECHT : Hausfriedensbruch, Eine... cit.; pág. 51.
- (14) - TRABANDT : Der kriminalrechtliche Schutz...; pág. 18

- (15) - FERRINI, C.: Diritto Penale Romano...cit.; pág. 242.
- (16) - GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, A.: El Código Penal de 1870. Concordado y comentado. Tomo V. Salamanca, 1896; pág. 637.
- (17) - ORLANDIS, J.: La paz de la casa en el Derecho español de la Alta Edad Media. Anuario de Historia de Derecho Español. Tomo XV (1944); pág. 108.
- (18) - WILDA, W.E.: Geschichte des deutschen Strafrechts, Bd. I (Das Strafrecht der Germanen). Halle, 1842; págs. 241 y ss., si bien el autor lleva a cabo una clasificación más completa.
- (19) - OSENBRÜGGEN, E.: Der Hausfrieden. Ein Beitrag zur deutschen Rechtsgeschichte. Erlangen, 1857 (reimp. 1968); págs. 21 y ss.; WILDA : Geschichte des deutschen Strafrechts... cit.; pág. 242. STOIBER, E.: Der Hausfriedensbruch im Lichte aktueller Probleme. München, 1971; pág. 9.
- (20) - ARMKNECHT : Hausfriedensbruch...cit.; pág. 39.
- (21) - BODENDORF : Hausfriedensbruch...cit.; pág. 4. ARMKNECHT: ...cit.; pág. 41.
- (22) - ARMKNECHT : Hausfriedensbruch...cit.; pág. 42.
- (23) - HIS, R.: Das Strafrecht des deutschen Mittelalters. II Parte, Die einzelnen Verbrechen. Reimpresión. Aalen, 1964; pág. 334.
- (24) - TRABANDT : Der kriminalrechtliche Schutz...cit.; pág. 45 y ss.
- (25) - TRABANDT : Der kriminalrechtliche Schutz...cit.; pág. 54 y ss.

- (26) - BODENDORF : Der Hausfriedensbruch...cit.; pág. 4.
- (27) - QUINTANO RIPOLLES : Tratado de la Parte Especial...cit.
Tomo I. Vol. II; pág. 952.
- (28) - ORLANDIS, J.: La paz de la casa en el Derecho español de la Alta Edad Media...cit.; VALDEAVELLANO, L.G.: Domus disrupta. Anales de la Universidad de Barcelona, 1943.
- (29) - JORGE BARREIRO, A.: El allanamiento de morada...cit.; págs. 14 y ss. donde lleva a cabo una valiosa aportación de nuevos datos de Derecho foral completando la línea de investigación trazada por los dos autores anteriores.
- (30) - ORLANDIS : La paz de la casa...cit.; págs. 111 y 112.
- (31) - JORGE BARREIRO : El allanamiento de morada...cit.; págs. 17 y 18.
- (32) - Dice SCHALL que el derecho de defensa (Abwehrrecht) resultante de la paz de la casa fue calificado como derecho de morada y rigió como derecho a la propia defensa en la afirmación de la paz de la casa, el cual a través de posteriores limitaciones se atenuó en una legítima defensa en su sentido actual. SCHALL, H.: Die Schutzfunktionen der Strafbestimmung gegen den Hausfriedensbruch. Berlín, 1974; pág. 38.
- (33) - QUINTANO RIPOLLES : Tratado... Tomo I.Vol. II.; pág. 952.
- (34) - Así, ORLANDIS : La paz de la casa en el Derecho español... cit.; págs. 143, 144 y 145.

- (35) - JORGE BARREIRO, A.: El allanamiento de morada...cit.; pág. 19. ORLANDIS: La paz...cit.; págs. 147 y ss. No obstante, el "encerramiento" no fue figura exclusiva de nuestro Derecho foral. Ya en el Edictus Rothari del año 643 d. de C. en su 34ª disposición se castigaba con una multa a quien lanzase flechas o lanzas en un cercado o lugar habitado ajeno. La pena (multa) era más o menos rigurosa según la gravedad de las lesiones producidas, pero su colocación sistemática expresa que la razón fundamental de su tipificación residía en el quebrantamiento de la paz de la casa. Así, TRABANDT : Der kriminalrechtliche Schutz...cit.; pág. 51. ARMKNECHT : Hausfriedensbruch...cit.; pág. 41 y nota 22.
- (36) - ORLANDIS : La paz...cit.; pág. 152.
- (37) - QUINTANO RIPOLLES : Tratado...Tomo I. Vol. II.cit.; pág. 952.
- (38) - El Fuero Juzgo (Ley 6, título 4, libro IV) reguló tanto el robo en casa habitada como el allanamiento de morada simple (si bien exigía "fuerza" en el momento de producirse la entrada) Los ordenamientos posteriores regularon únicamente el robo en casa habitada: Fuero Real en la Ley 6, título 5, libro IV y Partidas en la Ley 18, tít. 14, part. VII. BORJA JIMENEZ, E.: El robo en casa habitada. Tesina inédita. Valencia, 1986; págs. 18 y ss.
- (39) - Si bien se encuentran precedentes anteriores a la Constitución francesa de 1791, tales como en las Constituciones de Pensilvania y Massachusetts, además de la Constitución

americana de 1787 (Enmiendas III y IV), es en el artículo 9 del Título IV de la Constitución burguesa de 1791 donde se establece con mayor nitidez el principio de la inviolabilidad de domicilio, al determinar: "Ningún agente de la fuerza pública puede entrar en la casa de un ciudadano si no es para ejecutar mandamientos de policía o de justicia, o en los casos formalmente previstos por la ley." LUCAS VERDU, P.: Inviolabilidad de domicilio N.E.J. Tomo XIII (1968); pág. 671.

- (40) - GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, A.: Comentarios al Código penal de 1870... Tomo V. cit.; pág. 641.
- (40 bis)- La influencia del Código penal francés es evidente, pues en éste también se omitió el castigar la acción cuando el hecho se cometía por particulares, y es en la reforma de 1832 cuando se extiende el tipo a los particulares. Véase VIZMANOS, T.M. y ALVAREZ MARTINEZ, C.: Comentarios al Código penal. Tomo II. Madrid, 1848; pág. 442.
- (41) - Art. 306 de la Constitución de 1812: "No podrá ser allanada la casa de ningún español sino en los casos que determine la ley para el buen orden y seguridad del Estado".
- (42) - En este sentido, véase OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: Revisión de algunos aspectos de los delitos contra la inviolabilidad del domicilio (art. 191 del Código Penal). A.D.P. 1987; pág. 320.
- (43) - Este inconveniente sigue manteniéndose en el actual art. 191 del C. p. vigente.

- (44) - El actual art. 492 bis, introducido al C.p. por Ley de 24 de abril de 1958 poco o nada tiene que ver, salvo el lugar de ubicación, con el delito de allanamiento de morada según opinión doctrinal unánime.
- (45) - PACHECO, J.F.: El Código penal concordado y comentado, 2ª Ed. Tomo III. Madrid, 1856; pág. 262.
- (46) - ORTIZ DE ZUÑIGA, M. y CASTRO Y OROZCO, J.: Código penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones. Tomo II. Granada, 1848; pág. 393.
- (47) - Entendieron como acertada esta disposición PACHECO: El Código penal concordado y comentado...cit.; pág. 262, quien considera la existencia de un estado de necesidad contenido en la disposición al afirmar que: "Es un derecho mayor, que compensa y extingue á otro derecho..." VIZMANOS y ALVAREZ MARTINEZ : Comentarios al Código penal ...cit.; pág. 446 también exigen un "motivo poderoso" para su aplicación. La aceptan sin más ORTIZ DE ZUÑIGA y CASTRO Y OROZCO : Código penal explicado...cit.; pág. 394.
- (48) - El estado de necesidad se restringía al ámbito de los delitos contra la propiedad en el art. 8, nº 7 del C.p. de 1848.
- (49) - ORTIZ DE ZUÑIGA y CASTRO Y OROZCO: El Código penal explicado...; pág. 393.
- (50) - De este parecer eran VIZMANOS y ALVAREZ MARTINEZ : Comentarios al Código penal...cit.; pág. 446.

(51) - La Constitución de 1869 regulaba de forma muy detallada el derecho a la inviolabilidad del domicilio: "Nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos urgentes de incendio, inundación u otro peligro análogo, o de agresión ilegítima procedente de adentro, o para auxiliar a persona que desde allí pida socorro. Fuera de estos casos la entrada en el domicilio de un español o de un extranjero residente en España, y el registro de sus papeles y efectos, solo podrá decretarse por Juez competente y ejecutarse de día. El registro de estos papeles y efectos tendrá siempre lugar a presencia del interesado o de un individuo de su familia y en su defecto de dos testigos vecinos del mismo pueblo. Sin embargo, cuando un delincuente hallado in fraganti y perseguido por la Autoridad o sus agentes se refugiare en su domicilio podrán éstos penetrar en él solo para el acto de la aprehensión. Si se refugiare en domicilio ajeno, procederá requerimiento al dueño de éste" (art. 5º). De forma más breve, la Constitución de 1876 reguló el derecho en el art. 6º: "Nadie podrá entrar en el domicilio de ningún español o extranjero residente en España, sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes. El registro de papeles y efectos se verificará siempre a presencia del interesado o de un individuo de su familia, y en su defecto, de dos vecinos del mismo pueblo".

(52) - Art. 215: "Incurrirán en las penas de suspensión en sus

grados mínimo y medio y multa de 125 a 1250 pesetas:

1º. El funcionario público que no siendo autoridad judicial y no estando tampoco en suspenso las garantías constitucionales, entrare en el domicilio de un español o extranjero sin su consentimiento, a no ser en los casos y con los requisitos previstos en los párrafos primero y segundo del artículo 5º de la Constitución. 2º...".

Art. 216: "La autoridad judicial que fuera de los casos previstos primero y cuarto del artículo 5º de la Constitución, y no estando en suspenso las garantías constitucionales, entrare de noche en el domicilio de un español o extranjero sin su consentimiento, incurrirá en las penas de suspensión en sus grados mínimo y medio y multa de 125 y 1250 pesetas". Sin duda alguna, el paralelismo entre Constitución y el Código penal de 1870 venía revestido de una gran coherencia.

- (53) - En este sentido estimaba GROIZARD : "Contra la libertad, contra la seguridad personal obra quien, estando cerrada la puerta del domicilio, ó contra la voluntad del dueño, en él penetra". (Comentarios al Código penal de 1870... Tomo V. cit.; pág. 641).
- (54) - Esta fue la forma más corriente de resolver por parte del TS desde época muy reciente hasta hoy en día. Un ejemplo de ello lo vemos reflejado en las SSTs de 24 de octubre de 1874 (J.c.nº: 2471), 8 de marzo de 1875 (J.c. nº: 2683), 11 de julio de 1875 (J.c. nº: 1167), 28 de septiembre de 1876 (J.c. nº: 3511) y 3 de julio de 1877 (J.c. nº: 4032) entre muchas otras.

- (55) - Con anterioridad, las SSTS de 20 de noviembre de 1895 y 10 de julio de 1896 tuvieron oportunidad de pronunciarse ante conductas perpetradas en forma de "escalamiento", pero no está muy clara la interpretación del Tribunal Supremo en cuanto a la incriminación del hecho en la alternativa del primer y segundo párrafo del art. 504 del último Código del siglo pasado.
- (56) - Si bien de forma menos precisa, supuesto similar resolvió con anterioridad la STS de 2 de enero de 1874 (J.c. nº: 1973). Con posterioridad, calificó idénticamente la STS de 7 de abril de 1876 (J.c. nº: 3299).
- (57) - Idéntica solución ante un caso similar adoptó la STS de 29 de diciembre de 1923 (J.c. nº: 152).
- (58) - El comentarista JARAMILLO manifestó que el caso (la modalidad de allanamiento pasiva) atacaba igualmente el derecho constitucional de la inviolabilidad de domicilio en cuya transgresión se funda esta figura delictiva, y sin embargo, no aparecía sancionado el hecho. JARAMILLO GARCIA, A.: Novísimo Código penal comentado y cotejado con el de 1870. Vol. II. Salamanca, 1929; pág. 311.
- (59) - JARAMILLO GARCIA : Novísimo Código penal...cit.; pág. 312 habla de ofensa a un derecho particularísimo.
- (60) - En este sentido, JIMENEZ DE ASUA, L. y ANTON ONECA, J.: Derecho Penal conforme al Código de 1928. Vol. II (Parte Especial). Madrid, 1929; pág. 288.
- (61) - Así, LOPEZ REY Y ARROJO, M. y ALVAREZ VALDES, F.: El nuevo Código penal. Madrid, 1933; pág. 456.

- (62) - RODRIGUEZ MUÑOZ expresó ya para el Texto punitivo de 1932 que no cabía el supuesto omisivo en el allanamiento de morada y negaba también la posibilidad de perpetración a título de comisión por omisión (RODRIGUEZ MUÑOZ, A.: Notas al Tratado de Derecho penal de E. Mezger. T.I. Madrid, 1935; pág. 234.).
- (63) - Sin embargo la Exposición de Motivos no es muy clara: "Sin embargo se hace preciso recoger en tal modificación la fórmula más adecuada para orillar las dificultades que una interpretación extensiva repudiada por la ley penal y que pudiera dar lugar a que en los casos de permanencia en la morada contra la voluntad del propietario de los que se hallaran vinculados con él por alguna relación jurídica..."
- (64) - KIELWEIN, G.: Die Straftaten gegen die persönliche Freiheit oder Sicherheit en Materialien zur Strafrechtsreform. 2.Band. Rechtsvergleichende Arbeiten. Bonn, 1955; pág. 318. Una panorámica general en Derecho comparado: SIMSON, G. - GEERDS, F.: Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichen-der Sicht. München, 1969; págs. 274 y ss.
- (65) - El art. 123 del C.p. alemán habla de local de negocios, y el 109 del C.p. austriaco de lugar que sirve, que está destinado al ejercicio de una profesión o de una industria. El C.p. suizo simplemente se expresa a estos efectos como el lugar de trabajo (Werkplatz, en el sentido de local donde se desarrolla una industria) y en el cual realizan su actividad personas ligadas por una relación jurídico-laboral.

- (66) - Sin duda alguna, un ejemplo de mala técnica jurídica en materia de allanamiento de morada es el ofrecido por el Texto penal austríaco en su art. 109. Sólo se contempla el allanamiento violento simple y el violento cualificado (con la intención de causar algún mal, o con armas o forzando la entrada en cuadrilla), y solo la modalidad activa, de tal forma que ni las entradas contrarias a la voluntad del morador (pero no violentas), ni las permanencias indeseadas y no autorizadas reciben castigo por el ordenamiento penal. Esta desprotección del ámbito privado localizado espacialmente ha sido duramente criticado por la doctrina científica del país neutral. Un ejemplo en KIENAPFEL, D.: Grundriss des österreichischen Strafrechts. Besonderer Teil. Band I. (Delikte gegen Personenwerte). 2ª edic. Viena, 1984; pág. 109. También, en idéntico sentido BERTEL, CH.: Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch. (Coordinado por FOREGGER, E. y NOWAKOWSKI, F. -entrega 14, arts. 108 a 110-). Viena, 1982; pág. 25.
- (67) - En este sentido, KIENAPFEL : Grundriss des österreichischen Strafrecht...cit.; pág. 25.
- (68) - En Alemania así se concibe por la casi totalidad de autores, que sería demasiado prolijo el citarlos aquí (nos remitimos al capítulo siguiente). En Austria y Suiza , a título de ejemplo pueden señalarse KIENAPFEL y BERTEL, (obra y página citadas en nota 66) en el primero; y REHBERG, J.: (Strafrecht III Delikte gegen den Einzelnen). 4ª edición. Zürich, 1987;pág. 172), STRATENWERTH : Schweizerisches Strafrecht. B.T. 3ª edic. Berna, 1983; pág.

112), NOLL, P.: (Schweizerisches Strafrecht. B.T. 1. Delikten gegen den Einzelnen. Zürich, 1983) y STUCKI, J.: (Der Hausfriedensbruch (art. 186 StGB) Verglichen mit den

*Sprechenden Regeln des amerikanischen Rechts unter besonderer Berücksichtigung des Model Penal Code des American Law Institute. Berna, 1970; pág. 19) en el país helvético.

- (69) - En el art. 124 del C.p. alemán se castiga una conducta propia de delito asociativo (Bandenvergehen) que básicamente consiste en la entrada ilícita en los lugares determinados legalmente de una muchedumbre (Menschenmenge) o gentío alzados públicamente y en unidad de fuerza con la intención de cometer violencias sobre personas o cosas. En el art. 109.3 del C.p. austríaco se contemplan en tres párrafos entradas violentas con la intención de lesionar o dañar, con armas o forzadas por una pluralidad de personas. Qué duda cabe que estos subtipos diferenciados son mera reminiscencia del medieval "registro".
- (70) - Este origen histórico también condiciona el nomen iuris de la figura en el modelo latino. Frente al "Hausfriedensbruch" germánico aparece la expresión francesa de "Violation de domicile", la italiana de "Violazione di domicilio" o la española de "Allanamiento de morada". Nótese que el sustantivo principal de "Haus" (casa, edificio) no arrastra la valoración de los términos latinos, donde además del aspecto físico denotan un elemento interno de ser el lugar de desarrollo existencial del ser humano.
- (71) - El art. 184, 1º del Code requiere que el sujeto activo

* Léase: entsprechenden.

actúe abusando de su cargo, fuera de los casos previstos en la ley y sin las formalidades que ésta prescribe.

- (72) - A título de ejemplo, en la doctrina francesa VOUIN, R.: Doit pénal spécial. Infractions contre les biens, les personnes, la famille, les moeurs et la paix publique. 5ª edición por Rassat, M.L. París, 1983; pág. 276. GOYET, F.: Droit Pénal Spécial. 8ª edición puesta al día por ROUSSELET, M., ARPAILLANGE, P. y PATIN, J. París, 1972; pág. 67. Este postulado de desvinculación del concepto de domicilio de la ley civil fue manifestado por la doctrina antigua. Así GARRAUD, R.: Traite theorique et pratique du Droit Pénal Français. Tomo IV. 3ª edic. París, 1922; pág. 422. GARÇON, E.: Code Pénal annoté. Tomo I (art. 1 a 405). París, 1901 a 1906; pág. 444.

En la doctrina italiana MANZINI, V.: Trattato di Diritto Penale Italiano. Vol. VIII. 5ª edición puesta al día por NUVOLONE, P. Torino, 1985; pág. 846. ANTOLISEI, F.: Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale. 8ª edición puesta al día por CONTI, L. Milan, 1982; pág. 177, y GARAVELLI, M.: Codice Penale. Parte Speciale. II (AAVV Coordinado por Zagrebelsky, V.). Torino, 1984; págs. 1103 y 1104, como autores representativos de esta interpretación común.

En cuanto a la doctrina española, nos remitimos al Capítulo III, donde desarrollaremos esta temática.

- (73) - Entre todos, se puede destacar a MANEINI, V.: Trattato di Diritto Penale Italiano. Vol. VIII...cit.; pags. 846 y 847.

- (74) - La forma de comisión violenta viene definida en el último párrafo del art. 614 del C.p. italiano, donde se agrava la pena cuando el hecho se comete con violencia sobre las cosas o sobre las personas, o el autor va ostensiblemente armado. En el C.p. francés también señala una cualificación punitiva (párrafo último del art. 184) cuando el hecho típico se comete en grupo.
- (75) - Sobre una panorámica general del Derecho penal anglosajón contemplado bajo el prisma jurídico continental, STUCKI, J.: Der Hausfriedensbruch (art. 186 StGB) verglichen mit den entsprechenden, Regeln des amerikanischen Rechts unter besonderer Berücksichtigung des Model Penal Code des American Law Institute. Berna, 1970; págs. 43 a 46.
- (76) - STUCKI, J.: Der Hausfriedensbruch...cit.; pág. 47.
- (77) - Definición proporcionada (entre otros) por BLACKSTONE, W. según LaFAVE, W.R. y SCOTT, A.W.: Substantive Criminal Law. Vol. 2. St. Paul. Minn., 1986; pág. 464.
- (78) - Una clara exposición en el Derecho británico, exponente del panorama doctrinal actual en materia de burglary se encuentra en las obras de WILLIAMS, G.: Textbook of Criminal Law. 2ª edic. Londres, 1983; págs. 839 y ss. y SMITH, J.C. y HOGAN, B.: Criminal Law. 6ª edic. Londres, Edimburgo, 1988; págs. 595 y ss.
- (79) - STUCKI : Der Hausfriedensbruch...cit.; pág. 49.
- (80) - SMITH y HOGAN : Criminal Law...cit.; pág. 596.
- (81) - STUCKI : Der Hausfriedensbruch...cit.; pág. 49

- (82) - Tal es el supuesto del párrafo 2º del art. 221.2 del MPC, seguido por muchas legislaciones penales de los Estados federados.
- (83) - LaFAVE y SCOTT : Substantive Criminal Law...cit.; pág. 469.
- (84) - STUCKI : Der Hausfriedensbruch...cit.; pág. 98.
- (85) - LaFAVE y SCOTT : Substantive Criminal Law...cit.; pág. 473.
- (86) - SMITH y HOGAN : Criminal Law...cit.; pág. 608.
- (87) - KLOTTER, J.C.: Criminal Law. 2ª edición c.j., 1986 (la ciudad no viene citada); pág. 368.
- (88) - STUCKI : Der Hausfriedensbruch...cit.; pág. 81.
- (89) - Seguimos en este punto a STUCKI : Der Hausfriedensbruch...cit.; pág. 82 y ss.
- (90) - Como ejemplos de una regulación genérica, el MPC, art. 221.2 (junto al burglary) y el Código penal de Texas en su art. 30.05. KLOTTER : Criminal Law...cit.; pág. 371
- (91) - KLOTTER : Criminal Law...cit.; pág. 372.
- (92) - STUCKI : Der Hausfriedensbruch...cit.; pág. 84.
- (93) - KLOTTER : Criminal Law...cit.; pág. 370.

-CAPITULO II. EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN EL ALLANAMIENTO
DE MORADA.

A.- LAS DIVERSAS CONCEPCIONES SOBRE LA DETERMINACION
DEL BIEN JURIDICO EN EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE
MORADA

- 1º) Breve análisis de la inviolabilidad
de domicilio
- 2º) La seguridad personal como bien jurídico
protegido en el delito de allanamiento de
morada
- 3º) La libertad personal en relación al objeto
de tutela
- 4º) El allanamiento de morada, ¿un delito
contra la voluntad?
- 5º) Breves consideraciones sobre la doctrina
del "Hausrecht"
- 6º) La concepción funcionalista del bien
jurídico en relación al objeto de protección
del allanamiento de morada
- 7º) El derecho a la intimidad como bien jurídico
protegido
- 8º) El bien jurídico protegido según la
doctrina del Tribunal Supremo

B.- CONSIDERACIONES CRITICAS Y TOMA DE POSICION

NOTAS.

CAPITULO II
=====

A.- LAS DIVERSAS CONCEPCIONES SOBRE LA DETERMINACION DEL BIEN
JURIDICO EN EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA

En el presente Capítulo nos proponemos intentar descubrir cual es el bien jurídico protegido en el art. 490 del C.p., esto es, en el delito de allanamiento de morada. Es esta una cuestión fundamental pues atendiendo a la postura que finalmente se adopte en este punto concreto, el resultado en la interpretación de los términos típicos de los distintos preceptos, va a depender en gran medida, de este punto de partida.

De otro lado, por imperativos impuestos en el marco de nuestra labor investigadora, no podemos resolver aquí la polémica desatada en torno al concepto, naturaleza y función del bien jurídico en la teoría general del delito, especialmente entre las concepciones funcionalistas y valorativas. A lo largo del presente Capítulo simplemente abordaremos la tarea de desvelar el valor tutelado por la norma penal, sin entrar en ulteriores consideraciones, dado que eventualmente podría oscurecerse este objetivo.

1º) Breve análisis de la inviolabilidad de domicilio

La expresión "inviolabilidad de domicilio" es utilizada desde la época de la Codificación por los diferentes autores con muy distintos significados. Así, ya vimos en el Capítulo anterior que violación de domicilio era la locución empleada por los textos punitivos francés e italiano para configurar el nomen iuris de la figura

que estamos examinando. En nuestro Código penal, inviolabilidad de domicilio es también una expresión lingüística que se emplea para designar un tipo concreto: aquél que viene contemplado en el art. 191,1º de la citada ley.

En otras ocasiones, el penalista ha utilizado esta denominación para designar el objeto de protección en el delito de allanamiento de morada.

Así, CUELLO CALON expresaba que: "la protección penal de la inviolabilidad del domicilio en general tiene lugar tanto contra los abusos y extralimitaciones de las autoridades y funcionarios públicos como su violación por los particulares" (1), y en semejantes términos manifiesta PELLISE PRATS (2) que en el allanamiento de morada aparece la sanción penal como un medio de protección de la inviolabilidad del domicilio (3).

Ciertamente, decir que el objeto formal del delito es la inviolabilidad del domicilio no es decir demasiado. Por ello es necesario realizar mayores precisiones. Cuando los autores mencionados emplean estos términos no parece que determinen claramente cual es el contenido del injusto en cuestión, sino más bien designan una referencia formal al bien jurídico, sin entrar todavía a determinar su contenido material.

En las líneas que siguen se intentará, pues, en primer lugar, establecer en sentido estricto el significado de la inviolabilidad del domicilio; y, en segundo lugar, mostrar las posibles relaciones existentes con el tipo de allanamiento de morada del art. 490 del C.p. (4).

La inviolabilidad del domicilio constituye, según decla-

ra nuestro propio Tribunal Constitucional (5), un auténtico derecho fundamental de la persona. Viene garantizado en el art. 18.2 de nuestra Constitución, donde se señala que: "EL domicilio es inviolable..", si bien previamente en el nº 1 "se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen". El precepto en cuestión tan sólo representa la última positivización de un principio que ha venido recogido en todas las Constituciones anteriores y que se halla reflejado en diversos textos internacionales (6).

En los países occidentales cercanos al nuestro se cataloga la inviolabilidad del domicilio como un derecho subjetivo público de defensa que se dirige fundamentalmente contra el Estado (7).

Como tal derecho de defensa o negativo, la inviolabilidad domiciliaria en el primer sustantivo subrayado pone el acento en la necesidad de que el Poder público se abstenga de actuar ilegalmente en el ámbito de la morada del ciudadano contra la voluntad de éste. Como señala PAPPERMANN, inviolabilidad del domicilio no significa que éste no pueda ser lesionado, sino tan sólo que en principio se le impide al Poder estatal entrar en la esfera personal localizada contra la voluntad de su titular y que las excepciones solo están permitidas cuando se fundamentan en una facultad o permiso jurídico-constitucional (8). En definitiva, inviolabilidad significa una intervención negativa del Estado en relación a la voluntad contraria del súbdito que se opone a la injerencia de aquél. Es un concepto que se basa en un no hacer, en una omisión (9) que fundamenta un estatuto negativo del ciudadano frente a los órganos Estatales. Ello no significa que del art. 18.2. de nuestra CE no puedan

deducirse efectos contra terceros como ocurre en la Ley Fundamental de Bonn en su art. 13 (10), simplemente acentuamos que el derecho se presenta básicamente como garantía juridicopolítica de la persona. Y ocurre que la actividad de la Administración roza en muchos casos la libertad de los particulares, siendo necesario, entonces, establecer límites a la potestad de la Autoridad pública para salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, del ciudadano (11). El art. 18.2 de la CE, constituye en este sentido un límite al poder de injerencia del Estado en el ámbito domiciliario de los particulares, y ello queda claramente reflejado cuando se examina más de cerca el párrafo 2º de dicho precepto, a tenor del cual: "Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él (domicilio) sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en el caso de flagrante delito". De esta forma, para MORALES PRATS la inviolabilidad domiciliaria constituye una parcela de la privacy en la que, como bien jurídico, se manifiesta como una libertad límite frente al Estado (12).

Y así, bien se califique como derecho fundamental, bien como libertad pública; la inviolabilidad del domicilio históricamente nació como un derecho constitucional que iba dirigido fundamentalmente contra el abuso de facultades de registros e injerencias del Poder soberano, tal y como señalábamos en el capítulo anterior. Pero es éste también el origen, en cuanto a exigencias limitativas de la actuación estatal frente a los ciudadanos, y el sentido más acorde que dá carta de naturaleza propia a los derechos fundamentales y a las libertades públicas. Tanto constitucionalistas como civilistas han puesto de manifiesto que los derechos fundamentales y las libertades públicas guardan dos notas en común: el hecho de que se dirigen contra el Estado, no siendo de aplicación inmediata en

las relaciones entre particulares y el hecho de que demandan a los poderes públicos, generalmente, el abstenerse más que de intervenir (13).

Sin embargo, poco a poco se está abriendo camino una nueva teoría que, sin negar los postulados de la anterior, entiende que los derechos fundamentales pueden ejercer una eficacia indirecta, a través de la jurisdicción, entre las personas mediatas entre sí, representada en nuestro país por GONZALEZ PEREZ, SALAS Y PECES BARBA e incluso hay quienes otorgan eficacia directa a los preceptos contenidos en la Sección primera del Capítulo II del Título I de la CE en cuanto a la regulación de las relaciones entre los propios particulares (DE LA CUADRA SALCEDO) (14).

Por supuesto, aquí no podemos ocuparnos de la polémica (calurosamente debatida en la R.F. de Alemania) sobre la validez de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicoprivadas de los ciudadanos entre sí, esto es, la dirección horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones de los particulares propiamente (Drittwirkung), en contraposición a la ya clásica dirección vertical de los derechos fundamentales en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos (15).

Sin embargo, como ha señalado STERN, (16) en la moderna doctrina constitucional nadie discute en la actualidad ciertos efectos en dirección horizontal de los derechos fundamentales, el problema radica (de ahí las controversias de las diferentes posiciones) en la forma, "el como", se desarrolla el efecto de esos derechos fundamentales.

Aquí se mantiene la posición dominante y que mejor se

acopla a las exigencias de nuestro Derecho positivo, sobre la posibilidad de la influencia de los efectos de los derechos fundamentales y las libertades públicas en las relaciones de los particulares entre sí, partiendo de que dicha influencia en el estrato horizontal de los ciudadanos se produce porque los derechos fundamentales establecen un orden objetivo de valores, un propio sistema de valores de tal forma que la legislación, la administración y la jurisprudencia son guiados e impulsados por aquellos. Y en este sentido se habla de una "irradiación" (Ausstrahlung) de estos derechos fundamentales en el resto del ordenamiento jurídico (17). En nuestro Derecho puede admitirse esta interpretación si tenemos en cuenta, de un lado, que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979 de 3 de octubre en su art. 4/p.2 sólo admite la protección del recurso de amparo constitucional por violación de los derechos y libertades recogidos en los arts. 14 a 29 de la CE "originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes"., punto que niega el efecto directo frente a terceros; pero la misma Ley Orgánica y art., párrafo 1º que niega el amparo constitucional cuando la violación nace de los particulares, señala, no obstante: "Sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia" que, junto al art. 10.1 de la propia Constitución Española donde se declara (entre otros) como fundamento del orden político y de la paz social los derechos inviolables inherentes a la persona, son muestras claras de la influencia en el ámbito de las relaciones privadas de los derechos fundamentales, si bien de forma indirecta.

Y esta posición puede defenderse especialmente en el supuesto de la inviolabilidad del domicilio, como ya hemos señalado, si se tiene en cuenta que el art. 18.2 inmediatamente después de declarar que el domicilio es inviolable, declara que: "Ninguna entrada o registro podrá realizarse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito". El artículo en cuestión representa, pues, en primer lugar, una garantía frente a los órganos estatales; y muy en segundo lugar puede tener efectos frente a las violaciones de los particulares, y no, desde luego, por aplicación directa de la Constitución.

Distinta posición mantiene, sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional. En la STC 22/1984 de 17 de febrero, en su FJ nº 5 señala: "El art. 18.2 de la Constitución contiene dos reglas distintas, una tiene carácter genérico o principal, mientras la otra supone una aplicación concreta de la primera, y su contenido es por ello más reducido. La regla primera define la inviolabilidad del domicilio, que constituye un auténtico derecho fundamental, establecido, según hemos dicho, para garantizar el ámbito de privacidad de ésta, dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores, de otras personas o de la autoridad pública". Así, en principio, el TC parece reconocer efecto directo a la disposición contenida en el art. 18.2 de la CE, en cuanto a las violaciones de dicho precepto llevadas a cabo por particulares. Sin embargo, esta posición se ve oscurecida en la STC 199/87, de 10 de diciembre pues en dicha resolución (FJ nº 9) se señala: "La inviolabilidad del domicilio, o sea el derecho de no penetración en el domicilio en contra de la voluntad del titular del

mismo, protegido por el art. 18 de la propia Constitución autoriza su restricción en supuestos contemplados por la Ley, aunque exige, en principio, una decisión judicial al respecto, salvo en los casos de "flagrante delito". Ello supone que el derecho a la inviolabilidad del domicilio consiste sustancialmente en un derecho a que, contra la voluntad del titular y, salvo delito flagrante, no haya penetración en el propio domicilio, sin una autorización judicial, cuya concesión y realización se somete además en la Ley de Enjuiciamiento Criminal a la existencia de determinados requisitos (art. 546 y ss.) ". No obstante, tampoco debe perderse de vista que el supuesto enjuiciado es diferente y esta definición de la inviolabilidad del domicilio podría variar en un caso distinto.

Más confusa es la situación tanto en la doctrina penal como constitucional. Entre los primeros, se ha afirmado que el delito de allanamiento de morada constituye la protección penal del derecho constitucional recogido en el art. 18.2 (18). Los comentaristas al Texto constitucional han señalado que el tenor del artículo se encuentra ya desarrollado en los arts. 490 y 492 bis. (19) del Código penal, quedando garantizado el derecho tanto por el hecho de la exigencia de reserva de Ley Orgánica como por la propia tipificación penal (20).

En resumen, tenemos que decir que la inviolabilidad de domicilio es un derecho fundamental contenido en el art. 18.2 de la CE, calificado dentro de la teoría constitucional como derecho subjetivo público, de defensa frente al Estado (21), principalmente. En este sentido estricto la inviolabilidad domiciliaria aparece como una garantía juridicopolítica otorgada al ciudadano frente a las injerencias de las instancias del Poder público en el ámbito de su morada.

Entendida así la expresión "inviolabilidad de domicilio", en su significación más pura, atendiendo tanto a su origen histórico como a la teoría general de los derechos humanos, este derecho no puede ser objeto de protección del delito contemplado en el art. 490 del actual Código penal. En la doctrina y jurisprudencia (22) se produce una interpretación incorrecta del contenido regulado en el art. 18.2 del Texto fundamental. Otra cuestión diferente es el que el precepto constitucional de forma indirecta exprese como valor objetivo de protección el domicilio del ciudadano frente a las injerencias de los particulares, y que el legislador venga obligado a garantizar la esfera doméstica del morador contra ataques ajenos a las instancias públicas a través del art. 490 del C.p. Pero esta consideración debe tenerse presente no tanto en el plano del bien jurídico protegido por el precepto, sino más bien en este otro aspecto de fundamento irradiante de la disposición penal.

El derecho a la inviolabilidad del domicilio constituye, por el contrario, el objeto jurídico de la figura típica contenida en el art. 191.1º y 2º fundamentalmente, dentro de la sección 2ª ("De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes"), del Capítulo II ("De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes") del Título II ("Delitos contra la seguridad interior del Estado") (23), pero no del allanamiento de morada strictu sensu.

2º) La seguridad personal como bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada

El Título del Libro II del Código penal contiene una serie de conductas en su seno que vienen calificadas, al menos for-

malmente, como delitos contra la libertad y seguridad. El epígrafe de dicho título, hace una referencia a la seguridad, y dado que el allanamiento de morada se halla inserto dentro del mismo (en el Capítulo V), obligado es el intentar responder a la cuestión de si el mentado tipo protege, como valor tutelado, la seguridad personal de los moradores.

Vimos en el apartado histórico que ésta fue determinante como fundamento del propio nacimiento de la incriminación en la Edad Media, y que en el common law se concretaba como objeto jurídico fundamental en la figura del burglary. Pero ¿podemos seguir manteniendo hoy a tenor del art. 490 esta posición?. En las líneas que siguen intentaremos resolver o al menos aclarar la cuestión planteada.

En la doctrina de nuestro país fueron CUELLO CALON y SAINZ CANTERO (24) quienes mantuvieron que, junto a la libertad, lo que tutelaba el Código era el derecho que tenía el individuo a vivir seguro en su morada. Aparte de estos dos autores, en nuestra jurisprudencia científica no se han mantenido posiciones similares al respecto (24 bis), salvo en los primeros comentaristas.

Pero para poder negar o afirmar esta tesis es necesario llevar a cabo previamente un esfuerzo por desvelar cual es el significado y función del término seguridad en la rúbrica del Título XII del Libro II del Código penal.

Seguridad, en su sentido más literal atendiendo a la definición aportada por el Diccionario, hace referencia a un estado libre o cubierto de todo daño, peligro o riesgo. Evidentemente, claro es, que este tipo de seguridad no puede formar parte del conteni-

do del injusto de ninguno de los tipos del Título XII pues "una seguridad así entendida no existe ni puede ser garantizada por nadie" (25). Tenemos, pues, que restringir la significación del término, y si observamos que la nota común genérica a todas las figuras delictivas contenidas en dicho Título es el carácter individual y personal del bien jurídico protegido (frente a aquellos ataques dirigidos fundamentalmente contra valores comunitarios, estatales o colectivos), llegaremos a la conclusión de que una ofensa a la seguridad no es ni más ni menos que un riesgo, una probabilidad seria de lesión, de un valor o interés del sujeto considerado individualmente, valores o intereses a los que el ordenamiento jurídico ha reconocido tutela previamente. Por tanto, el término seguridad no puede utilizarse para definir el objeto jurídico de un delito de este título (por sí solo), pues en la medida que su estructura semántica requiere una situación de protección, cubierta (dentro de lo posible) de riesgo, aislada al daño, siempre estará obligado el intérprete a determinar el objeto del posible ataque tomado como referencia. En definitiva, el término seguridad designa una forma de tutela al bien jurídico considerado (ante puestas en peligro) pero no el bien jurídico en sí mismo (26). En palabras de COBO y VIVES, una lesión de la "seguridad", bien jurídico puramente ideal, consiste, normalmente, en la puesta en peligro de los bienes materiales a que dicha "seguridad" puede hallarse referida (27).

Teniendo presente este presupuesto básico, hemos de añadir que el término seguridad puede ser entendido de dos formas diferentes (entre otras): como conservación o aseguramiento de un estado material o como seguridad jurídica (28). Es en el primer sentido, como ausencia de riesgo o peligros personales, como se entiende

el concepto de seguridad en nuestro Texto punitivo (29), en el ámbito de los delitos comprendidos en el Título XII.

También se ha dicho que todo delito afecta a la seguridad personal y a la libertad, o que aquélla es un presupuesto para el desenvolvimiento de ésta (30).

En resumen, que el propio concepto de seguridad impide interna y estructuralmente el que pueda ser considerado como objeto de protección, en sí mismo, en alguno de los delitos del Título XII. Necesita, por tanto, de un bien como punto de referencia, y en tal caso, dado que es obligado el apoyo conceptual en otro objeto diferente, el criterio postulado se nos presenta insuficiente y poco práctico en cuanto a la precisión sobre el objeto de tutela en el art. 490 del C.p.

En la doctrina alemana también algún autor ha entendido que la seguridad individual constituye el bien jurídico del delito de allanamiento de morada en el art. 123 del StGB (31). Así, se ha dicho que el objeto de ataque en el allanamiento de morada es la preservación del local que utiliza el morador ante las acciones nocivas que, desde el exterior, pudiesen dirigirse al lugar protegido (32).

En el tipo contemplado en el art. 490 del C.p. no se exige ningún elemento subjetivo en el sentido de que el agente quiera desarrollar en el seno del domicilio del sujeto pasivo una actividad dañina, bien contra su propiedad, bien contra su persona u otro derecho especialmente tutelado. Podemos pensar en el supuesto ficticio de un sujeto que niega expresamente a otro el permiso para entrar o permanecer en su domicilio; y a pesar de la prohibición

este último, aprovechando que aquél se marcha de vacaciones, entra en su vivienda con la mera intención de pernoctar una noche, hecho que realiza. En tal caso nadie puede negar que se cumplen todos los requisitos exigidos en la figura delictiva del allanamiento de morada. Pero si entendemos que en el ejemplo propuesto el titular puede regresar a su hogar sin sospechar lo más mínimo que el sujeto previamente requerido ha dormido en su lecho la noche anterior, llegaremos a la conclusión de que su seguridad, en el sentido material y últimamente descrito, no ha sido lesionada. Se podrá alegar que se ha menoscabado su voluntad de disposición sobre su morada, o su intimidad, o cualquier interés jurídicamente protegido, pero difícilmente se podrá negar que existe una acción delictiva. Y con ello creemos demostrar que existe un bien jurídico lesionado, pero éste no es la seguridad; o no solo la seguridad. Por ello hay que seguir indagando para poder postular en favor de un contenido del injusto en la figura delictiva más desvelado y satisfactorio (33).

3º) La libertad personal en relación al objeto de tutela

Se plantea aquí la problemática relativa a la delimitación conceptual del término "libertad" en la rúbrica del Título XII del Libro II del Código penal. En nuestra doctrina es unánime el postulado que afirma la necesidad de partir de un concepto autónomo de libertad en el ámbito jurídicopenal, independiente de disquisiciones filosóficas sobre "el libre albedrío", que complicarían demasiado el manejo dogmático del término (34). En lo que al Derecho penal se refiere, éste no puede, ni debe entrar en cuestiones tan trascendentales como la libertad humana, en abstracto, con todas sus consecuencias. Esta tarea queda relegada a la Filosofía, que no en

balde ha dedicado más de veinte siglos al problema de la libertad humana.

También debe señalarse que la expresión libertad personal que aquí se utiliza no es una libertad - límite (35), no es una libertad política en el sentido de expresar un ámbito de actuación del ciudadano garantizado frente a la injerencia del poder estatal. Los derechos fundamentales y las libertades públicas, en la medida en que en ocasiones constituyen el objeto jurídico de ciertos tipos legales, hallan su lugar de asentamiento en el Título II y no en el XII.

En este sentido, la expresión libertad viene calificada, frente al criterio anterior, como libertad genérica (36) o libertad natural (37), entendida como capacidad de autodeterminación de la conducta o capacidad de obrar (38). Más aún, la doctrina española, siguiendo fundamentalmente a BINDING, ha entendido que existe una relación indisoluble entre libertad y voluntad, de tal forma que los delitos contra la libertad son delitos contra la voluntad (39). Así, la libertad del individuo será lesionada en tanto lo sea su voluntad, y según la opinión dominante el menoscabo del querer se lleva a cabo, principalmente, a través de dos formas: de una parte se limita la "libertad de resolución de la voluntad" por medio del menoscabo de la formación de la voluntad, esto es, el ataque despliega sus efectos en la fase interna. De otra parte, esa libertad será lesionada en el momento exterior, esto es, en tanto se impida la actuación de la voluntad, una vez que ésta ya se ha formado (40). En la misma línea, se afirma que, mientras la libertad de actuación de la voluntad es contemplada como libertad en sentido estricto, similar a la libertad de obrar o de movimientos; se califica como libertad

en sentido amplio la libertad de la resolución de la voluntad, mantenga ésta o no, relación con la actuación de la voluntad (41).

Algunas opiniones se han mostrado en nuestro país en favor del bien jurídico libertad personal (42) como objeto formal lesionado en el delito de allanamiento de morada. Sin embargo, examinando de cerca los argumentos abogados en el sentido señalado, se observa que, en ocasiones se hace referencia no a la libertad personal natural o física, sino a la libertad política. Otras veces se realizan alegatos concernientes a la libertad personal, pero el contenido de la misma no viene reflejado como tal, sino que afecta a otros valores o intereses muy distintos. Así, el sentido del término libertad se suele confundir con el derecho a la intimidad personal o con un derecho de la personalidad (43). Sin embargo aquí se debe examinar la cuestión de si la libertad personal, como libre autodeterminación de la conducta, es lesionada de forma inmediata en el delito de allanamiento de morada; y en qué fase del proceso de resolución del acto, en la formación o en la actuación de la voluntad, se desarrolla el ataque.

Previamente, sin embargo, se debe precisar, con STURM (44), que tienen que separarse los delitos que son perpetrados contra la voluntad del ofendido, de aquellos que atacan la formación y la actuación de la voluntad; "Aquí es la voluntad el propio bien jurídico lesionado, allí es diferente, es atacada la voluntad contraria del ofendido. Aquí es influida la voluntad en su función positiva, allí por el contrario no es complacida la voluntad. Aquí existe un ataque contra la voluntad, allí una ejecución no realizada" (45). Por esta razón, autores como BINDING o NAGLER rubricaron el apartado correspondiente a estos delitos como aquellos que atentan a la liber-

tad y la voluntad.

Auténticos delitos contra la libertad, como pueden ser las detenciones ilegales, amenazas o coacciones, lesionan directamente la formación o la actuación de la voluntad. Ahora bien, esta libertad no es menoscabada en el delito de allanamiento de morada, pues el ofendido puede formar o actuar su voluntad pese a la presencia del tercero (46). Pero esta afirmación no admite objeción alguna si se tiene presente que el injusto típico se satisface totalmente aún en ausencia del morador (47). En efecto, a diferencia del allanamiento de morada, en los delitos contra la libertad personal como señala KAGELER, la actuación de la voluntad (y/o la decisión de la voluntad, en su caso) es el objeto de ataque querido en la acción del autor. Su restricción, su constreñimiento ha sido buscado por el agente. En cambio, en el allanamiento de morada al ofendido se le deja intacta su capacidad de obrar (sobre todo, cuando aquél se halla ausente) y ésta no se le arrebatada a través del autor (48).

Sin embargo, se ha intentado salvar este escollo argumental diciendo que, en efecto, existe una lesión de la libertad de la resolución de la voluntad, pues el intruso que entra o se mantiene en la casa de otro, colisiona la voluntad del morador y limita su libertad personal, en tanto que como titular, (incluso aunque no le conste la injerencia) no podría hacer valer exclusivamente su voluntad en el local sometido a su dominio.

Siguiendo de nuevo a KAGELER (49), tenemos que rechazar esta formulación. Allí donde la lesión (no mera contradicción) de la voluntad presupone ya conceptualmente siempre una actualización, no es suficiente la prohibición como expresión de una voluntad existente

y permanentemente latente. La interpretación que afirme la libertad personal como bien jurídico del art. 490 del C.p., solo puede mantener este punto de vista, para el supuesto de ausencia del titular, solamente si entiende la lesión de la voluntad como menoscabo de una previa voluntad latente. Pero precisamente, aquellos autores que admiten la libertad personal como bien jurídico protegido se oponen a un tal entendimiento de la lesión de la voluntad.

Y hay que recordar que la esencia de los delitos contra la libertad en sentido estricto reside en que éstos no representan el medio para la lesión de otro bien jurídico. Esta premisa exige necesariamente la coerción directa sobre el acto de voluntad del sujeto paciente, relación que no existe cuando el morador no se encuentra en su habitáculo en el momento de perpetrarse el hecho. Luego un bien jurídico que no es lesionado en todos los supuestos de realización de un delito, no puede ser determinante en ese tipo delictivo.

En conclusión, la libertad individual, en el sentido expresado, no constituye el bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada.

4º) El allanamiento de morada, ¿un delito contra la voluntad?

Es bien sabido que fue BINDING (50) quien estableció un concepto funcional de libertad en el ámbito jurídicopenal en relación a ciertas figuras delictivas (coacciones y amenazas, detenciones ilegales...fundamentalmente), utilizando el contenido del término para designar el objeto de ataque en cada uno de los delitos considerados. El autor establece una relación entre libertad y voluntad, de tal forma que la lesión de ésta, en ciertos estadios, su-

pone la limitación de aquella. Bajo esta premisa esencial, el autor clasifica una serie de conductas en atención al momento donde se desarrolla, incide, el ataque que presupone la acción delictiva. El objeto del ataque es la voluntad, pero esta se entiende en un sentido dinámico, esto es, desde la posibilidad de formar el acto voluntario hasta su manifestación.

Los delitos contra la libertad son aquellos que atacan la capacidad de la formación de la voluntad, la capacidad de actuación de la voluntad (propia) en el caso concreto y la libertad de la voluntad conforme a motivos propios. No obstante, entiende también que es posible la lesión, el menosprecio de una voluntad ajena prohibitiva o de una manifestación de voluntad. En este supuesto, afirmará BINDING "A este último grupo quiero denominar delitos contra la voluntad, los tres primeros comprenden los delitos contra la libertad...Esta responde principalmente a la capacidad de querer, o a la libertad de actuación de la voluntad o a la resolución de la voluntad" (51).

En la tesis de BINDING, pues, el allanamiento de morada es un delito que ataca la voluntad, pero no es un delito contra la libertad. Más exactamente, señala el autor que "aquella voluntad de disposición es menospreciada (inobservada) por el allanador (Hausfriedensbrecher)" (52). Su doctrina fue recogida casi literalmente por JASO ROLDAN (53) y tuvo gran eco en nuestra Jurisprudencia científica; siendo criterio dominante en Alemania y España hasta hace muy pocos años.

En consecuencia, puesto que no se lesiona ni la formación de la voluntad, ni la actuación de la misma, se dirá que el ob-

jeto de ataque es, en el delito de allanamiento de morada, la voluntad en cuanto voluntad de disposición sobre la propia morada, negando así la libertad como objeto jurídico tutelado (54).

Por esta razón, en las líneas que siguen se examinará la cuestión referente a si la voluntad de disposición integra el contenido del injusto del delito de allanamiento de morada.

Se ha dicho, no sin razón, que la voluntad en general en ningún caso puede ser un bien jurídico, puesto que en los bienes jurídicos de naturaleza individual siempre se ofende en ellos, a través de los correspondientes delitos, el querer de una persona. El valor jurídico "voluntad" es demasiado abstracto para que pueda ser considerado como núcleo fundamental exclusivo y excluyente determinante de la antijuridicidad de una figura típica particular. El que se adjetivice el sustantivo con referencia a la disponibilidad, tan poco resuelve satisfactoriamente la cuestión aquí planteada. La voluntad de disposición sobre la propia morada, tal y como era entendida por JASO ROLDAN, ha sido criticada en cuanto tesis explicativa del objeto formal del delito examinado, fundamentalmente por diversas razones.

En primer lugar, se ha dicho que el delito de allanamiento no puede ser considerado como lesivo a la voluntad de disposición del titular, "ya que la disposición ha de recaer concretamente sobre lo que en sí sea morada y no respecto al acceso de un lugar cualquiera" (55). Apoyando este argumento, PELLISE PRATS (56) declara que "si aceptásemos el que el bien jurídico protegido es simplemente la voluntad de disposición, deberíamos considerar como análoga al allanamiento la conducta penal descrita en el art. 590 del Código, que

considera falta contra la propiedad el hecho de entrar en heredad mu rada o cercada sin permiso del dueño. Sin embargo...el primero de los casos se pena más gravemente". Y recientemente, continúa la crítica en este sentido, pues se entiende que el objeto de protección se amplía desmesuradamente y además no se adecúa el planteamiento re chazado a las exigencias típicas exigidas por el art. 490, pues no se toma en consideración debidamente el concepto de "morada" (57).

La oposición a la interpretación que se acaba de exponer, sería válida si se atacase el planteamiento original propuesto por BINDING en atención al objeto protegido en el art. 123 del StGB. En este precepto el presupuesto material sobre el que recae la conduc- ta no solo es la vivienda entendida como morada, sino también los lo cales de negocio, los destinados a un servicio público e incluso aquellas posesiones (fincas, solares) que se hallen cercadas. Por esta razón el autor alemán califica el Hausfriedensbruch como un de- lito que menoscaba la voluntad de disposición del titular de los lo- cales determinados legalmente. Pero JASO ROLDAN no parte de una volun- tad de disposición en abstracto, sino que entiende (adecuando la te- sis de BINDING al Derecho español) que: "el objeto de ataque es la voluntad en cuanto a voluntad de disposición sobre la propia morada" (58). Luego si este criterio debe ser rechazado, el argumento utili- zado debe ser otro diferente del transcrito líneas atrás, pues no ca- be duda que se considera la voluntad dispositiva en relación con la morada.

Dicho esto, el punto de partida queda concretado en los siguientes términos, esto es, si se puede admitir la voluntad de dis- posición sobre la propia morada como bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada. Y ya, en un primer análisis, se ob

jetaba en este apartado la dificultad de admitir la voluntad como interés jurídicamente protegido en los delitos comprendidos en el Título XII, pues siempre era menoscabada en la mayoría de ellos, de tal forma que el criterio era demasiado abstracto y general, para que pudiese absorber la especificidad requerida por el tipo en concreto. Pero además, como ha señalado acertadamente la doctrina (59), se está confundiendo lo que tan solo es un elemento típico del delito (la voluntad contraria del sujeto pasivo), que de no concurrir en el hecho elimina ya la tipicidad de la conducta, con el objeto jurídico del mismo. La voluntad contraria del morador es un término típico descriptivo y psicológico que determina el injusto específico de la figura examinada, pero en ningún momento puede identificarse totalmente con su contenido esencial.

Aún más, la expresión utilizada puede pecar por exceso, pues al caracterizar el contenido del injusto la voluntad de disposición sobre la propia morada, como valor lesionado, se está traduciendo, con pocas modificaciones, el tenor del art. 490 en su primer párrafo. Se está indicando, ni más ni menos, que se viola una voluntad contraria del titular de la morada sobre quien puede y quien no introducirse o permanecer en la misma (porque otro tipo de disponibilidad extendería injustificadamente el tipo). De esta expresión a las palabras utilizadas por el legislador en el artículo que estamos examinando tan sólo hay la huella de un paso; y utilizando un dicho castizo, para este viaje no hacían falta tales alforjas, pues el contenido del injusto de un delito no se puede definir utilizando un aparente estado valorado por el Derecho que esconde una expresión paralela formal a la descrita en el precepto penal.

Otros delitos que atacan la voluntad contraria (en de-

terminado sentido) del sujeto pasivo, expresando este requisito típicamente, como en las definiciones legales de los delitos de hurto (art. 514) o robo (art. 500), no son calificados como infracciones contra la voluntad o contra la libertad personal (60). En esta clase de conductas, la concreción del bien jurídico se obtiene relacionando el elemento típico "voluntad contraria del dueño" con el objeto material del delito, espiritualizando la relación, cosas muebles y facultad de exclusión. Se halla así el objeto del delito de forma más o menos aceptable. Pero, a diferencia de la tesis propuesta por JASO, el resultado de esa abstracción de la relación de los elementos típicos designados, tiene ahora una naturaleza propia y diferente del mero enunciado de la formulación legal.

En conclusión, la voluntad de disposición sobre la propia morada es un criterio insuficiente para designar el objeto de protección en el delito de allanamiento de morada.

5º) Breves consideraciones sobre la doctrina del "Hausrecht"

Ya se señaló en el apartado dedicado al Derecho comparado que, en los ordenamientos germánicos, la doctrina y la jurisprudencia entendía el "Hausrecht" como bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada. En líneas generales, el titular de los locales protegidos en el art. 123 del StGB tiene otorgada una facultad de disposición sobre los mismos, en el sentido de determinar quien está autorizado y quien no a entrar o permanecer en los lugares tutelados por la ley criminal, que es concebida como un derecho real sui generis. Este singular derecho real sobre los locales designados es denominado "Hausrecht" (expresión prácticamente acuñada en el argot jurídico, de difícil traducción), constituyéndo

se a su vez como objeto jurídico del delito de allanamiento de mora da (61).

Así pues, la doctrina germánica parte del Hausrecht como criterio definitorio del objeto de protección del Hausfriedensbruch alemán (62). El problema se plantea, precisamente, cuando se intenta desvelar el auténtico significado jurídico de la expresión Hausrecht. Seguidamente se señalan y enjuician algunas de las diferentes concepciones que han intentado dar respuesta al cuestionable enigma que representa el contenido del vocablo compuesto alemán.

1º). La definición más utilizada por la doctrina es original de VON LISZT (63). Salvando los lógicos escollos resultantes de una traducción literal, el autor definía aquél como "El interés jurídicamente protegido en la tranquila (no molestada) actuación de la propia voluntad en la propia vivienda y en la pacífica posesión; en la libre disposición de la casa y el patio; similar a la libertad personal, pero de todas formas un especial bien jurídico". Esta interpretación ha sido aceptada literalmente por algún autor relevante (64), o tomada como punto de referencia (65).

No obstante, la definición ha sido muy contestada, no solo por aquellos que no admiten el interés jurídico como configurador del bien jurídico (controversia en la que no podemos entrar), sino desde posiciones muy diversas, incluso funcionalistas. Fundamentalmente se critica la fórmula empleada por aceptar un bien jurídico "libertad de disposición" o "voluntad", por razones más o menos similares a las apuntadas anteriormente (66). De otra parte tampoco se explica en qué consiste la especialidad del bien

jurídico señalado. Con todo, la influencia de los términos definitivos fue decisiva en los autores posteriores.

2º). Siguiendo esta pauta, WELZEL definió el Hausrecht como objeto de protección del delito contenido en la disposición del art. 123 del StGB como "una parcela (una porción) de la esfera de libertad localizada" (Hausrecht ist ein Stück lokalisierter Freiheitsphäre), "la libertad de disposición y de movimientos de un hombre en su pacífica posesión (de ahí que esté emparentado tanto con la libertad como con el derecho de posesión)" (67). La definición de WELZEL ha sido acogida doctrinalmente tanto en su país de origen, como en España (68). Se entiende que los lugares protegidos legalmente constituyen los límites ideales en cuyo interior el individuo desarrolla diferentes actividades libre de injerencias. Otros autores profundizan aún más en esta orientación del Hausrecht y se señala que su expresión auténtica viene determinada por una esfera delimitada espacialmente para que sirva de presupuesto al ejercicio del libre desarrollo de la personalidad (69); pero sigue quedando la idea original de que el Hausrecht presupone una facultad, bien como libertad de decisión sobre quienes pueden y quienes tienen prohibido mantenerse en el lugar protegido legalmente (70), bien como el derecho de cada hombre a tener paz allí donde vive, en el sentido de no ser molestado injustificadamente por la presencia de un tercero (71).

De todo lo dicho se desprende que el Hausrecht va adquiriendo en esta segunda versión una nueva dimensión más independiente de su originario carácter real, catalogado como la parte no patrimonial de la posesión. Aquí se atiende ya a un nexo entre el área espacial tutelada y la personalidad del individuo, o, en otras

palabras (72), a la relación persona-ambiente reflejada en cierto ámbito local.

Pero también esta nueva concepción va a ser criticada. En la dogmática penal no queda muy claro qué tipo de libertad es la que define el contenido esencial del Hausrecht, ni qué propiedad caracteriza al mentado bien jurídico o qué ataques lesionan directamente el Hausrecht y no la libertad ambulatoria o la seguridad, por ejemplo (73). Se ha intentado salvar estas objeciones argumentales que, junto a la libertad de obrar, o de movimientos, o sexual, puede definirse una libertad local, especial también, que quedaría calificada como libertad de desarrollo u orientación (Entfaltungsfreiheit) del titular de la vivienda, en el sentido de que sólo a él le corresponde la decisión sobre las personas que desea aceptar en su esfera doméstica (74), en línea con su voluntad orientada a este fin específico.

SCHALL (75) señala, como principales objeciones, de un lado, que el bien jurídico así limitado se circunscribe al mero permiso del morador para determinar la entrada o la permanencia de un tercero en su ámbito local, de tal forma que la acentuación se sitúa aquí más en el permiso negativo del legitimado que en el contenido positivo de esa libertad de desarrollo, orientación o desenvolvimiento. De otro lado, critica este jurista la especialización del Hausrecht como Entfaltungsfreiheit, porque entonces debería considerarse como objeto de protección esta facultad de libre desenvolvimiento en las normas penales que incriminan los delitos de robo, hurto o daños; pues el propietario no ha podido disponer a su gusto de su patrimonio.

También se declara, en oposición a esta concepción del Hausrecht, que si éste se contempla como interés a la pacífica actuación de

la propia voluntad, ello contradice el principio (admitido por la generalidad) de que la norma penal protege determinados valores sociales relevantes para poder garantizar la convivencia pacífica de los ciudadanos, no, por el contrario (salvo raras excepciones), el interés del particular en ese bien jurídico (76).

3º). En una tercera fase, el Hausrecht vuelve a sufrir una nueva metamorfosis y adquiere otro contenido, salvando así los obstáculos que derivaban de las anteriores interpretaciones.

Este viene definido fundamentalmente, para el supuesto de que el lugar protegido sea una morada, como la esfera privada de actuación de los particulares. Se dice que la vivienda doméstica proporciona una esfera de libertad delimitada localmente para facilitar el libre desarrollo de los particulares (77). Así, el Hausrecht vendría determinado en tanto que el legislador ha formalizado la protección de la esfera individual y del secreto (individuelle Privat - und Geheimsphäre) por poderosas razones, de tal forma que toda entrada ilegítima en el área espacialmente delimitada satisface ya el tipo (78).

Esta moderna concepción del Hausrecht en la doctrina alemana es fruto de los esfuerzos dogmáticos realizados en Europa en la década de los años sesenta y setenta, dirigidos a la elaboración científica del derecho a la intimidad. La naturaleza, contenido y límites de esta categoría jurídica sigue siendo hoy objeto escurridizo de abundantes estudios e investigaciones en todos los órdenes tanto jurídicos como extrajurídicos. Por esta razón dedicamos en este Capítulo un apartado destinado exclusivamente al estudio del derecho a la intimidad en relación con el objeto de protección del delito de allanamiento de morada, al cual nos remitimos.

A título de conclusión provicional, debe examinarse ahora críticamente la tesis germánica del Hausrecht. Al respecto, se ha dicho que la doctrina trabaja con un concepto (referido al Hausrecht) confuso, contradictorio y variable (79). Y qué duda cabe, que esta afirmación es cierta. Mientras que los juristas alemanes y suizos o austriacos intenten encontrar un concepto único de Hausrecht válido para la determinación del bien jurídico en el delito de allanamiento de morada, sus esfuerzos están condenados al más absoluto fracaso. Y esta afirmación no es la expresión de un escepticismo arrogante respecto a la capacidad científica de los autores germánicos, sino que viene determinada por la estructura interna del objeto de investigación, esto es, por la propia norma incriminadora de la conducta del allanamiento de morada. En efecto, la disposición penal del art. 123 del StGB es un ejemplo de pésima técnica legislativa, hasta tal punto que alguna voz autorizada ha propugnado la reforma del artículo en un sentido similar a nuestro art. 490 (80). Por tanto, si en alguna ocasión el investigador hispánico toma como plantilla un modelo foráneo deslumbrado por la trayectoria científica de la tradición jurídica del país en cuestión, el punto de partida debe ser la virtualidad del derecho positivo aplicable a la investigación en concreto. Y este no es el caso de la disposición enjuiciada en el StGB.

El primer defecto técnico reside ya en la ubicación del precepto, contenido en el Capítulo VII bajo la rúbrica de "Delitos contra el orden público", engañoso formalismo si tenemos en cuenta que el delito sólo es perseguible a instancia de parte. Pero el desconcierto también aparece en la pluralidad cualitativa de los lugares protegidos: morada, local de negocios, lugar cerrado destinado

al tráfico o a un servicio público y las parcelas cercadas. Ante tal variedad, encontrar un criterio que abarque como denominador común los diferentes intereses jurídicos tutelados, supone necesariamente agotar la densidad del contenido del injusto en favor de una abstracción ventrilocua, que tan solo disfraza algunos elementos lingüísticos del tipo bajo la falsa apariencia de un bien jurídico "sui generis".

Por ello no es extraño que el objeto de protección del delito fuese examinado en sus primeras formulaciones como un derecho real, llegándose a decir que la norma tutelaba la parte no jurídico-patrimonial de la posesión. Ello es lógico si se tiene en cuenta que el único elemento común del presupuesto material del delito es un inmueble delimitado espacialmente.

La moderna doctrina alemana se ha visto obligada a diferenciar los distintos objetos tutelados en el Hausfriedens (SHALL, AMELUNG, OSTENDORF, BODENDORF y SHÄFER, entre otros) pues solo de esta forma pueden esclarecer los diversos contenidos del injusto que encierra el precepto, y en este sentido, importantes son las aportaciones jurídicas que en los últimos tiempos proporcionan los mentados juristas en el ámbito de la morada.

Tras las consideraciones señaladas, no es extraño que en la RF de Alemania se haya prestado una especial atención al delito de allanamiento de morada. Más de una docena de tesis doctorales y una veintena de artículos examinan minuciosamente los puntos oscuros que presenta la regulación legal en ese país, razones para investigar en este ámbito, tienen de sobra.

Con todo, hay que resaltar el esfuerzo por encontrar un

bien jurídico especial distinto de los que clásicamente vienen configurados en la Ciencia del Derecho penal (libertad de obrar, propiedad, etc.). La determinación de un "derecho de morada", valor jurídico de nueva implantación con un contenido específico, puede constituir una innovación nada despreciable si tenemos en cuenta que, afortunadamente, nuestro derecho positivo no está viciado de los defectos constitucionales (en sentido estructural) propios del Hausrecht germánico, que lo hacen inservible (en su formulación tradicional) cuando se integra como objeto de protección del delito. Al final del capítulo nos pronunciaremos al respecto.

6º) La concepción funcionalista del bien jurídico en relación al objeto de protección del allanamiento de morada

En 1974 se publica la tesis doctoral de HERO SCHALL bajo el título: "Las funciones de protección de la disposición penal en el allanamiento de morada. Un ejemplo para la interpretación de los tipos penales fundamentada sociológicamente". En dicho trabajo, el autor dá un giro de ciento ochenta grados respecto del entendimiento clásico del objeto de protección en el delito incriminado en el art. 123 del StGB. El autor parte del funcionalismo sociológico de PARSON y de la aportación científica de LUHMANN en el marco de la Ciencia del Derecho, siguiendo las contribuciones que en el campo del Derecho penal realizaron AMELUNG (81) y RUDOLPHI (82). En consecuencia, se niega el principio clásico de que la función del Derecho penal sea la mera protección de bienes jurídicos, y que, desde este prisma, la lesividad social se entienda lesión de valores ideales.

En esta línea, se le achaca a la Dogmática penal la pér

dida del contacto con la Sociología, y el que aquella haya consagrado la teoría de los valores como postulado fundamental donde se asienta el sistema. La pregunta sobre la función representada por esos valores sería, según critican los funcionalistas, un tabú incontestable como todo aquello que queda fuera de la capa del Derecho positivo: Sería expulsado a la Moral, la Religión o la Política. Así, se aconseja al Derecho penal que se olvide del examen de la problemática sobre la naturaleza del valor fundamental para que ponga su acento investigador en la vida social (83).

La sociedad se contempla como un complejo organismo armónico donde cada uno de los miembros integrantes desarrolla una específica función que permite la coherencia del sistema y colabora al desarrollo dinámico de la misma, manteniendo su estructura originaria. En este contexto, el Estado sólo puede castigar aquellas acciones que presentan cierta lesividad social, de tal forma que el Derecho penal tiene encomendada la tarea de mantener las condiciones necesarias que posibilitan el mantenimiento de la vida en común humana. Pero, se dice, allí donde la convivencia de una pluralidad de individuos en una sociedad solo es posible bajo ciertos presupuestos, no es suficiente contar únicamente con estados de valor dignos de protección, sino que, para que el Derecho penal pueda cumplir su función, se han de atender a los problemas organizativos que se han de solucionar para poder mantener y asegurar las condiciones de existencia de los ciudadanos que conviven en esa determinada sociedad (84). "En consideración a los siempre complicados presupuestos sociales, que se pueden formar bajo fiables expectativas de comportamiento y proyectarse en acciones, el Derecho tampoco tiene que delimitar ni proteger determinados valores, sino que tiene que asegurar

la estructura del sistema social y garantizar su capacidad de función" (85). En consecuencia, y en lo que aquí nos interesa, el bien jurídico en la concepción de SHALL solo tiene un valor instrumental, esto es, como categoría jurídica operativa en la medida que su examen pueda contribuir a la solución de los problemas organizativos de la convivencia humana. La lesión del bien jurídico, por tanto, no es ni más ni menos que un menoscabo de la función social a la que aquel se halla vinculado, función social dirigida a resolver cuestiones y problemas de organización de la coexistencia humana.

Situados ya en el marco teórico de donde parte SCHALL, el siguiente paso se dirige a la exposición de sus postulados funcionalistas en el ámbito del allanamiento de morada.

El autor entiende que cada uno de los locales protegidos en el art. 123 del StGB satisface una serie de necesidades a su titular (y a la sociedad en general) y cumple así una determinada función (86). En su investigación se propone el jurista indagar y describir la función social del bien jurídico protegido en relación con cada uno de los espacios determinados legalmente, para poder así conocer en su total extensión el tipo de allanamiento de morada y aplicar este resultado a los supuestos conflictivos que se presentan en la realidad social (87). Coherente con este planteamiento, el autor considera por separado la morada, el local de negocios, la pacífica posesión, etc. Nos centramos tan solo, como es lógico, en el primero de ellos.

Después de un minucioso examen sociológico, el autor concluye que el criterio decisivo que determina el bien jurídico en el allanamiento de morada (stricto sensu) es la esfera privada domésti-

ca trazada espacialmente y protegida frente al acceso de terceros. Ahora bien, esta afirmación debe completarse con la siguiente consideración: en esta esfera deben realizarse tres procesos significativos para la solución de problemas básicos del sistema social. Son los siguientes:

a) En primer lugar, la morada posibilita el campo adecuado para la socialización de los niños a través de la familia, puesto que ésta asume el rol de transmisión de normas culturales necesarias para la existencia de las estructuras sociales, construyéndose así la homogeneidad social suficiente que éstas requieren.

b) Junto a la anterior función, la esfera doméstica proporciona a los particulares esta otra de descarga de las tensiones sociales, pues aquélla crea al morador la distancia humana respecto del resto de la sociedad, posibilitando así su desarrollo físico y síquico necesario para poder desinmantar la presión social originada en el contacto continuo con la comunidad. Solo a través de esta "descarga de tensiones" el individuo puede estar preparado de nuevo para poder desempeñar su papel en el organismo social. Se dirá que el domicilio no solo se conforma con desprender al individuo de las tensiones sociales, sino que al mismo tiempo le ofrece las condiciones óptimas para su desenvolvimiento en sociedad.

c) Por último, se señala que el hecho de que la morada le proporcione al hombre un espacio secreto a la publicidad que le distancia de las normas sociales, no supone una tajante polarización del binomio individuo - sociedad, sino que más bien

se establece una mayor confianza y consciente tolerancia en el particular frente a la sociedad. Por ello, apuntado en la anterior consideración, la tercera función que satisface la esfera privada doméstica es proporcionar al individuo los presupuestos básicos para que éste ejerza el libre desarrollo de su personalidad, antesala de la autorepresentación personal que le identifica como propio ser diferenciado en sociedad, y que es requisito exigido por la configurada dignidad humana (88).

Al final del trabajo, el autor concluye su entendimiento del Hausrecht (en el caso de la morada) como el ámbito de protección del lugar cerrado que sirve al hombre en ciertos fines de la vida doméstica, por medio de la creación de una esfera determinada trazada espacialmente, que impide la observación de terceros y que posibilita el libre ejercicio de la privacidad doméstica y en el que, en fin, se desarrollan los tres procesos que arriba hemos señalado. Pero, y esto es fundamental, presupuesto de la lesión del Hausrecht no es tan solo la entrada o permanencia en la esfera local, sino que tienen que ser menoscabadas las funciones sociales que en su seno se desarrollan (89).

Expuesta, en líneas generales, la tesis de SCHALL, en último lugar debemos someter a crítica la propuesta funcionalista en relación al contenido del injusto del delito de allanamiento de morada. Por poderosas razones no podemos enjuiciar en este trabajo la doctrina del funcionalismo sociológico y su repercusión en el campo jurídico, y especialmente, en el Derecho penal. Se podría objetar al análisis funcionalista, con HABERMAS, especialmente a la concepción de LUHMANN, que el contenido sociológico de su verdad tiene que ser medido en atención a la contribución que aporta "a la

constitución social de un mundo ordenado con sentido", que el cri-
terio de validez propugnado por éste se reduce a la eficacia social,
que su planteamiento rechaza toda fundamentación en el ámbito del
deber ser en pro de una razón reduccionista sujeta a las reglas me-
cánicas de una sociedad sin disfunciones ni desajustes (90). Pero
el objeto de la presente investigación nos impide toda crítica gene-
ral y es en tema de violación de domicilio donde se tienen que cen-
trar las presentes consideraciones.

La primera crítica a esta posición deriva de su posible
contradicción con el principio de tipicidad, y por ende, con el de
legalidad. El art. 123 del StGB (y el art. 490 del C.p.) no exige
que se altere ninguna de las funciones sociales enunciadas a través
de la entrada o la permanencia del tercero en la morada del titular.
Basta que esta conducta (activa o pasiva) se realice contra la volun-
tad del morador. En palabras de OSTENDORF, el tenor literal de la
ley se sitúa en la voluntad exteriorizada del titular y no en el
ejercicio de la función correcta (91). Razones de seguridad jurídi-
ca abogan en contra de aquella interpretación, pues, ni está demos-
trado que el tipo examinado cumpla las funciones de garantía de los
procesos enunciados, y aunque esto fuese así, existiría siempre la
duda razonable de si en el caso concreto se produce un menoscabo de
los mismos.

Pero prueba de la insostenibilidad del planteamiento ex-
puesto la encontramos en la rectificación de AMELUNG. Sabido es que
el mentado autor contribuyó notablemente en el desarrollo de teoría
sociológico-funcionalista en el marco de la disciplina jurídico-pe-
nal, y que sus tesis, como hemos apuntado, fueron recogidas por
SCHALL y aplicadas en el examen del delito de allanamiento de mora-
da. El autor mostró su plena conformidad respecto de las tesis de-

fendidas por este último en un trabajo publicado por ambos en 1975 (92). Sin embargo, recientemente (93) AMELUNG muestra su disconformidad con los postulados de SCHALL y adopta una nueva posición al respecto.

La crítica de AMELUNG, en lo que aquí nos interesa, parte de la propia base. Para SCHALL la vivienda sirve a unos determinados procesos sociales que acentúan la categoría del bien jurídico protegido (socialización de los niños a través de la familia, relajamiento y descarga ante las presiones sociales, libre desarrollo de la personalidad como presupuesto de la identificación personal en sociedad). Pero no logra explicar convincentemente por qué en el delito de allanamiento de morada se menoscaban esas funciones precisamente a través de una entrada o de una permanencia contra la voluntad del morador (94). Desde el propio análisis funcionalista no se explica muy bien por qué conductas, irrelevantes penalmente, que pueden entorpecer de forma más grave alguno de los procesos enumerados están libres de la amenaza sancionatoria y sin embargo una simple entrada en el lugar protegido acarrea consecuencias jurídicas bien distintas. Imagínese, por ejemplo, los modernos apartamentos con "tabiques de papel", donde la televisión del vecino no contribuye demasiado a la descarga de las tensiones sociales. Ante tal supuesto el Derecho penal no ha colaborado a solucionar un problema que afecta al desarrollo de un determinado proceso que, sin embargo, cuando presuntamente es atacado de forma diferente (y en muchos casos, menos grave) el instrumento punitivo representa la respuesta ideal para preservar el menoscabo de la función. Entonces, o el Derecho Penal no es todavía un medio adecuado para solucionar problemas organizativos sociales, o el bien jurídico protegido hay que concebirlo de forma diferente.

En definitiva, la tesis de SCHALL representa un análisis serio respecto a las funciones y procesos que desempeña la vivienda en nuestra sociedad. Puede ser también un ensayo sobre los presuntos fines y objetivos que el legislador ha tenido en cuenta para castigar ciertas conductas, pero de lege lata, y atendiendo a los requisitos típicos exigidos por nuestro actual art. 490, sus presupuestos tienen que ser rechazados. SCHILD ha sabido canalizar la crítica en sus propios términos: "Entonces no hay nada que objetar contra la interpretación teleológica, es razonable y absolutamente capaz de mostrar el contenido sustancial de una disposición penal. Sin embargo existe siempre el peligro de desatender la formulación del tipo penal y extender, a causa del bien jurídico, la tipicidad y con ello, la punibilidad" (95). Con todo, esta teoría ha tenido eco en la doctrina alemana. Autores como BERNSMANN, SCHÄFER, OSTENDORF o RUDOLPHI aceptan los presupuestos apuntados, si bien "por buenas razones el legislador ha formalizado la protección de la esfera privada y del secreto, de tal forma que ya toda entrada ilegítima en este ámbito delimitado localmente satisface el tipo" (96).

La reciente tentativa de AMELUNG de continuar el método funcionalista para la determinación del bien jurídico protegido, no se aleja mucho, al fin y al cabo, de una concepción formal del Hausrecht. En efecto, el autor mantiene que el objeto de protección inmediato en el allanamiento de morada es un territorio físicamente asegurado, donde se protege el interés en la seguridad de las personas y bienes materiales; y todo ello para proporcionar al individuo, en definitiva, los presupuestos indispensables para desarrollar una libertad potencial (97).

Como podrá comprobarse más adelante, entre esta posición y la que mantienen los autores anteriormente mencionados, apenas si hay distancia. El entendimiento del objeto de protección en el delito de allanamiento de morada ha dejado de ser funcionalista según el propio AMELUNG lo contempla recientemente.

7º) El derecho a la intimidad como bien jurídico protegido

En la actualidad, la opinión mayoritaria, es aquella que considera el derecho a la intimidad como auténtico objeto formal del delito de allanamiento de morada (98). También es cierto que la problemática sobre el contenido, naturaleza y límites del mentado derecho ha sido, y sigue siendo, profundamente estudiada desde todas las ramas del saber jurídico (Filosofía del Derecho, Derecho Penal, Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho Financiero...etc.). Una simple ojeada sobre las últimas monografías y artículos dedicados al tema nos muestra la gran complejidad del estudio sobre cualquier cuestión que, frontal o tangencialmente, afecte al ámbito jurídico de la privacidad, tanto dentro como fuera de nuestras fronteras.

Dicho esto, se puede entender que no es éste el lugar adecuado para intentar despejar toda duda sobre el significado y determinación del derecho a la intimidad. Nuestra tarea, a este respecto, es mucho más limitada. Tenemos, pues, simplemente una pregunta a resolver, esta es, si es cierto que la esfera privada de actuación, el derecho a la vida privada, puede integrar el objeto de protección del delito tipificado en el art. 490 de nuestro vigente Código penal. Sea afirmativa o negativa la respuesta, el resultado al que se llegue exige, necesariamente, cierta justificación, que a es

tas alturas del capítulo se presenta como sala de recepción de nuestra toma de posición.

1. Punto de partida debe ser, por tanto, el desvelar el entramado terminológico utilizado por los diferentes autores para designar ciertos contenidos en relación con los diferentes aspectos que integran una zona reservada de la persona, donde ésta se desenvuelve fuera del marco en el que actúa el control público. Son frecuentemente utilizados términos como "protección de la intimidad o del ámbito privado", "zona de reserva", "privacidad", "privacy", "parcela de quietud y tranquilidad", "esfera íntima, privada, de confianza o del secreto", "vida privada" o, el más utilizado entre los juristas españoles, "el derecho a la intimidad" (99), si bien ello no significa que todos sean homologables en cuanto a su significación se refiere.

En consecuencia, se deben deslindar, aunque superficialmente, los diferentes contenidos de las expresiones más usuales en materia de privacidad.

2. El término anglosajón "privacy" es, quizás, el más acuñado científicamente, aunque solo sea por la enorme tradición que lo avala. En efecto, es hoy comúnmente aceptado que la primera (o al menos, la más relevante) investigación en el marco teórico sobre el derecho a la vida privada fue realizada por los juristas anglosajones WARRENS y BRANDEIS en 1890 relativo al right to privacy (100). En esta primera concepción del ámbito individual de actuación, la persona es contemplada en dos planos diferentes: como miembro de la sociedad, como elemento integrante de la comunidad política, de un lado; y como sujeto privado, al cual se le reconoce una parcela donde éste

pueda desenvolver su conducta sin someterse al control social, de otro. De aquí se desprende, que en esta doctrina las relaciones humanas son concebidas en dos polos diferentes y casi antagónicos: lo público y lo privado, si bien uno y otro son complemento indispensable exigido por su propia estructura semántica y conceptual (101). En este contexto, la privacy es un componente esencial del propio sistema democrático, pues éste, según WESTIN, reposa sobre la publicidad como medio de control del gobierno y sobre el respeto a la vida privada como defensa de la vida de los grupos y los particulares (102). La privacy aparece entonces como un presupuesto básico de las libertades constitucionales, y esta idea ha sido acentuada desde su origen por la primera doctrina americana, de tal forma que es imposible hablar de privacy sin unir dos aspectos: derecho a la vida privada, de un lado, y relaciones sociales de las que aquél se alimenta, de otro. Dirá RIGAUX que vida privada y estructuras públicas son inseparables (103).

La privacidad (traducción de la palabra privacy no contemplada en nuestro Diccionario) es entendida como un sentimiento que deviene en valor, plasmado en una especie de derecho subjetivo y que supone una relación (103 bis). Este sentimiento consiste en la creencia individual de la existencia de una barrera ideal donde el sujeto mantiene fuera del alcance de las fuerzas sociales ciertos datos, ciertos comportamientos, ciertas formas de ser. Este sentimiento personal crea a su vez otro de respeto respecto de la zona privada de los restantes ciudadanos, que al generalizarse en nuestra moderna sociedad lo eleva a la categoría de valor cotizado y reconocido social y jurídicamente. El ciudadano, como tal, goza de una facultad de no injerencia, libertad negativa que es esgrimible como defensa jurídica frente a todos.

Aparecía así un nuevo derecho subjetivo sui generis que en 1873 definía el juez Cooley como the right to be let alone (104), derecho a ser dejado solo, derecho a vivir en paz. Este derecho, como dirán WARRENS y BRANDEIS, es diferente del derecho a la vida, a la propiedad, es una prerrogativa donde al hombre se le reconoce su naturaleza espiritual, sus sentimientos e intelecto. A la persona humana se le concede la posibilidad de retraerse del mundo en busca de un lugar donde aquella encuentre soledad e intimidad. El right to privacy no descansa ya en el principio protector de la propiedad privada, sino en el de la inviolabilidad de la persona.

Pero, en última instancia, la privacy siempre supone una relación dual, entre dos personas, dos grupos o bien entre un grupo y una persona. El sujeto pasivo necesita en el plano lógico de otro polo que sirve como punto de referencia para establecer "ante quien" se mantiene la actitud de reserva, porque, como estamos señalando continuamente, la intimidad (en el sentido apuntado) requiere la existencia de presiones sociales de sometimiento y posibilita, por tanto, el aislamiento del individuo encaminado a reducir la necesidad de actuar de aquél conforme a los criterios de aprobación del grupo donde se desenvuelve.

En esta primera fase de la elaboración científica de la privacy ésta es enfatizada en el mundo anglosajón con tremenda sensibilidad. "Lo sagrado es puesto aparte, aislado, es intocable, excepto por gente especial con dispensas especiales, e inspira un respeto que exige que se mantenga una distancia. Puede decirse, sin exageración, que el derecho a la intimidad afirma la sacralidad de la persona" (105). El derecho a ser dejado en paz no es ni más ni menos

que un reflejo de la inviolabilidad personal, que puede ser transgredida cuando el individuo deja de ser ignorado, perdiendo su soledad deseada. De esta forma la privacy del primer periodo es una representación de la aureola mágica que jurídicamente rodea al sujeto para conseguir el respeto a su tranquilidad en el aislamiento y evitar el sufrimiento mental.

Pero ulteriormente el respeto a la vida privada ha evolucionado en Estados Unidos y en la actualidad, sin perder de vista el carácter insatisfactorio de toda clasificación, aquél se manifiesta en cuatro categorías de derechos subjetivos (106): a) El derecho a la soledad (manifestación clásica), b) El derecho a la vida privada ejercido en el interior de asociaciones o comunidades libremente constituidas, c) El derecho de tomar solo las decisiones dentro de la esfera propia de la intimidad personal, y d) El derecho a comunicarse con otro y la protección del secreto de la comunicación.

De ahí se deduce que, además de los aspectos negativos y puramente descriptivos de aislamiento de la compañía, de la curiosidad y de la interferencia de otros; la privacy implica un elemento normativo: El derecho al control exclusivo del acceso a la esfera privada (107). Esta nueva dimensión de la privacidad se contempla a sí misma desde un prisma positivo: como presupuesto referido a la entera gama de libertades individuales (108).

Dicho esto, y dado que no existe ninguna palabra castellana que por sí sola pueda traducir toda la carga semántica del vocablo inglés privacy, se puede delimitar su contenido como autonomía o dominio, designando la expresión el ámbito donde el individuo puede tomar decisiones sin riesgo de injerencias exteriores. El right

of privacy, en su esencia misma consiste en reclamar el ejercicio de un derecho de apropiación contra toda agresión exterior sea pública o privada (109).

3. En Europa, en cambio, fue a partir de la Segunda Guerra Mundial cuando los autores (especialmente los alemanes) comienzan a elaborar científicamente una teoría del derecho a la intimidad que explica su necesaria autonomía de otros derechos y que le proporciona cierto contenido material (110).

El presupuesto metodológico del que parten HUEBMAN y HENKEL (111) (primeros y más relevantes autores en la elaboración científicojurídica del Derecho a la intimidad) tiene su origen en la afirmación de un derecho general de la personalidad (Das allgemeine Persönlichkeitsrecht) que encuentra su reflejo legal tanto en el art. 2 de la Ley Fundamental (GG) como en el art. 823 del Código Civil alemán (BGB). Tomando esta premisa, su tarea se dirige, en primer lugar, a intentar descubrir la clase y la extensión de la protección que otorga el Derecho a esos bienes de la personalidad cuando éstos son agredidos a través de intromisiones en la vida privada de los ciudadanos. Se trata, pues, de cristalizar los valores dignos de protección que son comprendidos en el concepto de "Privatleben" (vida privada, en una primera traducción literal). Pero dicho término, como valor protegido por el derecho, debe ser definido más exactamente, pues se entiende que con la expresión de que la individualidad y el ámbito propio de la personalidad debe ser asegurada, no se muestra todavía suficientemente el contenido y la significación del bien protegido. Para intentar desvelar este contenido y significación, formulan los autores la famosa teoría de las esferas.

Señala HUEMANN (112), que para poder examinar la clase y extensión de la protección de los bienes de la personalidad, es necesario, según la propia naturaleza de esa personalidad (que de una parte aparece como individual, y de otra en conexión con la comunidad), diferenciar tres círculos de protección: la esfera individual (Individualsphäre), esfera privada y esfera del secreto (Privatsphäre y Geheimsphäre).

En efecto, se parte de que la personalidad humana se desarrolla parte a la luz del público, y por tanto en estrecha relación con la sociedad; parte en el ámbito privado y parte en la hermeticidad del secreto. Según sea el espacio donde se desenvuelve la conducta del individuo, el Derecho ofrece una distinta protección, pues una misma acción puede representar un ataque a la personalidad del sujeto o ser totalmente inocua según sea el marco de actuación de aquél donde dicha acción incida.

Así, la esfera individual protege la forma de vida sui generis del particular en sus relaciones sociales, en su conexión con el mundo. Por tanto el Derecho no puede garantizar a aquél contra toda molestia o acción nociva derivada de esa comunicación con la oficialidad de la vivencia humana, sí contra ciertos menoscabos que dificultan su propia identidad personal o sus más elementales características humanas en relación a su actuación en el seno de la comunidad. Así, el ordenamiento jurídico garantiza en esta zona el derecho al propio nombre y al honor.

La esfera privada comprendería la vida de todos los días, tal y como se manifiesta en el círculo profesional, de la familia, amistad, etc. Aquí se protege la inviolabilidad de la persona en su

retramiento del mundo, para posibilitar su libre desarrollo fuera del control social.

Por último, en la esfera del secreto se encuentran todos aquellos aspectos relevantes que el sujeto quiere mantener fuera del conocimiento público y también privado. En este espacio se protege la inviolabilidad del secreto y de las comunicaciones.

En la concepción de HUBMANN las esferas serían concéntricas y habría cierta comunicación entre ellas, pues los límites exactos son imposibles de conocer.

De estas tres esferas, la más relevante para el presente estudio es la esfera privada, en la que profundizó HENKEL.

El autor subdivide la esfera privada a su vez en tres espacios concéntricos, la esfera privada en sentido estricto, la esfera de confianza y la esfera del secreto (que anteriormente no era componente específico de aquella) (113).

El círculo más externo comprende la Privatsphäre como el concepto que muestra dicho ámbito en su totalidad. En tal sentido aquí se encuadra a la persona en conexión con las relaciones y sucesos de su propia vida que desea mantener fuera de la curiosidad e impertinencia de la generalidad y que, en atención al propio reconocimiento de su personalidad, el Derecho le concede especial protección. Pero estos asuntos, sucesos y relaciones son públicos, esto es, que sirven fines sociales o profesionales o que, como manifestaciones de la vida individual, son visibles para un indeterminado círculo de personas o para la generalidad. Dentro de ésta entraría, por ejemplo, el derecho a la propia imagen. Sin embargo, este tipo

de injerencias (fotografías no consentidas en un lugar público) caen fuera del marco típico trazado por los delitos de indiscreción y por tanto no son abarcados por la garantía penal.

La siguiente superficie concéntrica, pero de menor radio, viene delimitada por la esfera de confianza o confidencialidad (vertrauenssphäre o vertraulichkeitsphäre). En ésta son recogidas todas las manifestaciones de la vida del individuo que son compartidas con un número determinado de personas; con las que, evidentemente, el sujeto mantiene cierta confianza. Formarían parte de este espacio todas aquellas noticias, conversaciones y eventos que con emitidos a otras personas, conocidos o amigos, bien sea de forma oral o escrita. También correspondería con las conversaciones mantenidas en el orden profesional, por ejemplo, las relaciones entre abogado y cliente. La protección abarcaría, pues, el secreto epistolar y profesional.

La última esfera concéntrica que se forma dentro de la Privatsphäre es la esfera del secreto (Geheimsphäre), y de menor radio. Aquí se incardinarian todas aquellas acciones individuales, pensamientos y sentimientos del titular que son puestos fuera del conocimiento incluso de las personas más allegadas a él. Por esta razón, la defensa ante las intromisiones a esta esfera es más contundente y mayor la intensidad de protección por el Derecho que en el resto de los supuestos (114).

Para terminar esta concisa descripción de la teoría de HUEMANN y HENKEL, se debe señalar la flexibilidad que alcanza cuando se aplica al caso concreto. Un hecho tendrá la categoría de público, privado o secreto dependiendo del sujeto en concreto y del

entorno social donde éste actúe. El volumen de cada esfera variará de persona en persona y también de situación en situación. A su vez, el consentimiento juega un papel fundamental en la configuración del espacio protector desarrollado por el Derecho. Con todo esto, simplemente se está desvelando una de las notas esenciales que delimitan el contenido del derecho a la vida privada, y esta es la que hace referencia a la relatividad conceptual de todos aquellos aspectos que subyacen en su seno. De ahí se desprende la gran dificultad para establecer los límites precisos que determinen su materialidad y significación (115).

Con posterioridad, BRICOLA ha profundizado en la teoría germánica, si bien inscribiendo su planteamiento en el Derecho italiano. Dentro de la esfera privada realiza una distinción entre el derecho a la reserva (diritto alla riservatezza) y el derecho a la vida privada (diritto al rispetto della vita privata). El interés a la reserva, según el autor, es sucesivo respecto al interés de la vida privada. En el primero, la persona queda protegida ante la actividad de personas allegadas que desean sacar a la luz pública ciertos actos, noticias, o acontecimientos que el titular mantiene "en reserva", ocultos al dominio público. En el segundo, sin embargo, se protege al individuo frente a cualquier actividad dirigida a conocer o descubrir esos actos, eventos o acontecimientos que integran la vida privada del afectado, con independencia de cual sea la finalidad perseguida con esa actividad.

En este se pone el acento en la mera interferencia externa en la vida privada, en aquél, en la divulgación de noticias legítimamente adquiridas (116). De esta forma, el derecho a la reserva protegería el secreto profesional, especialmente en relaciones de

confianza entre facultativos y clientes; mientras que el derecho al respeto de la vida privada englobaría, entre otros, el secreto de la correspondencia, las conversaciones privadas y la inviolabilidad del domicilio, si bien dicha inviolabilidad del domicilio solo abarcaría aquellas conductas que tengan lugar dentro del espacio calificado como morada y, lógicamente, conductas de carácter material (117).

4. La teoría de las esferas ha tenido una fuerte repercusión en la Europa occidental. Sin duda alguna, como modelo teórico-explicativo de las diferentes relaciones entre derechos de la personalidad, de una parte, y mecanismos de protección por el Derecho de esos bienes, de otra; la tesis de los diferentes grados de soledad es bastante coherente. La abstracción que proporciona la teoría de las esferas es útil pues aporta un criterio sistemático lógico que puede ser aprovechado para clasificar cierto tipo de conductas en orden al bien jurídico atacado. El esquema teórico reseñado conjuga muy bien los dos aspectos claves de la personalidad humana, carácter individual que diferencia a los hombres entre sí y elemento social que circumscribe al ciudadano como miembro de la comunidad. De esta forma, la garantía jurídica que proporciona el ordenamiento va a ser diferente según sea la faceta de la personalidad atacada, atendiendo a la gravedad de la lesión que será de mayor intensidad en el espacio de actuación más interno.

También es de destacar, como nota positiva de esta formulación, que salva con bastante éxito el problema derivado de la relatividad del contenido de cada uno de los intereses jurídicos protegidos, si bien es cierto que dicho contenido esencial, por la

propia estructura de estos bienes, siempre va a adolecer de cierta indeterminación.

Pero las críticas también han sido frecuentes en estos últimos años. Así, MORALES PRATS (118) muestra sus dudas en cuanto a la distinción entre la esfera individual y la privada, y, por tan to, la ubicación que se le otorga al derecho al honor; además de echar en falta el momento positivo del derecho a la intimidad, como pilar básico de las estructuras político-jurídicas tal y como ocurre en los países anglosajones.

MADRID CONESA también ha puesto en duda la virtualidad de esta teoría para poder explicar las modernas manifestaciones del derecho a la intimidad (119). La crítica realizada por el autor se centra principalmente en el hecho de que el concepto de esfera privada no puede mantenerse en pie por su excesiva relatividad (tempo-espacial, individual, social y normativa), y porque no tiene en cuenta los cambios producidos últimamente en las estructuras sociales y estatales. Todo ello lleva al autor a desechar este esquema ex plicativo y asumir la moderna teoría sociológica de los papeles de P. MÜLLER (120).

Sin ánimo de polemizar, simplemente matizar que el problema de la relatividad de una teoría que intente establecer un con cepto de derecho a la intimidad es insalvable, pues como ya se ha manifestado anteriormente, esta nota es inherente a la propia estruc tura lógica de la noción del derecho a la vida privada. Por otra parte, el autor citado se mueve dentro de la problemática de la in formática, ámbito que por su complejidad no puede ser tratado en es ta investigación.

También queda reflejado que la categoría de la privacy no es totalmente equivalente con la Privatsphäre. Aquella, por las peculiaridades propias del sistema constitucional americano, se concibe de forma más amplia, como resultado de una serie de libertades públicas que constituye un pilar básico de la estructura política del mundo anglosajón (121). La Privatsphäre, como señalábamos anteriormente, parte de un ámbito más restringido, cual es el derecho general a la personalidad y a partir de ahí se establece cada grado de protección en atención a la posición respecto al alejamiento o acercamiento que ocupe el individuo en cada caso en concreto. No obstante, no se puede negar que la zona que mantienen en común ambas formulaciones es mucho mayor que el espacio de diferencia. El right of privacy se asemeja bastante, con las salvedades apuntadas, a la esfera de confianza y del secreto dentro de la tesis de HENKEL, o al derecho al respeto de la vida privada (incluido el de reserva), de BRICOLA.

De esta forma, tenemos localizado, aún muy superficialmente, los diferentes contenidos similares a nuestro derecho a la intimidad en aquellos ordenamientos donde se ha elaborado científicamente una teoría bastante sólida del derecho a la vida privada. El paso siguiente consistirá en intentar desvelar el significado que nuestra doctrina y jurisprudencia atribuye al derecho a la intimidad en conexión con lo que hasta ahora se ha venido desarrollando.

5. En nuestra doctrina se ha seguido, por cierto sector, el modelo de las esferas, si bien con ciertas matizaciones (122). De todo el elenco de definiciones que aportan los autores españoles, parece deducirse que el término unánimemente utilizado del "derecho a la intimidad" coincide, salvando algunas diferencias de matiz, con las

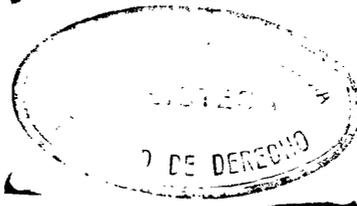
denominadas esfera de confianza y del secreto en HENKEL o el derecho al respeto de la vida privada de BRICOLA (123). Así, los elementos comunes que presentan todos los conceptos del mentado derecho aportados por nuestra doctrina son los siguientes:

a) En primer lugar, un elemento negativo, esto es, la ausencia de injerencia exterior, el impedimento de intromisiones, el ser dejado en paz.

b) La barrera negativa dependerá del consentimiento del sujeto, en cierta medida. Se enfatiza el hecho de que sea la persona quien determine las posibilidades de acceso del mundo exterior en su ámbito personal. La nota de la relatividad está presente en toda definición sobre el derecho a la intimidad, como, por cierto, es evidente.

c) En algunas definiciones se observa también la presencia de un elemento normativo, y es el que el aislamiento del individuo de la sociedad no es caprichoso, se enfatiza el derecho al control exclusivo sobre la esfera privada. Se acentúa que esa zona reservada sirve, a su vez, de presupuesto para que el ser humano encuentre las posibilidades de fomento y desarrollo de su personalidad (124).

Pero ocurre, además, que el derecho a la intimidad adquiere en nuestro país especial significación, en primer lugar, porque se ha plasmado constitucionalmente como derecho fundamental en el art. 18.1º: "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen". Con esta declaración constitucional (muy poco frecuente, salvo constituciones muy modernas, en los ordenamientos



jurídicos occidentales) no cabe duda que el citado derecho toma carta de naturaleza entre aquellos que son calificados como "fundamentales" con ciertas consecuencias de especial relevancia (125), entre las que se pueden destacar, las siguientes (126):

- a) Vincula a todos los poderes públicos y solo por ley (que en todo caso deberá respetar su contenido esencial) podrá regularse el ejercicio de este derecho (art. 53.1. de la CE).
- b) Las leyes que desarrollen este derecho han de ser orgánicas (art. 81 de la CE).
- c) Se protege este derecho mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 de la CE). Además, según se desprende del propio precepto, todo ciudadano podrá recabar la tutela de este derecho ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y su mariedad.
- d) El derecho a la intimidad es declarado expresamente por el Texto Fundamental como límite en el uso de la informática (art. 18.4. CE) y, entre otras, en el ejercicio de la libertad de expresión (art. 20.4).

Con todas estas precisiones, observamos que el derecho a la intimidad personal y familiar sigue manteniendo todavía un contenido demasiado abierto para poder ser encuadrado y calificado dentro de una categoría específica de bien jurídico. No obstante, se puede recurrir al auxilio de la legislación de desarrollo y del intérprete constitucional.

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, en su Exposición

de Motivos, señala: "Además de la delimitación que pueda resultar de las leyes, se estima razonable admitir que en lo no previsto por ellas la esfera... de la intimidad personal y familiar... esté determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la Sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento".

En el espíritu de la ley se refleja de nuevo los principios que guían el modelo teórico de las esferas de HUEMANN y HENKEL, pues el contenido del derecho a la intimidad viene determinado según pautas espacio-temporales de carácter social que establecen aquello que es considerado público, privado o secreto; y por la propia actuación del sujeto; puesto que es éste quien con su comportamiento, y en definitiva, con su voluntad (bajo ciertos límites) crea la barrera protectora del derecho respecto de ciertos actos calificados como íntimos (127).

En cuanto a nuestro Tribunal Constitucional (TC), tenemos que reflejar su labor interpretativa en materia de derecho a la intimidad en las líneas que siguen. En la Sentencia n.º: 73/1982, de 2 de diciembre define la intimidad como el ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren (FJ n.º: 5), en el auto n.º: 17/1985, de 17 de abril señala que: "el derecho a la intimidad que reconoce el art. 18.1 de la CE, por su propio contenido y naturaleza se refiere a la vida privada de las personas individuales, en las que nadie puede inmiscuirse sin estar debidamente autorizado..." y, en fin, en el Auto n.º: 642/86, de 23 de julio precisa el Alto Tribunal: "el derecho a la intimidad parte de la idea originaria del respeto

a la vida personal y familiar, la cual debe quedar excluida del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado". (FJ n°: 3).

En estas primeras formulaciones podemos observar ese elemento de exclusión que define el propio concepto del derecho a la intimidad. El TC se refiere a un ámbito o esfera de la vida privada prohibido a la injerencia e intromisión (128). Pero, como no podría dejar de ser, el consentimiento del individuo en cuanto al conocimiento ajeno de sus actos, pensamientos, noticias, etc. es totalmente determinante para elaborar el contenido del ámbito de intimidad "salvo autorización del interesado" señala el Alto Tribunal. Hasta aquí la posición adoptada es muy similar a la mantenida por la doctrina científica, muy parecida, por cierto, a la primera definición propuesta por el juez COOLEY : the right to be let alone, el derecho a ser dejado en paz.

Pero, paradójicamente, el TC lleva a un relativismo tal el derecho a la intimidad, que prácticamente lo deja vacío de contenido. En la famosa Sentencia 2/1981 de 30 de enero (FJ n°: 7) señala que: "el derecho a la intimidad no padece cuando los tribunales determinan la intención subjetiva necesaria para apreciar una figura delictiva". En la STC 37/82, de 16 de junio establece que: "es irrelevante el interés del recurrente en que un acuerdo de suspensión se mantenga en secreto cuando existe un evidente interés público en su conocimiento" (FJ n°: 3) y en el Auto 851/1985 de 4 de diciembre (FJ n°: 6) declara: "El reconocimiento constitucional del derecho a la intimidad no padece cuando los Tribunales, en el ejercicio de las funciones que tienen constitucionalmente encomendadas, enjuician conductas personales que pueden resultar subsumibles en alguna de las

causas de separación previstas en las normas civiles". (129).

De estas resoluciones se desprende que el Tribunal Constitucional dá cierto valor al consentimiento del ofendido para delimitar el ámbito de privacidad de éste, pero, con toda lógica, la voluntad del sujeto tiene límites. El sentimiento de intimidad del individuo es requisito necesario para construir la superficie de la esfera de privacidad, pero no suficiente. Para calificar acontecimientos, datos, hechos, etc. de privados o íntimos deben tenerse en cuenta consideraciones objetivas aportadas por la valoración social en concreto y por el propio ordenamiento jurídico.

Hasta aquí, se puede decir que el método interpretativo del Defensor Constitucional es irreprochable. Pero existen algunas resoluciones que ponen en tela de juicio el planteamiento adoptado.

En la decisión STC 22/1984, de 17 de febrero el Tribunal afirma la falta de definición en sede interpretativa de los perfiles del art. 18 de la CE (FJ nº; 9), no obstante, y refiriéndose al art. 18.2 de la CE (inviolabilidad del domicilio) establece que el objeto de protección de dicho precepto es la defensa del ámbito donde se desarrolla la vida privada de la persona, pues (afirma), existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro en un domicilio (art. 18.2) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad (art. 18.1) (FJ nº; 2). Curiosamente entiende que se ha producido una lesión en el derecho del recurrente a la inviolabilidad del domicilio, y por tanto, en su derecho a la intimidad porque los ejecutores de las decisiones administrativas no se sujetaron a los requisitos exigidos en el art. 18.2 de la CE. Consecuentemente, si se hubiesen cumplido esos requisitos

legales no habría lesión de ese ámbito de privacidad señalado por el TC. Es extraño, pues, que el cumplimiento de unos meros requisitos procesales (quedando claro que el ingreso en el domicilio ajeno no fue caprichoso) decidan la existencia o inexistencia del derecho a la intimidad. De ahí se extraen dos posibles respuestas: o la inviolabilidad de domicilio comprende algo más que el respeto a la esfera íntima del sujeto protegido, o el derecho a la intimidad no existe cuando una injerencia se produce bajo determinados presupuestos. En las siguientes consideraciones aclararemos esta cuestión.

En la famosa Sentencia 110/84, de 26 de noviembre, el Tribunal (entre otras cosas) se plantea si entran dentro del ámbito de intimidad protegido constitucionalmente los datos relativos a la situación económica de una persona. Se trataba de averiguar si la Administración podía exigir informaciones a los contribuyentes sobre aspectos económicos de los mismos en orden a averiguar la cantidad real que tenían que entregar al Fisco para satisfacer el cumplimiento de sus obligaciones financieras. Como ha señalado SANTAMARIA PASTOR (130), ante esta pregunta teórica planteada por el propio Tribunal en la Sentencia, solo caben tres respuestas: a) tales datos no forman parte de la intimidad, luego pueden ser exigidos por la Administración tributaria. b) forman parte de ella, y no pueden ser conocidos por dicha Administración y c) forman parte del ámbito de intimidad de la persona, pero la injerencia está justificada por imperativos constitucionales. La tercera de las respuestas, que parece ser evidente, no es adoptada concluyentemente, no se desvela, en síntesis, de los fundamentos 3º y 5º que es donde se plantea principalmente dicha cuestión. Solamente en el Fundamento Jurídico 8º, implícitamente, admite que: "es posible que la actuación inspectora pueda

en alguna ocasión, a través de la investigación de documentos o de antecedentes relativos a los movimientos de las cuentas bancarias, interferirse en aspectos concretos del derecho a la intimidad", si bien luego determina que solo alcanza la protección a las injerencias "arbitrarias" o "ilegales".

Aunque no sea rotundo el contenido que el Tribunal Constitucional delimita en el derecho constitucional a la intimidad, de las resoluciones examinadas parece deducirse que los hechos, antecedente, datos, noticias, etc. integrarán la zona de privacidad según cual sea la función que el tercero les proporciona. Si esta función está desarrollada conforme al derecho, el acontecimiento pierde su consistencia de reserva y desaparece, por tanto, de la esfera íntima.

Este planteamiento, que se acerca mucho a la formulación de P. MÜLLER sobre la teoría sociológica de los papeles en materia de derecho a la intimidad e informática (131), puede ser un tanto peligroso. En efecto, afirmar que un hecho forma parte o no del espacio íntimo del sujeto según su virtualidad funcional marcada por criterios legales, significa que el ordenamiento jurídico, a través del mismo, puede negar todo ámbito de privacidad del individuo en beneficio de criterios e intereses de carácter público y general. Sin negar esta primacía del interés general sobre el particular en múltiples casos, se corre el riesgo de caer en una instrumentalización del ciudadano a nivel conceptual en el sentido de que, en determinados supuestos, a éste se le niega, a nivel teórico, la parte más reservada de la manifestación de su conducta, y de su propio ser, con todas las consecuencias que ello pueda deparar. De otra parte, y dado que existe una gran indeterminación del contenido del derecho a la intimidad, la ponderación que niega el carácter de reserva de de-

terminados aspectos personales en favor de ciertos bienes públicos, entra dentro de los cauces de la inseguridad jurídica.

En estas y otras resoluciones, el TC está afianzando una doctrina, bastante difusa, donde implícitamente aparece una distinción entre intimidad y vida privada, ámbito de reserva o similares expresiones, y el derecho a la intimidad. Este no sería violado siempre y cuando la injerencia estuviese justificada, y dicha justificación viene determinada en la medida que la interferencia en la vida privada del individuo no fuese ni arbitraria ni ilegal. Y esta interpretación tiene su apoyo, según el TC, en el art. 17.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Pacto de Nueva York), ratificado por España, y que juega como criterio hermenéutico obligado de acuerdo con el art. 10.2 de la CE, disposición que establece: "Nadie podrá ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación" (art. 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966). La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, adoptó este criterio y en su art. 8.1 señala que no constituyen agresiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley (STC 110/84, FJ nº: 8) (132).

El Tribunal Constitucional en definitiva, hace lo que tiene que hacer, resolver en el caso concreto. Sus soluciones están más cercanas del aspecto resolutivo inmantado por la justicia material, e incluso por consecuencias políticas globales, que de la elaboración de un modelo teórico coherente y consistente. Bajo estos presupuestos, difícilmente se puede extraer de sus decisiones el con

tenido y naturaleza del derecho formulado en el art. 18.1 de la CE. Este queda implícitamente diseñado como un ámbito reservado de la persona vedado a intromisiones e injerencias de los demás. El derecho a la intimidad abarcaría tanto la esfera privada como la esfera íntima del sujeto, si bien en algunas resoluciones (quizás por miedo a las consecuencias políticas y prácticas que pudiesen derivar) relativiza peligrosamente ese espacio de reserva.

De todo lo expuesto, se pueden extraer ciertas consecuencias que delimitan el contenido del derecho a la intimidad y posibilitan el examen de dicho derecho como presumible objeto de protección del delito regulado en el art. 490 del Código penal.

-El derecho a la intimidad, como derecho fundamental recogido en el art. 18.1 de la CE no puede ser confundido con el right to privacy anglosajón, éste abarca un espectro de manifestaciones jurídicas más amplio que aquél. En todo caso, el derecho a la intimidad coincide tan solo en parte con la privacy, si bien es cierto que ambas nociones se acercan cada vez más en su formulación conforme aumentan los peligros de injerencia en la vida privada de los particulares a través de los nuevos y refinados sistemas tecnológicos.

-El derecho a la intimidad tiene un contenido variable y relativo, que viene determinado por diferentes factores: el querer del sujeto, el ámbito de actuación puntual dentro de los ejes de coordenadas temporal y espacial, la valoración social que corresponde a ese ámbito y el propio ordenamiento jurídico. Tampoco se puede olvidar el importante papel que juega la tradición en cada comunidad en concreto.

-Desde una perspectiva teórica e incluso didáctica, se

presenta como un ámbito, reducto, esfera, espacio u otro término similar que designa siempre la existencia de una línea divisoria entre dos campos. Uno, en el que la conducta del individuo está sometida a los focos de la luz pública, en el que cierta manifestación de su ser individual se presenta ante los demás con independencia de los deseos del sujeto, siempre que actúe en este campo; quedando así esa manifestación libre al conocimiento de los diferentes sujetos que conforman una determinada comunidad. Otro, donde el particular, porque quiere y puede, esconde su comportamiento, su actuar, u otros eventos reflejo de su personalidad peculiar fuera del alcance de los ojos, de la posibilidad de regulación o de la presencia de terceros. Exige, por tanto, dos polos que, siendo complemento ineludible uno del otro, se presentan en ciertas ocasiones de forma antagónica e incluso dialéctica: lo público y lo privado. También es de significar en los términos que venimos señalando, que la esfera privada de la intimidad reconocida jurídicamente presenta un aspecto negativo, de defensa, en cuanto que la superficie delimitadora se crea frente a la intromisión, injerencia o interferencia.

Por último, señalar que el derecho a la intimidad presenta a su vez un elemento normativo y teleológico, pues el ámbito privado de actuación individual reconocido jurídicamente representa a su vez un espacio sujeto al control exclusivo de su titular, ámbito o espacio que señala a su vez el presupuesto primario para que el individuo encuentre sus posibilidades de desarrollo personal, o dicho en otras palabras, una condición necesaria (pero no suficiente) para el libre desarrollo de la personalidad individual es aquélla que impone un reducto privado del sujeto libre de intromisiones exteriores.

6. Seguidamente se debe poner en relación derecho a la intimidad y bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada, esto es, en qué medida a través de la figura contenida en el art. 490 del C.p. se protege el espacio íntimo del morador reconocido jurídicamente. Para responder a esta cuestión deben resolverse previamente otras dos: primera, si realmente coincide el interés jurídico protegido en el delito enjuiciado con el derecho a la intimidad conceptuado líneas atrás, pues en ocasiones sucede que se utilizan determinadas expresiones con un significado y contenido diferente según los autores y sistema jurídico examinados; y segunda, si éste es violado en todas las formas de ejecución del hecho material conforme a los requisitos típicos señalados en el art. 490 del C.p.

Significa BALDASSARRE (133) que no se puede hablar de un concepto unitario del derecho a la privacy, sino que más bien se tiene que operar con tres subconceptos de dicha privacy atendiendo a los diferentes grupos de libertades civiles que vienen contenidos en el Bill of Rights (Declaración de Derechos en EE.UU.). Así, se habla en primer término, de una privacy política en una primera referencia sobre las diferentes libertades públicas contenidas en la Primera Enmienda de la Constitución americana (libertad de asociación, de expresión, de reunión, de religión y de petición).

Según dicho autor, se puede hablar también de una privacy de la esfera íntima con la intención de denotar que el comportamiento del individuo está libre del cumplimiento de las normas generales socialmente relevantes en el ámbito de sus relaciones estrictamente personales. En último lugar, se habla de una privacy personal cuando se quiere indicar una nueva dimensión de la libertad personal y de su garantía institucional.

Dentro de las categorías señaladas, la inviolabilidad del domicilio (expresión que tenemos que traducir en sentido amplio, fuera de los estrechos márgenes de la garantía jurídico política) integraría la denominada privacy de la esfera íntima. MORALES PRATS, que asume la distinción de BALDASSARRE con ciertas matizaciones, habla de la privacy de la esfera íntima stricto sensu para designar el ámbito donde se desarrollan las facultades de exclusión clásicas (entre ellas, la inviolabilidad de domicilio) y ciertos deberes de sigi- lo que nacen de relaciones confidenciales (secretos domésticos, secreto profesional). Dentro de este concepto quedaría insertada la ba- se o el fundamento de otros derechos o libertades (libertad sexual, contracepción, aborto) (134). Más concretamente, el autor señala que la intimidad domiciliaria como prolongación espacial de la voluntad del morador, constituye el objeto de protección del delito de allana- miento de morada, pues dicha intimidad domiciliaria "constituye el soporte fáctico en el cual la persona detenta un dominio del contex- to de la acción, consistente en las facultades de exclusión de ter- ceros y de garantización de unas condiciones ambientales adecuadas para el libre desarrollo de la persona en la privacy doméstica indi- vidual o familiar." (135).

Esta vinculación del objeto de protección "derecho a la intimidad" con el delito de allanamiento de morada se ha visto posi- bilitada, según el parecer doctrinal mayoritario (136), por el pro- pio presupuesto material de la figura contenida en el art. 490 del C.p.

El término "morada", el término constitucional de "domi- cilio", presupone la existencia de un espacio cerrado o en parte abierto, separado del mundo exterior, de tal forma que su propia es

estructura física pone de manifiesto la voluntad del morador de excluir a terceras personas (137). Dicho local debe estar destinado (y en él deben realizarse) al desarrollo de actividades propias de la vida privada.

El Tribunal Constitucional, para el supuesto del derecho a la inviolabilidad del domicilio, ha expresado claramente estos requisitos señalados por la doctrina, elaborando un concepto constitucional de domicilio, y así en la STC 22/84 de 17 de febrero (FJ nº: 5) señala, en relación a éste, que: "es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima" (138). Claro está, que este concepto constitucional de domicilio tiene muy pocas coincidencias con el regulado en el Derecho privado y en especial con el art. 40 del Código civil, que es de naturaleza más bien formal, a efectos de determinar el lugar donde, por consideraciones legales, se entiende que el individuo ejerce sus derechos y cumple sus obligaciones (FJ nº: 2), naturaleza formal que es trasladable también a la concepción de aquél dentro del ordenamiento jurídico-administrativo. El entendimiento del domicilio por parte del Tribunal Constitucional, viene caracterizado por su amplitud y materialidad como elementos de finitorios del mismo; sin embargo, éste último adjetivo puede desecharse cuando el titular del domicilio es una persona jurídica, pues entonces, según sostiene el TC en la STC 137/85, de 17 de octubre, la inviolabilidad domiciliaria también alcanza a éstas (139).

Sin entrar ahora en el concepto de domicilio tanto en su acepción amplia como estricta, también en los textos internacionales se ponen en consideración vida privada con el espacio físico donde reside el sujeto. El art. 12 de la Declaración Universal de los Dere

chos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948; el art. 8º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 y el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tienen como común denominador el agrupar en un mismo precepto una garantía jurídica del respeto a la vida privada, a la familia, al domicilio y a la correspondencia. Tal y como señala JORGE BARREIRO (140), no puede ignorarse la relevancia que tienen los textos internacionales en la definición constitucional de los derechos humanos y libertades, pues el art. 10.2 de la CE establece que: "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

De todo lo expuesto hasta aquí, se deduce la existencia de un estrecho lazo de unión entre domicilio y derecho a la intimidad (141). Esta relación viene determinada tanto por la estructura óntica y semántica que corresponden a ambos términos, como por la propia valoración jurídica que se desprende de los textos constitucionales e internacionales. Pero ello no significa que toda injerencia en el ámbito domiciliario del particular perturbe su derecho a la intimidad, y sin embargo esta conducta puede constituir una vulneración del art. 18.2 de la CE. Con ello queremos expresar la idea de que el término "domicilio" empleado en el Texto constitucional es algo más que el ámbito físico de determinación de la esfera íntima del titular.

Por esta razón, una vez más se pone de relieve la conve-

niencia de huir del término constitucional "domicilio" inserto en el art. 18.2 y, por tanto, es obligado delimitar la labor interpretativa al término "morada" (142), si bien existen coincidencias entre ambos vocablos que justifican el haber realizado las precisiones anteriores.

Retomando, pues, el punto de partida, se señala que la morada, auténtico objeto material del delito contenido y expresado en el art. 490 del C.p., reúne dos elementos fundamentales (143): material (edificio, lugar delimitado físicamente con el mundo exterior) y otro espiritual (la proyección en ese espacio acotado de la personalidad humana). Entendida provisionalmente de esta forma, la morada coincide con la superficie de la esfera privada donde se llevan a cabo las actividades íntimas del ser humano, y a su vez, esta delimitación física impide la injerencia, impertinencia, control y observación del mundo exterior respecto del desenvolvimiento de la vida privada del morador. La morada, así descrita, proporcionaría un espacio doméstico libre donde el individuo y/o la familia actúan en su existencia cotidiana sin someterse a las reglas derivadas del control social circundante. Esta libertad de actuación que pone en relación al individuo, a su proyección personal, con un lugar donde aquella se manifiesta, y que es conocida por libertad domiciliaria (144), junto a la facultad de exclusión frente a terceros, que sería el instrumento adecuado para mantener y preservar el carácter íntimo, doméstico o al menos privado de determinados comportamientos (145), constituyen las dos notas características de la intimidad domiciliaria.

El Derecho penal protegería a través del delito de allanamiento de morada el derecho a la intimidad en la medida que apare-

ce como objeto material inmediatamente atacado un lugar que por su propia naturaleza presupone "una esfera espacial efectivamente tomada por el sujeto para el desarrollo de los actos propios de la vida privada" (146). Aún más concretamente, se relaciona el concepto de morada como presupuesto del libre desarrollo de la personalidad, pues en el interior de la misma se dan las condiciones indispensables para la creación de la esfera privada que posibilita dicho desenvolvimiento personal (147).

En resumen, la doctrina mayoritaria entiende que el bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada es la intimidad domiciliaria, como una clásica forma de expresión del genérico derecho a la intimidad. Llega a esta conclusión al tomar en consideración dos elementos (principalmente) del tipo: el objeto material, la morada, y la necesaria voluntad contraria del morador, pues de una primera interpretación de ambos términos típicos se desprenden (aparentemente) todos los requisitos esenciales que integra el amplio espectro del derecho a la intimidad.

En la propia toma de posición se discutirán y analizarán convenientemente los argumentos y criterios interpretativos hasta aquí utilizados.

7º) El bien jurídico protegido según la doctrina del Tribunal Supremo

Nuestro Tribunal Supremo ha mantenido hasta el momento presente una interpretación en materia del objeto de protección del delito de allanamiento de morada bastante paralela a la postulada por la doctrina científica. Seguidamente se exponen las directrices fundamentales que emanan de la jurisprudencia del TS en el entendi-

miento del bien jurídico protegido.

En la jurisprudencia del TS, han existido dos líneas interpretativas que se han superpuesto una a la otra a lo largo del tiempo, indistintamente. En otras ocasiones se han mantenido ambas de forma paralela e incluso en algún momento se han confundido en una fusión conceptual (148).

En determinadas sentencias, el TS ha manifestado que el objeto jurídico del delito en cuestión, no es otro que la libertad y seguridad señalados en el epígrafe del Título XII del Libro II del vigente Código penal. Tal declaración jurisprudencial (reiterada en muy pocas ocasiones) resulta demasiado vaga e imprecisa para que pueda ser tenida en cuenta. Si ya cada uno de los términos empleados (libertad y seguridad) son de por sí demasiado extensos y difusos para que puedan configurar el núcleo del contenido del injusto del allanamiento, ambos superan cualquier intento de mínima determinación. De otra parte, como ha señalado STAMPA BRAUN (149), nuestro Código penal, en cuanto al valor interpretativo de las rúbricas de sus capítulos y títulos, utiliza el criterio de agrupar las figuras en torno a una objetividad categorial (designada en la rúbrica del título) "sin indicar después el objeto jurídico de cada infracción o grupo de infracciones a las que se distingue únicamente por su nomen iuris antepuesto en los diferentes capítulos". Este criterio parece acoplar bastante bien con la regulación de las diferentes figuras delictivas recogidas en el Título XII; donde el epígrafe tan sólo parece reflejar una regla de clasificación que no tiene por que afectar al concreto objeto de protección de cada uno de los tipos regulados (150).

No obstante, como señalábamos, este parecer ha tenido muy poca repercusión en la propia doctrina del TS. Las dos corrientes interpretativas más importantes en el marco del entendimiento del interés jurídico tutelado han hecho referencia a la inviolabilidad de domicilio, de una parte, y a la intimidad del hogar, de otra.

Así, el TS, en una importante serie de resoluciones (151), entiende que el bien jurídico protegido en el art. 490 del Código penal es la inviolabilidad del domicilio. Pero, al igual que sucede en la doctrina científica, el problema radica en la determinación de dicho valor jurídico.

En un primer examen de sus decisiones, el TS identifica inviolabilidad domiciliaria con el derecho fundamental contenido hoy en el art. 18.2. de la CE y que anteriormente coincidía con el art. 15 del Fuero de los Españoles. La inviolabilidad de domicilio, entendida ahora en sentido estricto, derecho fundamental de la persona reconocido constitucionalmente, irradiaría las relaciones entre particulares constituyéndose en un valor determinante del objeto de protección del delito examinado. Sin embargo esta expresión también se ha entendido de forma diferente, como podrá observarse líneas más adelante.

Una segunda vía interpretativa (152) viene a entender que el derecho a la intimidad es el valor tutelado en el art. 490 del Texto punitivo. La razón de ello, según el mismo TS, se encuentra en la propia función que cumple la casa, que por su propia naturaleza "viene a ser como una prolongación de la persona cuya defensa penal implica un estadio jurídico de perfección y progreso hasta alcanzar en nuestro tiempo rango de derecho constitucional..." (STS de 22 de abril de 1978, CJ nº: 374). Insistiendo en esta misma idea,

en la STS de 18 de mayo de 1979 (JC nº: 616) establece que: "morada, según la doctrina más unánime de esta Sala, es el hogar destinado a la habitación de una persona, lugar cerrado donde se reside y satisfacen las condiciones de la vida doméstica, protegida porque es el recinto de la vida íntima familiar...". Con estas manifestaciones, se puede observar que ya con anterioridad a la doctrina científica, el Tribunal Supremo señalaba que el objeto de protección del delito de allanamiento de morada se encontraba en la intimidad del hogar, en la santidad de la casa. Ahora bien, la jurisprudencia ha tenido en cuenta, principalmente, el objeto de protección como punto de partida para llegar al bien jurídico protegido. El derecho a la intimidad rara vez ha sido definido por el TS y tampoco se ha elaborado una jurisprudencia sobre el contenido y elementos del mismo. Más bien ha llegado al resultado de que el valor protegido por la norma penal es la intimidad de la esfera local a través del análisis del término "morada" y su consecuente valoración.

Pero en otro grupo de sentencias, el Supremo ha tomado los dos criterios anteriormente señalados, si bien de forma diferente. Así, por ejemplo, en la STS de 20 de febrero de 1965 (CJ nº: 284) inviolabilidad de domicilio y libertad íntima se identifican: "... que hay que atender a la motivación del delito, que en este caso lo es el deseo de la Ley de proteger un bien jurídico, que no es la propiedad, sino la inviolabilidad de domicilio o libertad íntima del morador, derecho que alcanza tan destacado relieve, que aparece incluido entre los inherentes a la personalidad...". El tal supuesto se está identificando inviolabilidad de domicilio con el ámbito del derecho a la intimidad, o quizás, como una concreción específica, tal y como parece desprenderse de las resoluciones de 27 de mayo de 1968

(CJ n°: 861) y de 17 de abril de 1970 (CJ n°: 478), a tenor de las cuales el objeto de tutela del art. 490 del C.p. es la inviolabilidad del domicilio, que a su vez se presenta como vehículo fundamental que garantiza la vida privada doméstica de los moradores.

En resumen, podemos decir que la doctrina del TS no es muy diferente del planteamiento científico teórico en relación al bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada. Sigue existiendo cierta confusión terminológica y de contenido en el empleo del término "inviolabilidad del domicilio", y también se observa una tendencia a identificar dicha inviolabilidad del domicilio con una concreción específica del derecho a la intimidad, si bien a esta equiparación llegan doctrina y jurisprudencia, bien apoyándose en razones constitucionales (más utilizada en los primeros), bien recurriendo a la interpretación directa de la estructura del tipo, especialmente de su objeto material (más común entre los segundos). En el próximo apartado se intentará desvelar el auténtico objeto de protección del delito incriminado en el art. 490 del C.p.

B.- CONSIDERACIONES CRITICAS Y TOMA DE POSICION

Es ahora cuando tenemos que ocuparnos del examen del bien jurídico protegido a través del prisma trazado por nuestra pro pia toma de posición, aunque también es cierto que nos hemos pronun ciado previamente cada vez que se estudiaban las diferentes explica ciones proporcionadas por doctrina y jurisprudencia. De todas las interpretaciones expuestas, solo aquélla que entendía que el derecho a la intimidad era el valor jurídico protegido en el delito de alla- namiento de morada no ha sido rechazada expresa y contundentemente.

En las líneas que siguen se intentará, pues, establecer los presupuestos básicos para la elaboración de una formulación que pueda dar respuesta satisfactoria a la cuestión planteada en torno al objeto de protección del delito de allanamiento de morada.

Como han señalado COBO y VIVES (153), hay que analizar la norma concreta para determinar cual sea el bien jurídico, y una vez determinado éste iniciar el proceso exegetico. Junto a las premias implícitas que subyacen en todo texto (y el jurídico no es una excepción), hay que acudir al contenido específico del mismo para determinar el sentido propio que contienen las proposiciones lingüísticas respectivas. De esta forma se produce una circularidad en la tarea exegetica, pues es necesario partir de la disposición jurídica para determinar el bien jurídico, y a su vez, dicho bien jurídico desempeña una notable función interpretativa en el análisis de cada uno de los términos típicos.

Siguiendo estas premisas, en la presente investigación se debe de partir del precepto jurídico en concreto para concretar el objeto formal del delito, y una vez alcanzado éste, utilizar el determinado valor resultante como criterio hermenéutico para resolver los problemas teóricos que presentan las diferentes partículas normativas de la figura delictiva, criterio hermenéutico que no es ni más ni menos que un paso previo para llegar a la resolución de cuestiones prácticas en última instancia.

Punto de partida es, pues, el propio art. 490 del vigente Código penal (fundamentalmente); donde los términos típicos "contra la voluntad del morador" y este otro de entrar o permanecer en morada ajena reflejan que la norma penal valora como digno de protección cierto ámbito inmune a las injerencias consistentes en la pre-

sencia física indeseada de terceros. Esa parcela protegida por la ley no es cualquier espacio físico, sino uno determinado, la morada ajena, o utilizando una expresión del Diccionario, la casa o la estancia donde se vive normalmente.

Por tanto, si el legislador sanciona conductas intromisivas en un espacio destinado al desarrollo de actos propios de la vida privada, podremos deducir que está protegiendo esa vida privada, pero se ha de determinar también en qué forma y con que extensión se lleva a cabo la garantía penal.

La doctrina, a este respecto, ha manifestado que el calificativo "privado" puede ser entendido de dos formas diferentes (154). De una parte, en sentido material y atendiendo al contenido real que constituye el volumen de la esfera personal, el vocablo "privado" refleja el interés del particular de no hacer conocido a un tercero, o en todo caso a la luz del público hechos, datos o comportamientos de su propia vida o sobre el círculo en el que inmediatamente se circunscriben estos hechos, datos o comportamientos. Entendida así, la esfera privada se extendería también (aunque no necesariamente) al ámbito de la esfera secreta y confidencial, cuando determinados acontecimientos se comparten con un determinado grupo de personas, en este último caso.

Pero el calificativo "Privado" que acompaña al sustantivo "vida" o "esfera" se utiliza también en otro sentido, pues designa una realidad diferente. Como señalara GALLIAS, "privado" (Privat) significa un tabú formal levantado en favor de la autopermanencia, de la perduración del ámbito de la vida individual (155). No se trata, pues, de mantener fuera de la publicidad ciertos actos especifi-

cos que el individuo quiere guardar en un reducto cerrado, más bien se toma en consideración simplemente un ámbito de la vida que se defiende ante determinadas injerencias de terceros, sin que necesariamente se tenga en cuenta el contenido material concreto al que afecta la intromisión en el espacio jurídicamente protegido. "Bajo este punto de vista es relevante penalmente, merece la sanción criminal, no quien ha lesionado un interés material de otro al ocultamiento, sino más bien quien menoscaba las pretensiones ajenas a que sean respetados los límites levantados para la protección de su esfera particular y, por tanto, su derecho exclusivo de disposición sobre esa esfera " (156). En este sentido "vida privada" es una parte de la vida particular del individuo que es evidente para todo el mundo, que no necesita de protección ante el conocimiento ajeno y en este aspecto representa una extensión respecto del área de protección de la esfera íntima entendida en sentido estricto (157).

En el delito de allanamiento de morada contemplado en el art. 490 del vigente Código penal, el bien jurídico protegido viene representado por el respeto a las pretensiones formales en el mantenimiento de una vida privada libre de injerencias de terceros. La vida privada definida en el segundo sentido, esto es, entendida bajo un contexto formalizado, es un valor digno de la protección penal según se desprende del propio enunciado jurídico que regula la conducta aquí enjuiciada. Ahora bien, por diferentes razones según el momento histórico y el lugar considerado, la protección criminal se ha entendido formalizada puesto que el tipo penal no exige en ningún momento que, a través de la entrada o permanencia no consentida, se lesione o se ponga en concreto peligro bienes materiales en inmediata conexión con el morador de la misma (vida, libertad sexual, propiedad, etc.). Más aún, para satisfacer las exigencias típicas deriva-

das del art. 490 ni tan siquiera es necesario que se lesione la intimidad (stricto sensu) de los moradores. Imaginemos el supuesto donde una familia vive en una casa contruída toda ella con cristales transparentes, y que existen además unos altavoces que recogen todos los sonidos, todos los acontecimientos acústicos que se desarrollan en el interior de esta morada. Si alguien entra en este lugar contra la voluntad de sus habitantes podemos decir que no viola la esfera de secreto ni la esfera íntima en su acepción más genuina, puesto que voluntariamente se le ha permitido tener acceso al conocimiento de los actos "más íntimos" que tienen lugar en el seno de este hogar. Sin embargo, con la interpretación que aquí se postula, la conducta sería sancionable puesto que el sujeto agente ha roto la barrera formal levantada por el paciente con su voluntad que envuelve la vida doméstica de éste a través de su injerencia física en el espacio protegido por la ley. Este supuesto, que parece de laboratorio, puede ser más real de lo que a primera vista se muestra si se tiene en cuenta la endeble estructura de los modernos apartamentos urbanos, el problema del chabolismo o la situación vivida en un camping con las correspondientes tiendas de campaña, ejemplos que son reflejo todos ellos de situaciones poco dadas a la ausencia del conocimiento, al ocultamiento, de los demás.

Señalábamos páginas atrás que la morada es uno de los espacios donde con mayor claridad se lleva a cabo el libre desarrollo de la personalidad, derecho que goza hoy de garantía constitucional al venir recogido en el art. 10 del Texto Fundamental. Si aceptamos el binomio libre desarrollo de la personalidad y espacio físico (morada) que sirve de presupuesto fáctico para el desenvolvimiento de aquélla, podremos entender por qué se considera formalizado el ob-

jeto de protección del allanamiento.

La presencia física indeseada ajena en el lugar donde con mayor fuerza se produce ese nexo persona - ambiente, siempre representa una molestia en la abstracción concreta del ser propiamente individual, esto es, en su personalidad, y con la formalización de la barrera levantada con su querer, el legislador ha adelantado la protección notablemente, quizás, por el enorme peso axiológico que deriva de la personalidad humana y de su emanación en el ambiente en que ésta se desenvuelve (158). A través de esa presencia física del tercero en el lugar objeto de protección se rompen los muros contruidos por el sujeto para preservar una zona donde la autodeterminación de su conducta esté exenta incluso de la amenaza de ser obstaculizada. Y esta precisión es importante porque no toda violación de la intimidad domiciliaria es constitutiva del delito de allanamiento de morada. Si un individuo utiliza unos prismáticos para observar desde el exterior todos los movimientos que realizan los moradores de una determinada casa, está violando el respeto a su vida privada en el interior de su domicilio, pero esta conducta de ninguna manera es constitutiva del delito de allanamiento de morada, pues falta el requisito típico de entrar o permanecer en la morada ajena contra la voluntad del morador. No se prohíbe, pues, todo tipo de injerencia, sino solamente aquellos que se realizan a través de la presencia material del reo en el lugar protegido.

Pero además se debe matizar que el objeto de protección viene constituido fundamentalmente por el respeto a la vida privada en una específica vertiente: vida privada doméstica. En efecto, el nomen iuris que rubrica el Capítulo V, el objeto material designado

en el art. 490 junto a la específica referencia al sujeto pasivo ponen el acento constantemente en los términos morada y morador, cuyo contenido semántico manifiesta el comportamiento del sujeto dentro del marco hogareño, donde actúa libre del control social, bajo el presupuesto del señorío sobre el local en el cual obra de una de terminada forma muy particular. Y ocurre que el contenido específico de la disposición no protege cualquier tipo de vida privada, sino la vida privada doméstica.

Esta nueva matización que se añade a la formulación del bien jurídico va a ser decisiva a la hora de resolver ciertos problemas interpretativos señalados por la doctrina. A título de ejemplo, el lugar de reunión de un grupo de socios de un club determinado, si guiendo este criterio, no viene amparado por el art. 490 del Código penal pues en este recinto, aún pudiendo admitir que en su seno se desarrolla vida privada, ésta no es vida doméstica. Dicho lugar, en definitiva, no es morada en el sentido señalado por la ley criminal.

Otra consecuencia hermenéutica se plasmará en la determinación de los posibles sujetos pasivos del delito, que a este respecto ya se puede señalar que se rechaza la virtualidad de las personas jurídicas para que puedan ocupar esa posición, pues éstas, por sí mismas, son incapaces de desarrollar vida doméstica alguna.

Con todas estas precisiones se ha dado en parte respuesta a la cuestión de si el derecho a la intimidad, tal y como afirma casi unánimemente doctrina y jurisprudencia, puede formar parte del contenido del injusto de la infracción criminal descrita típicamente en el art. 490 del Código penal. Y la contestación viene determinada por el propio entendimiento que sobre éste se halla postulado pre

viamente. A este respecto se ha señalado que en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la intimidad se concibe con una notable ex tensión, abarcando no solo aquellos actos calificados como "íntimos", sino estos otros que forman parte del sector confidencial o de la vida privada. Decíamos que coincidía con la esfera privada de actuación en el derecho germánico o con el derecho a la vida privada utilizado en los ordenamientos francés o italiano. Entendido de esta forma, el derecho a la intimidad (con ciertas precisiones) integraría el objeto de protección de la norma incriminadora examinada. Eso sí, partiendo de la base de que dicho derecho a la intimidad vendría le sionado no solo por la percepción y el apropiamiento cognoscitivo de actos, pensamientos y comportamientos más escondidos, encerrados en el ocultamiento del sujeto pasivo, sino también la mera injerencia no consentida en la esfera privada de desenvolvimiento personal, que puede haber sido conocida ya por el agente, y que no tiene necesariamente que comportar un ánimo específico de desvelar secretos o actitudes de aquél. Con todo, y para evitar confusiones, preferimos utilizar la expresión "respeto a la vida privada" por ser más clarificadora del contenido que reflejan los propios términos típicos.

En fin, a título de conclusión señalamos que el bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada es concebido bajo un prisma que refleja un carácter eminentemente formalizado (159). Ello obedece al interés que tiene el ordenamiento jurídico en proteger el libre desarrollo de la personalidad, que se vería gravemente menoscabado si se permitiese que cierto tipo de conductas (presencia física indeseada de personas en la morada del sujeto físico) se generalizasen, aunque en el caso concreto pueda resultar el hecho irrelevante. La relatividad de la forma de desenvolvimiento del ser

individual de cada ciudadano es tan acusada que el legislador ha optado por otorgar al morador una posibilidad de levantar una barrera ante intromisiones materiales de terceros en su ámbito doméstico, y se entiende que la protección penal es llamada desde el momento en que esa barrera es franqueada, con independencia del daño o peligro que ulteriormente se pudiese producir a los valores situados puertas adentro.

Pero el menoscabo no se produce tan solo en una voluntad dispositiva, sino en el respeto a la vida privada doméstica, que es aquélla que se desarrolla dentro de las cuatro paredes de la morada del titular del bien jurídico protegido, lugar que por su propia naturaleza se haya destinado a proporcionar al individuo el libre desarrollo de su personalidad pues en él el morador actúa y se comporta sin someterse obligadamente a las estrictas reglas del control social. El que el sujeto no se halle amenazado por la intromisión ajena posibilita cierto estado de tranquilidad subjetiva que es presupuesto importante para un sano desenvolvimiento personal.

Por último, reiteramos una vez más el requisito señalado de que no toda intrusión en la esfera privada doméstica dá lugar al cumplimiento de las exigencias típicas derivadas del art. 490 del C.p. Solo la presencia física del intruso en el espacio tutelado por la ley es relevante desde el punto de vista del allanamiento de morada. Si el Tribunal Constitucional ha señalado que la inviolabilidad del domicilio se manifiesta incluso frente a los ataques a la intimidad del hogar producidos desde el exterior mediante aparatos de captación de imagen o sonido, esta consideración no es válida para el delito de allanamiento de morada. Y ello podrá ser criticado

en la sociedad sumamente tecnificada que vivimos hoy en día, pero mientras que la Ley no sea reformada, esta consecuencia señalada es ineludible a la luz del derecho positivo.

En definitiva, podemos concluir el Capítulo señalando que el objeto de protección del delito de allanamiento de morada es el derecho al mantenimiento de las pretensiones formales al respeto de la vida privada doméstica ante intromisiones físicas ajenas.

NOTAS CAPITULO II
=====

- (1) - CUELLO CALON, E.: Derecho Penal. Tomo II. Vol. II. 14ª edición puesta al día por CAMARGO HERNANDEZ, C. Barcelona, 1980; pág. 783.
- (2) - PELLISE PRATS, B.: Allanamiento de morada. NEJ. Tomo II (1950); pág. 612.
- (3) - Otros autores mantienen esta expresión con el significado señalado GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, A.: El Código penal de 1870...cit. Tomo V.; pág. 640. SUAREZ MONTES, F.: El delito de allanamiento de morada. RGLJ Separata (1968); pág. 865. QUINTANO : Tratado de la Parte Especial... cit.; pág. 954.
- (4) - El empleo de la locución inviolabilidad del domicilio también se utiliza para designar, en conjunto, la protección del domicilio ante la presencia física de un tercero por todo el ordenamiento jurídico. Así, la inviolabilidad del domicilio vendrá garantizada por la Constitución (Art. 18. 2), por el Código penal (Art. 191, 2º y 490) y por los requisitos de procedimiento exigidos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Arts. 545 y ss.).
- (5) - STC 22/1984, de 17 de febrero.
- (6) - Sobre el origen histórico del precepto, LUCAS VERDU, P.: Inviolabilidad de domicilio. NEJ Tomo XIII (1968); pág. 671. Como textos internacionales más relevantes que recogen el derecho fundamental: Declaración Universal de los

Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948 (art. 12),
Convención Europea para la salvaguarda de los derechos del
hombre, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950 (art. 8)
y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de
16 de diciembre de 1966 (art. 17).

- (7) - PAPPERMANN, E.: Grundgesetzkommentar. Band 1 (preámbulo hasta art. 20) coordinado por MÜNCH, I. von. 3ª edición. München, 1985; pág. 597, en Alemania y a título de ejemplo. En Italia, BARILE y CHELI han enfatizado el carácter público subjetivo del derecho contenido en el art. 14 de la Constitución italiana, señalando: "la norma constitucional configura la línea fundamental del mecanismo de protección de la libertad domiciliaria como situación jurídica activa contrapuesta a la acción del sujeto investido del ejercicio del poder público". BARILE, P. - CHELI, E.: Domicilio (Libertá di). Enciclopedia del Diritto. Tomo XIII (1964); pág. 865.
- (8) - PAPPERMANN ; Grundgesetzkommentar...cit.; pág. 600 rdn. 14.
- (9) - GARCIA MACHO, R.: La inviolabilidad de domicilio. Revista Española de Derecho Administrativo (REDA) nº 32 (1982); pág. 858.
- (10) - El argumento por virtud del cual GARCIA MACHO considera que del art. 18.II de la Constitución se desprende la existencia de efectos frente a terceros es dudoso. Señala el autor que la ley 62/1978 de 26 de diciembre de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la

persona, en base al art. 53.II de la Constitución, establece una protección sumaria y preferente respecto a los delitos que afectan a una serie de derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra la inviolabilidad del domicilio (art. 1º de la ley). De ahí el autor mencionado deduce que como el allanamiento de morada del art. 490 atenta a la inviolabilidad del domicilio, y este delito sólo se puede cometer por particulares, consecuentemente el art. 18.II establece efectos frente a terceros (La inviolabilidad de domicilio...cit.; pág. 858 infra). A este original argumento simplemente se le puede objetar que quizás el delito que realmente afecta a la inviolabilidad del domicilio es el contemplado en el art. 191,1º y no este otro sancionado en el art. 490; que representa precisamente el problema de partida que ahora se intenta solucionar.

- (11) - MANZINI : Trattato di Diritto penale...cit.; pág. 895.
- (12) - MORALES PRATS, F.: Privacy y reforma penal. La Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal (1983). Documentación Jurídica. Enero/Diciembre, 1983 (37/40); pág. 596. Sin embargo, la utilización del término libertades - límite no parece que sea muy adecuada atendiendo al sentido que VIVES ANTON (citado por aquél) utiliza en el trabajo mencionado a pie de página. VIVES ANTON, T.S.: Estado de Derecho y Derecho Penal, en Comentarios a la legislación penal Tomo I. Derecho y Constitución. Madrid, 1982; Pág. 37.

- (13) - En este punto tenemos que señalar el valioso trabajo de ROGEL VIDE, C.: Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas. Bolonia, 1985; pág. 121, donde se aportan las opiniones en este sentido de autores como DE ANGEL, AUBERT, SCHNEIDER o NIPPERDEY (este último autor admite este carácter solo para los Abwehrrechten o derechos de defensa).
- (14) - ROGEL VIDE : Bienes de la personalidad...cit.; pág. 123. No obstante, incluso el partidario que postuló por la teoría de los efectos directos de los derechos fundamentales en las relaciones entre los ciudadanos (unmittelbare Drittwirkung) NIPPERDEY, entendió que determinados derechos y libertades públicas (entre los que se encuentra la inviolabilidad del domicilio) solo vinculan a los poderes públicos en el estricto sentido de la palabra. GARCIA TORRES, J. y JIMENEZ-BLANCO, A.: Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. Madrid, 1986; pág. 22. Los autores, en las págs. 92 y ss. presentan la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional que no está nada decidida al respecto.
- (15) - Sobre la actual controversia en la RFA; VON MÜNCH, I.: Grundgesetzkommentar. Band I. (Preámbulo hasta art. 20) coordinado por VON MÜNCH, I. München, 1985;pág. 37. Lo cierto es que ya apenas nadie rechaza tajantemente la posibilidad de que los derechos fundamentales afecten a terceros. El problema que se debate básicamente es de si esos efectos frente a terceros se producen directamente, a través de la Constitución, o por el contrario, indirectamente, a través de la jurisdicción fundamentalmente.

- (16) - STERN, K.: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band III. Allgemeine Lehren der Grundrechte. I Halbband. München, 1988; pág. 1531 y ss. donde el autor lleva a cabo un minucioso estudio hasta las doctrinas más modernas sobre el problema científico de la doctrina del "Dritt-wirkung" (efectos frente a terceros de los derechos fundamentales).
- (17) - Esta doctrina es dominante en la RFA a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán recaída a consecuencia del denominado caso Lüth, y seguida por el mismo Tribunal Constitucional y gran parte de la doctrina alemana. VON MÜNCH : Grundgesetzkommentar...cit.; pág. 38. STERN : Das Staatsrecht...cit.;pág. 1532.
- Nuestro Tribunal Constitucional parece encontrarse también dentro de esta teoría, junto con la mayoría de la doctrina constitucional de nuestro país, como señalábamos anteriormente, si bien no está clara su posición al respecto.
- (18) - En este sentido, LARRAURI PIJOAN, E.: Allanamiento de morada y el derecho a la vivienda. C.P.C. nº 23 (1984); pág. 296. BAJO FERNANDEZ, M.: La protección del honor y de la intimidad (Comentario al art. 18 de la CE) en AAVV Comentarios a la legislación penal. Tomo I. "Derecho penal y Constitución". Madrid, 1982; pág. 107. COBO - CARBONELL (en AAVV : Derecho Penal. Parte Especial. Coordinado por VIVES ANTON, T.S. 2ª edición. Valencia, 1988; pág. 730), han manifestado recientemente que el bien jurídico protegido es la inviolabilidad del domicilio como concreción específica del derecho a la intimidad, garantizado constitucionalmente en el art. 18.2.

- (19) - ALZAGA VILLAMIL, O.: La Constitución Española de 1978.
Comentario sistemático. Madrid, 1978; pág. 207.
- (20) - SEMPERE RODRIGUEZ, C.: Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (Comentario al art. 18 de la CE) en AAVV. Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978, II (arts. 10 a 23). Madrid, 1984; pág. 441. SERRANO ALBERCA, J.M.: Comentarios a la Constitución dirigidos por GARRIDO FALLA, F. Madrid, 1985; pág. 367.
- (21) - GARCIA MACHO : La inviolabilidad del domicilio...cit.;
pág. 864.
- (22) - En la jurisprudencia del Tribunal Supremo observamos también esta (a nuestro juicio) imprecisión cuando declaraba que: "la libertad de domicilio, derecho esencial e inherente a la persona humana, que hace inviolable el hogar familiar, se garantiza en norma fundamental, pero abstracta, en el art. 15 del Fuero de los Españoles (semejante al actual art. 18.2. de nuestra C.E.), y se criminaliza en el art. 490 y sucesivos del Código penal..." (STC de 5 de octubre de 1974, JC nº: 1269 bis) o en esta otra donde se señala que: "el art. 490 del Código penal es la expresión más contundente de la defensa de la inviolabilidad del domicilio" (STS de 29 de enero de 1975, JC nº: 117) a título de ejemplo.
- En términos similares se manifiesta el TS en las SSTS de 20 de febrero de 1963 (JC nº: 284) y 28 de octubre de 1980 (JC nº: 1142), donde se emplea la expresión "inviolabilidad de domicilio" en un sentido bastante difuso.

- (23) - Con razón dice PELLISE PRATS que las violaciones de domicilio previstas y penadas en el art. 191 del vigente Código penal son las que realmente atentan contra la inviolabilidad del domicilio considerado como derecho del individuo frente al Estado, en la forma que lo proclamaba el antiguo art. 15 del Fuero de los Españoles de 1945 (actual art. 18.II de nuestra C.E.). PELLISE PRATS, B.: Delitos contra la inviolabilidad del domicilio. NEJ Tomo VI; pág. 684. Esta diferente configuración del bien jurídico en los arts. 490 y 191,1º (actuales) ya fue expresada por GROIZARD: Comentarios...cit.; pág. 641.
- (24) - CUELLO CALON : Derecho Penal. Tomo II. Vol. II... cit.; pág. 783. SAINZ CANTERO manifiesta que la razón de la incriminación se encuentra en que el penetrar el sujeto activo en la esfera prohibida a injerencias extrañas atenta contra la seguridad del morador, creando una situación de peligro para bienes jurídicos de los que es titular. SAINZ CANTERO, J.A.: Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. UNED. Madrid, 1974; pág. 59.
- (24 bis)-Algunos comentaristas del siglo pasado entendieron también que la seguridad del morador era el objeto jurídico del delito de allanamiento de morada. Así, VIADA Y VILASECA, S.: Código Penal Reformado de 1870. Tomo III. 4ª edic. Madrid, 1890; pág. 295. VIZMANOS, T.M. y ALVAREZ MARTINEZ, C.: Comentarios al Código penal. Tomo II... cit.; pág. 445.
- (25) - RODRIGUEZ DEVESA, J.M.: Derecho Penal Español. Parte Es-

- pecial. 10ª edic. puesta al día por SERRANO GOMEZ, A. Madrid, 1987; pág. 279. Igual opinión mantiene MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte Especial. 7ª edic. Valencia, 1988; pág. 164.
- (26) - Con razón manifiestan COBO y CARBONELL que se cuestiona la validez de la seguridad como bien jurídico protegido dado que no se ataca jamás la seguridad, sino aquello de lo que la seguridad se predica; los llamados delitos contra la seguridad no son otra cosa que puestas en peligro de los auténticos bienes jurídicos que se encuentran, por decir así, por detrás de la misma. COBO DEL ROSAL, M. - CARBONELL MATEU, J.C. en AAVV. Derecho Penal. Parte Especial. 2ª edic. coordinada por VIVES ANTON, T.S. Valencia, 1988; pág. 695.
- (27) - COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTON, T.S.: Derecho penal. Parte general. Valencia, 1987; pág. 225. En similares términos, MAQUEDA ABREU, M.L.: Los delitos contra la libertad y seguridad de las personas. Granada, 1988; pág. 15.
- (28) - KAGELER, H.: Die gemeinsame und beschränkte zivilrechtliche Inhaberschaft des Hausrechts unter besonderer Berücksichtigung der Bestimmung des Rechtsguts des par. 123 StGB. Diss. Hamburg, 1974; pág. 64 y 65.
- (29) - LARRAURI, E.: Libertad y amenazas. Barcelona, 1987; pág. 68.
- (30) - LARRAURI, E.: Libertad y amenazas... cit.; pág. 194.
- (31) - MICHEL, G.: Erscheinungsformen und Strafzumessung beim

Hausfriedensbruch. Diss. Freiburg, 1958; pág. 12. NOLTING, W.: Der Hausfriedensbruch. Diss. Göttingen, 1934; pág. 27.

- (32) - Opinión de Zabler, según KAGELER : Die gemeinsame...cit.; pág. 66.
- (33) - Atinadamente ha señalado LARRAURI que existen muchas dificultades para admitir un bien jurídico de seguridad, puesto que ni existe un concepto unívoco al respecto, ni se ha producido un desarrollo dogmático suficiente en la doctrina penal. LARRAURI : Libertad y amenazas...cit.; pág.218 nota 212. Sin embargo AMELUNG, al igual que la autora anteriormente citada, no renuncia totalmente a utilizar el concepto de seguridad, si bien de forma instrumental, esto es, como presupuesto del desarrollo de una libertad potencial. AMELUNG, K.: Der Hausfriedensbruch als Missachtung physisch gesichter Territorialität. ZStW nº 98 (1986); pág. 404.
- (34) - Acertadamente, nuestra doctrina intenta eludir cuestiones de determinación de contenido filosófico en el ámbito del término "libertad" del Título XII, utilizando el concepto de libertad personal de forma restrictiva e instrumental para poder operar mejor en el marco de la Dogmática penal, aun parcialmente, en el campo de los delitos contra la libertad y la seguridad. Un ejemplo de ello se encuentra en las investigaciones relativas al delito de coacciones del art. 496 del Código: MIRA BENAVENT, J.: El concepto de violencia en el delito de coacciones. C.P.C. nº:22 (1984); pág. 120. GARCIA PABLOS DE MOLINA, A.: Sobre el delito de

coacciones en Estudios Penales y Criminológicos. Tomo VI (1983); pág. 113. MIR PUIG, S.: El delito de coacciones en el Código penal en ADPCP. Tomo XXX (1977). TORIO LOPEZ, A.: La estructura típica del delito de coacciones.ADPCP. Tomo XXX (1977); pág. 29. HIGUERA GUIMERA, J.F.: El delito de coacciones. 2ª edic. Barcelona, 1983; pág. 39.

- (35) - El concepto de libertad - límite en el ámbito del Derecho penal es utilizado por VIVES siguiendo la clasificación de las Libertades políticas en libertades - límite y libertades - oposición que realiza DUVERGER. Así VIVES ANTON, T.S. en La detención (VIVES ANTON, T.S. y GIMENO SENDRA, J.V.)Barcelona, 1977; pág. 17.
- (36) - Expresión utilizada por CORDOBA RODA, J., en El delito de detenciones en el Código penal. ADPCP Tomo XVIII (1965); pág. 11.
- (37) - LARRAURI : Libertad y amenazas...cit.; pág. 58.
- (38) - Así es entendida con mayores o menores precisiones en nuestra doctrina; LARRAURI : ...cit.; pág. 57. MIRA BENAVENT : El concepto de violencia...cit.; pág. 120. HIGUERA GUIMERA: El delito de coacciones...cit.; pág. 39. MIR PUIG : El delito de coacciones...cit.; pág. 271. GARCIA PABLOS: Sobre el delito de coacciones...cit.; pág. 113. TORIO LOPEZ : La estructura típica...cit.; pág. 22.
- (39) - GARCIA PABLOS : Sobre el delito de coacciones...cit.; pág. 113. En nuestro país esta teoría bindingniana fue aceptada originariamente por JASO ROLDAN (en ANTON ONECA, J. y

- RODRIGUEZ MUÑOZ, A.: Derecho Penal. Parte Especial. Madrid, 1949; pág. 298. Entre otros, representantes de esta doctrina son RODRIGUEZ DEVESA (Derecho Penal Español. Parte Especial...cit.; pág. 278) y MUÑOZ CONDE (Derecho penal. Parte Especial. 7ª edic. Valencia, 1988; pág. 128). MAQUEDA ABREU : Los delitos contra la libertad...cit.; pág. 19.
- (40) - KAGELER : Die gemeinsame und beschränkte...cit.; pág. 71. El autor cita como seguidores de esta doctrina en Alemania, entre otros, a BINDING, MAURACH, SCHÖNRE - SCHRÖDER y LISZT - SCHMIDT.
- (41) - KAGELER : ...cit.; pág. 72, siguiendo a GEERDS.
- (42) - Como más representativos, citamos los siguientes: QUINTANO : Tratado...Tomo I. Vol. II.cit.; pág. 952. SUAREZ MONTES : El delito de allanamiento de morada...cit.; pág. 867. VIADA : El Código penal reformado de 1870...cit.; pag. 295; si bien este autor entiende también lesionada la seguridad. GROIZARD : El Código penal de 1870...cit.; pág. 641, considerando, al igual que el anterior, violada la libertad y seguridad personal. PELLISE PRATS : Allanamiento de morada...cit.; pág. 618.
- (43) - Las objeciones a estas interpretaciones ya se han realizado en su lugar oportuno. En cuanto a las relaciones entre libertad personal y derecho a la intimidad, se expondrán en los próximos apartados. Por último, entender que el contenido del injusto del allanamiento de morada viene caracterizado por su referencia a un derecho de la personalidad, sería tanto como formular una consideración demasiado amplia e indeterminada, impropia para determinar el bien ju

rídico en el art. 490 del C.p., pues los derechos de la personalidad general se muestran de forma tan diferente, que la comprobación de su contenido necesita de una ulterior concreción. En este sentido ; BODENDORF : Der Hausfriedensbruch...cit.; pág. 18.

- (44) - Autor citado por KAGELER, quien asume esta diferenciación (Die gemeinsame und beschränkte...cit.; pág. 72).
- (45) - KAGELER : Die gemeinsame...cit.; pág. 72 nota 2.
- (46) - ARMKNECHT : Hausfriedensbruch...cit.; pág. 69.
- (47) - STOIBER : Der Hausfriedensbruch im Lichte aktueller Probleme...cit.; pág. 37. ARMKNECHT :...cit.; pág. 70.
- (48) - KAGELER :...cit.; pág. 75.
- (49) - KAGELER :...cit.; pág. 76.
- (50) - BINDING, K.: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil, Band I. Reimpresión de la 2ª edición de 1902. Leipzig, 1969; págs. 80 y ss.
- (51) - BINDING : Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts... pág. 82.
- (52) - BINDING :...cit.; pág. 120.
- (53) - Vid. supra nota 39.
- (54) - JASO ROLDAN : en Derecho Penal, Parte Especial...cit.; pág. 319. RODRIGUEZ DEVESA : Derecho Penal Español, Parte Especial. 10ª edic. Madrid, 1987, ...cit.; pág. 321.

- (55) - QUINTANO : Tratado...cit.; pág. 971.
- (56) - PELLISE PRATS : Allanamiento de morada...cit.; págs. 617 y 618.
- (57) - LARRAURI PIJOAN, E.: Allanamiento de morada y el derecho a la vivienda. C.P.C. nº: 23 (1984); págs. 297 y 298.
JORGE BARREIRO : El allanamiento de morada...cit.; pág. 24.
- (58) - JASO ROLDAN : ...cit.; pág. 319.
- (59) - JORGE BARREIRO : El allanamiento de morada...cit.; pág. 24. Del mismo autor: Descubrimiento y revelación de secretos. Un estudio de Derecho penal español. Revista de Derecho público (RDP) nº : 87 (1982); pág. 256. BAJO FERNANDEZ : El secreto profesional en el Proyecto de Código penal. ADPCP. Tomo XXXIII (1980); pág. 604.
- (60) - MAURACH, R. - SCHROEDER, F. CH. : Strafrecht, Besonderer Teil. Tomo I. 6ª edición. Heidelberg - Karlsruhe, 1977; pág. 253.
- (61) - Una panorámica general sobre el entendimiento del Hausrecht en Alemania, en SUAREZ MONTES : El allanamiento de morada...cit.; págs. 861 y ss.
- (62) - Respecto de la doctrina suiza y austríaca, nos remitimos a la nota 68 del capítulo anterior. Entre los autores alemanes más representativos se pueden citar los siguientes (todos ellos aceptan el Hausrecht como bien jurídico protegido) : WELZEL, H.: Das Deutsche Strafrecht. 11ª

- edio. Berlín, 1969; pág. 332. BERNSMANN, K.: Tatbestandsprobleme des Hausfriedensbruch. Juristische Ausbildung (Jura) (1981); pág. 338. DREHER, E. - TRÖNDLE, H.: Strafgesetzbuch. 43ª edic. Munich, 1986; pág. 713. PREISENDANZ, H.: Strafgesetzbuch. 30ª edic. Berlín, 1978; pág. 464. SCHMIDHAUSER, E.: Strafrecht.B.T. 2ª edic. Tubinga, 1983; pág. 74. RUDOLPHI, M.J. en Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch por H.J. RUDOLPHI, SAMSON, E. y HORN, E. Band II. Besonderer Teil (arts. 80-358) 5ª entrega de la 3ª edición. Frankfurt a. Main, 1984; pág. 2. LENCKNER, en Strafgesetzbuch Kommentar por SCHÖNKE, A. - SCHRÖDER, 23ª edic. Munich, 1988; pág. 992. WESSELS, J.: Strafrecht, Besonderer Teil-1. 11ª edic. Heidelberg, 1987; pág. 116 y SCHÄFER, en Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar. (LK) 10ª edic. coordinada por JESCHECK, H.H., RUSS, W. y WILLMS, G. Tomo IV. Berlín - Nueva York, 1988. Comentario al art. 123, pág. 3, entre otros muchos.
- (63) - VON LISZT, F.: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 21ª y 22ª edic. Berlín y Leipzig, 1919; pág. 386.
- (64) - BOHNERT, J.: Die Willensbarriere als Tatbestandmerkmal des Hausfriedensbruchs Goldammer's Archiv für Strafrecht. (1983); pág. 2 y ss. SCHÖN, R.: Besetzung leerstehender Häuser, Hausfriedensbruch? Neue Juristische Wochenschrift n.º 14 (1982); pág. 1126.
- (65) - SCHÄFER : Strafgesetzbuch Kommentar...cit.; pág. 3.
- (66) - SCHALL : Die Schutzfunktionen...cit.; pág. 33. Dichas ra-

zones han quedado claramente expuestas en el apartado anterior.

- (67) - WELZEL : Das Deutsche Strafrecht...cit.; pág. 332.
- (68) - El propio SCHÄFER :...cit.; pág. 3, también toma en consideración la formulación welzeniana para determinar el contenido del Hausrecht. De igual forma, LENCKNER en Strafgesetzbuch Kommentar...cit.; pág. 992. En la doctrina española, SUAREZ MONTES : El allanamiento de morada...cit.; pág. 867. El autor considera que la inviolabilidad de la morada es un aspecto o manifestación de la libertad individual localizada.
- (69) - En términos similares, OSTENDORF, H. en Kommentar zum Strafgesetzbuch (Reihe Alternativkommentare, coordinador general WASSERMANN, R.) Band 3. Luchterhand, 1986; pág. 356; aunque es preferible circunscribir esta opinión en la tercera forma de interpretación del Hausrecht.
- (70) - OTTO, H.: Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte. 2ª edic. Berlín, 1984; pág. 126.
- (71) - MAURACH - SCHRÖDER :...cit.; pág. 252.
- (72) - BARILE, P. - CHELI, E.: Domicilio, (liberta di). Enciclopedia del Diritto. Tomo XIII (1964); pág. 860. SINISCALCO, M.: Domicilio (violazione di) . Enciclopedia del Diritto. Tomo XIII (1964); pág. 872.
- (73) - Crítica señalada por SCHALL : Die Schutzfunktionen...cit. págs. 33 y 34.

- (74) - MÖSSNER, A.: Der Hausfriedensbruch in rechtvergleichender Darstellung. Diss. Tubinga, 1914; págs. 6 y ss.
- (75) - SCHALL : Die Schutzfunktionen...cit.; págs. 34 y ss. En términos similares AMELUNG, K.: Der Hausfriedensbruch als Missachtung...ZStW n° 98 (1986)...cit.; pág. 355.
- (76) - ARMKNECHT : Der Hausfriedensbruch...cit.; pág. 71.
- (77) - OSTENDORF en...Alternative Kommentare...cit.; pág. 356 n° 7.
- (78) - RUDOLPHI, H.J. en Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band II.B.T.(arts. 80-358) por RUDOLPHI, H.J.; HORN, E. y SAMSON, E. 3ª edición (comentario a los artículos 123 y 124). Frankfurt a.Main, 1984; pág. 2. BERNSMANN; Tatbestandprobleme des Hausfriedensbruch...cit.; pág. 339. SCHÄFER, L.A.:...cit.; pág. 4. BODENDORF : Der Hausfriedensbruch...cit.; pág. 25.
- (79) - KAGELER :...cit.; pág. 88, el autor transcribe catorce diferentes definiciones del Hausrecht. En idéntico sentido se pronuncian BODENDORF, pág. 18 y NOLTING : Der Hausfriedensbruch...cit.; págs. 32 y 33.
- (80) - AMELUNG : Der Hausfriedensbruch als...; pág. 408.
- (81) - AMELUNG, K., Rechtguterschutz und Schutz der Gesellschaft. Göttingen, 1972; págs. 350 y ss.
- (82) - RUDOLPHI, H.J.: Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs en Homenaje a Honig. Göttingen, 1970; págs.

151 y ss. La versión castellana de este trabajo se encuentra en la Revista Nuevo Pensamiento Penal (1975); págs. 329 y ss.

- (83) - SCHALL : Die Schutzfunktionen...cit.; pág. 71.
- (84) - Esta es la tesis fundamental del trabajo de AMELUNG; Rechtguterschutz und Schutz der Gesellschaft... cit.; pág. 351.
- (85) - SCHALL :...cit.; pág. 73.
- (86) - SCHALL :...cit.; pág. 88.
- (87) - SCHALL :...cit.; pág. 90.
- (88) - SCHALL :...cit.; págs. 109 y 110.
- (89) - SCHALL: ...cit.; pág. 135. Esta misma posición adoptan los autores SHALL, H. - AMELUNG, K. un año después en el trabajo: Zum Einsatz von Polizeispitzeln; Hausfriedensbruch und Notstandrechtfertigung, Wohnungsgrundrecht und Durchsuchungsbefugnis -OL6 München, DUBI 1973, 221 JvS 1975; pág. 566.
- (90) - LARENZ, K.: Metodología de la Ciencia del Derecho. 2ª edic. definitiva. Barcelona, 1980; pág. 189.
- (91) - OSTENDORF, A.K. :...cit.; pág. 356. En idéntico sentido LENCKNER en Strafgesetzbuch Kommentar...cit.; pág. 993. SCHÄFER, L.K.:...cit.; pág. 4 nº 4.
- (92) - Trabajo citado supra, en nota 89.

- (93) - AMELUNG ; Der Hausfriedensbruch als Missachtung physisch gesicherter Territorialität. ZStW nº 98 (1986); págs. 355-408. Sobre la contestación de AMELUNG a SCHALL vid. JORGE BARREIRO ; El allanamiento...cit.; pág. 26 not. 18.
- (94) - AMELUNG ; Die Hausfriedensbruch als...cit.; pág. 359.
- (95) - SCHILD, W.; Eindringen bei individuellen Betretensverbot. NSTZ 1986; pág. 346.
- (96) - RUDOLPHI; SK...; pág. 2. rdn. 3.
- (97) - AMELUNG ; Die Hausfriedensbruch...cit.; págs. 403 y 404.
- (98) - Este es el sentir común en la doctrina española. A título de ejemplo señalamos los siguientes; JORGE BARREIRO ; El delito de allanamiento de morada...cit.; pág. 42. BUS-TOS RAMIREZ, J.; Manual de Derecho Penal, Parte Especial. Barcelona, 1986; pág. 100. QUERALT JIMENEZ, J.; Derecho Penal Español, Parte Especial. Vol. I. Barcelona, 1986; págs. 199 y ss. BAJO FERNANDEZ, M.; Protección del honor y de la intimidad en AAVV Comentarios a la legislación penal. Tomo I. Vol. I. 1982; pág. 106. LARRAURI PIJOAN, E.; Allanamiento de morada y el derecho a la vivienda. CPC nº 23 (1984); pág. 293 (si bien la autora parece que formula esta opinión de lege ferenda) MORALES PRATS, F.; Delitos contra la intimidad, privacy y reforma penal. Monográfico dedicado a la PANCP. nº 37/40. Madrid, 1983; pág. 606. Del mismo ; La tutela penal de la intimidad; Privacy e informática. Barcelona, 1984; pág. 164. MUÑOZ CONDE, F.; Derecho Penal, Parte Especial. 7ª edic. Valencia, 1988 cit.; pág. 153. (En las dos últimas ediciones el

autor ha variado su posición al respecto). COBO - CARBONELL en Derecho Penal. Parte Especial...cit.; pág. 730. RODRIGUEZ RAMOS, L.: Compendio de Derecho Penal. Parte Especial. Madrid, 1985; pág. 155. Si bien es cierto que esta doctrina aparece muy recientemente, no hay que olvidar que ya QUINTANO RIPOLLES en 1958 apuntó que el bien jurídico en el delito de allanamiento de morada no era otro que la intimidad del hogar. QUINTANO RIPOLLES, A.: Compendio de Derecho Penal. Vol. II. (Parte Especial). Madrid, 1958; págs. 300-301 nota 3.

- (99) - Sobre el diferente contenido y función de los significados aparentemente homologables, pueden examinarse los siguientes trabajos: ZAGNONI, P.: Sulla tutela penale del diritto alla riservatezza. Rivista italiana di diritto e procedura penale (1982); págs. 975 y 976. BRICOLA, F.: Prospettive e limiti della tutela penale alla riservatezza. Riv. it. dir. proc. pen. (1967); págs. 1082 y 1083. RIGAUX, F.: La elaboration d'un "Right of Privacy" par la jurisprudence americaine. Revue internationale de droit comparé (1980); pág. 701 y especialmente las notas 2, 10, 20 y 28. FLAQUER, L.: Vers una sociologia de la privacitat. Papers. Revista de sociologia. nº: 17 (1982); págs. 108 y ss.
- (100) - WARRENS, S.D. - BRANDEIS, L.D.: The right to privacy. Harward Law Review. Vol. IV nº 5 (1980); págs. 193 y ss.
- (101) - En este sentido MORALES PRATS : La tutela penal de la intimidad...cit.; págs. 15 a 18.

- (102) - WESTIN, F.: Privacy and Freedom. Nueva York, 1967; pág. 29 nota 3.
- (103) - RIGAUX : La elaboration d'un "Right of Privacy...cit.;
pág. 707.
- (103 bis)-FLAQUER,L.: Vers una sociologia de la privacitat...cit.;
pág. 110.
- (104) - Una valiosa fuente de datos históricos sobre el derecho a la intimidad, en todas sus vertientes, y en el ámbito de definiciones lo encontramos en la obra de FARIÑAS MATONI, L.M.: El derecho a la intimidad. Madrid, 1983; págs. 347 y ss.
- (105) - SIMMEL, A.: Intimidad, esfera reservada de la. Enciclopedia internacional de las ciencias sociales. Vol. 6. (1975) pág. 248.
- (106) - RIGAUX : L'elaboration...cit.; pág. 708.
- (107) - SIMMEL : Intimidad...cit.; pág. 247.
- (108) - MORALES PRATS : La tutela...cit.; pág. 18. En idéntico sentido se manifiesta ZAGNONI; Sulla tutela penale...cit. pág. 977. BALDASSARRE, A.: Privacy e Costituzione.L'esperienza statunitense. Roma, 1974; pág. 488.
- (109) - RIGAUX :...cit.; pág. 729. El autor señala cómo en los textos internacionales la expresión inglesa privacy ha sido traducida por la francesa vie privée (art. 12 de la Declaración universal de los derechos del hombre), si bien reconoce el autor que las palabras francesas intimité, anonymat o secret expresan más correctamente privacy

en ciertos contextos (nota 2).

- (110) - Las razones de este retraso en el sistema continental respecto al anglosajón, concisamente, son: la necesidad después de la 2ª Guerra Mundial de volver a valorar positivamente el aspecto privado del ciudadano dentro de una concepción política donde se contemplaba el excesivo énfasis de lo público como signo de opresión; de un lado, y la propia estructura de fuentes en la Europa continental, dado que al ser la ley el primer instrumento formal de creación del Derecho, las categorías jurídicas nuevas y variables no son elaboradas de forma tan fluida como en el sistema del common law donde hay mayor flexibilidad para modelar conceptos nuevos o variar los ya existentes. Al respecto puede verse MORALES PRATS : La tutela...cit.; págs. 127 y 128.
- (111) - HUEMANN, H.: Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion, Juristenzeitung (1957); págs. 521 y ss. HENKEL, H.: Der Strafschutz des Privatlebens gegen Indiskretion. Gutachten für 42. Deutsche Juristentag. Tubinga, 1959. D.63 y ss. Como se desprende de la rúbrica de sus trabajos, el primero centró su investigación en el ámbito del Derecho civil, mientras que el segundo limitó su tarea al Derecho penal.
- (112) - HUEMANN : Der zivilrechtliche Schutz...cit.; pág. 524.
- (113) - HENKEL : Der Strafschutz des Privatlebens...cit.;pág. D. 81.

- (114) - HENKEL :...cit.; pág. D. 83.
- (115) - Esta nota de relatividad ha sido acentuada en la doctrina italiana. Así, ZAGNONI : Sulla tutela...cit.; pág. 976. BRICOLA : Prospettive e limite...cit.; pág. 1087.
- (116) - BRICOLA : Prospettive e limite...cit.; págs. 1088 y 1089.
- (117) - BRICOLA : Prospettive...cit.; pág. 1090.
- (118) - MORALES PRATS : La tutela penal...cit.; págs. 131 y 132.
- (119) - MADRID CONESA, F.: Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho. Valencia, 1984; págs. 40 y ss.
- (120) - MADRID CONESA, F.: Derecho a la intimidad...cit.; pág. 49.
- (121) - El right of privacy no está declarado expresamente en la Constitución americana. Este se deduce implícitamente de la 1ª (libertad de expresión y de reunión), 4ª (que protege los derechos de los ciudadanos respecto de sus personas, hogar, papeles y efectos) y la 14ª (que limita el poder legislativo de los Estados federados cuando el contenido de las leyes contengan discriminaciones que no sean objetivas; pues los privilegios e inmunidades que garantiza la Constitución americana a cualquier ciudadano de los EE.UU. no pueden ser privados por ley o ejecución de ley de un Estado) enmienda. En estas tres enmiendas se establecen las garantías fundamentales de los derechos individuales, y particularmente el right of privacy (si

bien en este caso el establecimiento no es expreso). Véase al respecto RIGAUX : L'elaboration...cit.; pág. 704.

- (122) - Así, BAJO FERNANDEZ : Protección del honor y de la intimidad...cit.; pág. 104, si bien el autor muestra sus dudas con la propuesta de G. SCHMIDT sobre la distinción entre esfera privada e íntima. GARCIA VITORIA, A.: El derecho a la intimidad en el Derecho penal en la Constitución de 1978. Pamplona, 1983; págs. 20 a 24. Siguiendo a BRICOLA. SERRANO ALBERCA, J.M.: En Comentarios a la Constitución dirigidos por GARRIDO FALLA, F. 2ª edic. Madrid, 1985; pág. 353. GARCIA PABLOS DE MOLINA : El Derecho penal como límite al ejercicio de las libertades y derechos fundamentales. Protección penal del honor y la intimidad. Escritos penales. Madrid, 1984; pág. 388, quien habla de esfera secreta, íntima y de confianza. SEMPERE RODRIGUEZ, C.: Derecho al honor a la intimidad y a la propia imagen...cit.; pág. 460; que distingue entre vida privada y esfera íntima.
- (123) - Sería prolijo enumerar aquí todas las definiciones aportadas por la doctrina. Por todos, pueden verse las citadas por GARCIA VITORIA : Derecho a la intimidad...cit.; págs. 17 y 18 y FARÍÑAS MATONI : El derecho a la intimidad...cit.; pág. 330.
- (124) - En este sentido, BAJO FERNANDEZ : Protección del honor y de la intimidad...cit.; pág. 101. MORALES PRATS : La tutela...cit.; pág. 135.

- (125) - Sobre la regulación constitucional del derecho a la intimidad, además de los autores citados en notas precedentes, pueden señalarse los siguientes: PUENTE MUÑOZ, T.: El derecho a la intimidad en el art. 18 de la Constitución núms. 1º y 4º en Estudios sobre la Constitución española de 1978. Valencia, 1980; págs. 111 y ss. VIDAL MARTINEZ, J.: La protección de la intimidad de la persona en el ordenamiento positivo español. Revista de Derecho privado (1980), págs. 755 y ss. Del mismo : Manifestaciones del Derecho a la intimidad personal y familiar. Revista General del Derecho (1980); págs. 1042 y ss. Del mismo: En torno al concepto y naturaleza del derecho a la intimidad personal y familiar. Separata de la Revista General del Derecho. Valencia, 1980; págs. 5 y ss. PEREZ LUÑO, A.E.: La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución Española de 1978. Revista de Estudios Políticos.nº 9 (Nueva Epoca) (1979); págs. 59 y ss., si bien circunscrito al ámbito de la informática.
- (126) - Señaladas por toda la doctrina. A título de ejemplo, seguimos aquí a JORGE BARREIRO : El allanamiento de morada ...cit.; págs. 34 y 35 (si bien el autor circunscribe estas consecuencias en la inviolabilidad del domicilio).
- (127) - El términos similares MADRID CONESA : Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho...cit.; pág. 39 nota 54.
- (128) - Esta nota negativa, de no intervención de terceros, se

observa también, aún implícitamente, en las SSTs 22/1984, de 17 de febrero (FJ nº: 5) y 110/84, de 26 de diciembre (FJ nº: 3).

(129) - En esta misma línea se encuentran los Autos 139/1985, de 17 de abril y 982/1986 de 19 de noviembre.

(130) - SANTAMARIA PASTOR, J.A.: Sobre el derecho a la intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables. Revista Española de Derecho Constitucional. nº:15 (1985); pág. 162.

(131) - A esta teoría nos hemos referido anteriormente en la cita de la nota 120. Básicamente pretende determinar el contenido de la esfera privada individual frente a las injerencias que se puedan producir en el campo de la informática.

La teoría toma como presupuesto el hecho de que el individuo desarrolla diferentes funciones en la estructura social. A cada rol, a cada papel le corresponde una determinada información exigida o exigible para que se puedan culminar los fines correspondientes. El resto de datos o acontecimientos integra el espacio privado del individuo, que dependerá de la cualidad del receptor y de sus relaciones con el emisor.

Nótese que la calificación de "lo privado", de "lo íntimo", va a depender, no de la propia naturaleza, estructura o esencia del suceso, sino de cómo sea éste utilizado en atención a la función que desempeñe.

(132) - Esta doctrina aparece también, expresada casi en idénti-

cos términos, en los Autos 642/1986 de 23 de julio (FJ nº : 3) y 982/1986 de 19 de noviembre (FJ nº : 2).

- (133) - BALDASSARRE : Privacy e Costituzione...cit.; pág. 458 y ss.
- (134) - MORALES PRATS : Privacy y reforma penal, D.J....cit.; pág. 582.
- (135) - MORALES PRATS : Privacy y reforma penal...cit.; pág. 586.
En este sentido se expresaban BARILE - CHELI (seguidos por aquél autor); Domicilio (Libertá di)...cit.; pág. 860.
En el Derecho anglosajón, la inviolabilidad del domicilio (en sentido amplio) se ha entendido como una de las libertades integrantes del primer grupo de manifestaciones de la privacy, esto es, como derecho a la soledad, que prohíbe la transgresión frente a terceros de la voluntad de un individuo de permanecer ignorado y solitario (RIGAUX : L'elaboration...cit.; pág. 710).
- (136) - Opinión doctrinal mayoritaria hoy, tanto en nuestro país (vid supra nota 98) como fuera de nuestras fronteras. Así, entre otros, en el derecho extranjero se manifiestan RUDOLPHI : SKS...cit.; pág. 1. OSTENDORF : AK...cit.; pág. 356. SHAFER : LK...cit.; pág. 4. BERNSMANN : Tatbestand-probleme des Hausfriedensbruchs...cit.; pág. 339. BODENDORF : Der Hausfriedensbruch...cit.; pág. 25. STOIBER : Der Hausfriedensbruch im Licht...cit.; pág. 41. ARMKNECHT : Hausfriedensbruch...cit.; pág. 75. KAGELER : Die gemeinsame und beschränkte...cit.; págs. 122 y ss. BARILE - CHE-

LI : Domicilio...cit.; pág. 860. BRASIELLO, T.: Domicilio (violazione di) Novissimo Digesto italiano. Tomo VI (1960); pág. 180 , si bien el autor no expresa claramente que sea el derecho a la intimidad el objeto tutelado en los arts. 614 y 615 del C.p. italiano, se deduce esta interpretación del contenido de su trabajo. La doctrina italiana, sin embargo, es reticente a la hora de expresar el derecho a la reserva como bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada y prefiere hablar de libertad personal o libertad doméstica cuando hacen referencia a aquél. En estos términos se expresan MONACO, L. en Commentario breve al Codice penale. Coordinado por CRESPI, A.; ZUCCALA, G. y STELLA, F. Padova, 1986; pág. 614. ANTOLISEI, F.: Manuale di Diritto penale. Parte Speciale. 8ª edición a cargo de CONTI, L. Milán, 1982; pág. 176. MANZINI : Tratatto di Diritto penale italiano. Vol. VIII...cit.; pág. 842. MAGGIORE, G.: Derecho Penal. Parte Especial. Vol. IV. Bogotá, 1972; pág. 484.

- (137) - SUAREZ MONTES : El delito de allanamiento de morada... cit.; pág. 868. JORGE BARREIRO : El allanamiento...cit.; pág. 47. MUÑOZ CONDE : ...Parte Especial...cit.; pág. 154.
- (138) - Como hemos manifestado en varias ocasiones, la posición del TC en materia de inviolabilidad de domicilio es bastante indeterminada y confusa. En la sentencia citada en el texto, establece una conexión instrumental entre inviolabilidad de domicilio y derecho a la intimidad : "...la

protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos donde se desarrolla la vida privada de la persona. Por ello existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y registro en un domicilio (art. 18.2 de la Constitución) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad" (FJ nº; 2). Esta premisa la desarrolla hasta tal punto que amplía el clásico contenido de la inviolabilidad de domicilio de tal forma que "impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos, u otros análogos" (FJ nº; 5). No obstante, esta relación pierde su sentido en la STC 137/85 de 17 de octubre, donde se considera titular del derecho contenido en el art. 18.2, de la CE también a las personas jurídicas. Refiriéndose a este derecho (pero con terminología dudosa) señala que: "...la libertad de domicilio se califica como reflejo directo de la protección acordada en el ordenamiento a la persona, pero no necesariamente a la persona física, desde el momento en que la persona jurídica venga a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de la tutela constitucional, y todas las hipótesis en que la instrumentalización del derecho a la libertad no aparezcan o sean incompatibles con la naturaleza y la especialidad de fines del ente colectivo." (FJ nº; 3). Parece contradictorio, pues, entender la inviolabilidad

del domicilio, de un lado, como un instrumento jurídico de tutela del ámbito físico de intimidad personal y de otro establecer que también la persona jurídica puede ser titular del derecho; pues éstas, por su propia naturaleza, no tienen ni intimidad ni vida privada.

- (139) - CASAS VALLES : (Inviolabilidad domiciliaria y derecho a la intimidad. R.J.C. (1987)...cit.; pág. 193) ha encontrado un buen argumento para justificar coherentemente la posición aparentemente contradictoria del TC. Considera el autor que el TC no se limita a señalar que el concepto constitucional de domicilio es diferente del civil o administrativo, sino que esa diferencia viene determinada precisamente por su mayor amplitud. De esta forma, la protección constitucional abarcaría el domicilio civil y administrativo (eminentemente formalizados, sin necesidad de que en su seno se desarrollasen actividades propias de la vida privada) y aquellos lugares que, sin ser calificados jurídicamente como domicilios en el orden privado o administrativo, se verían abrazados, sin embargo, por el art. 18.2 de la CE siempre y cuando sirviesen a sus moradores un reducto o ámbito delimitado físicamente donde se lleva a cabo un mínimo desenvolvimiento de la existencia doméstica de aquellos, esto es, donde se concreta su intimidad personal.

Esta aguda interpretación no se deduce claramente de las resoluciones del alto Tribunal. Sin embargo, parece bastante acertada y acorde con el significado histórico-constitucional del precepto. Bajo estos presupuestos, también

se rechaza frontalmente la virtualidad de dicho precepto para que pueda constituir directamente el objeto de protección del art. 490 del C.p.

- (140) - JORGE BARREIRO : El allanamiento...cit.; pág. 41.
- (141) - A título de ejemplo, de la que es una opinión poco controvertida; SEMPERE RODRIGUEZ : en Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen...cit.; pág. 441 (si bien el autor distingue entre derecho a la intimidad y vida privada) BAJO FERNANDEZ : Protección del honor y de la intimidad...cit.; pág. 106.
- (142) - En el derecho italiano ocurre algo similar. El art. 14 de la Constitución italiana señala, en primer lugar, que: "El domicilio es inviolable". Sin embargo, el objeto material del delito regulado en el art. 614 del C.p. hace referencia principalmente a la "morada privada" o a concreciones de la misma. Así, algún autor de este país ha manifestado que la disciplina constitucional se circunscribe a un ámbito más amplio que la protección penal, en función de una diferente articulación de intereses protegidos, de tal forma que "domicilio" sería el sustantivo utilizado para designar cualquier lugar que se disponga a título privado, constituya o no la morada de su titular. Así AMATO, G. en AAVV : Commentario della Costituzione a cargo de BRANCA, G. (Comentario al art. 14). Bolonia-Roma, 1977; pág. 61. Esta interpretación, que es más acorde con la evolución histórica del precepto, había sido rechazada con anterioridad por BARILE y CHELI (Domicilio...cit.;

pág. 862) quienes entendían que no existía diferencia entre el término "domicilio" plasmado en la Ley Fundamental y el término "morada privada" al que hace referencia el Código penal italiano.

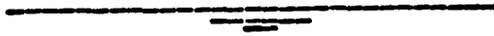
- (143) - El "cuerpo" y "alma" del concepto de morada, según expresa MAS FORNS, R.: Proyección penal de la casa. RGLJ nº: 199 (1955); pág. 40.
- (144) - Véase por todos MORALES PRATS : La tutela...cit.; pág. 164.
- (145) - BARILE - CHELI : Domicilio...cit.; pág. 865.
- (146) - SUAREZ MONTES . El delito de allanamiento de morada...cit.; pág. 869 continuando la línea marcada por BARILE - CHELI y QUINTANO.
- (147) - ARMKNECHT : Hausfriedensbruch...cit.; pág. 75. KAGELER : Die gemeinsame und beschränkte...cit.;pág. 128; el autor, siguiendo a SEIGER, señala que en el allanamiento de morada se ataca, no ya a la persona, sino más bien a la personalidad.
- (148) - Así, SSTS de 8 de octubre de 1968 (JC nº: 1244) y 6 de noviembre de 1987 (RA. 8458), como botón de muestra.
- (149) - STAMPA BRAUN, J.M.: El objeto jurídico del infanticidio honoris causa. ADPCP. Tomo VIII (1955); pág. 32.
- (150) - JORGE BARREIRO : El allanamiento...cit.; pág. 27 nota 23 y LARRAURI PIJOAN : Allanamiento de morada...CPC. nº 23 (1984). cit.; pág. 293 señalan, en este sentido, que la

ubicación sistemática del delito de allanamiento de morada en el Título XII del Libro II de nuestro Código penal no es determinante como criterio interpretativo utilizado para delimitar el bien jurídico protegido en el tipo del art. 490.

- (151) - En esta línea jurisprudencial se sitúan las SSTs de 9 de junio de 1960 (JC n.º: 525), 24 de enero de 1961 (CJ n.º: 70), 5 de octubre de 1974 (CJ n.º: 1269bis), 29 de enero de 1975 (CJ n.º: 117), 22 de abril de 1978 (CJ n.º: 374), 18 de noviembre de 1981 (CJ n.º: 1324), 25 de marzo de 1985 (RA n.º: 2031) y 7 de febrero de 1987 (RA n.º: 1214).
- (152) - Como más representativas, se destacan las SSTs de 21 de abril de 1956 (CJ n.º: 381), 13 de febrero de 1968 (CJ n.º: 240), 17 de febrero de 1969 (CJ n.º: 677), 18 de noviembre de 1969 (CJ n.º: 2016), 22 de abril de 1978 (CJ n.º: 374), 18 de mayo de 1979 (CJ n.º: 616) y 22 de junio de 1979 (CJ n.º: 832).
- (153) - COBO DEL ROSAL - VIVES ANTON : Derecho Penal, Parte General...cit.; pág. 222.
- (154) - GALLAS, W.: Der Schutz der Persönlichkeit im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E.62) ZStW n.º:75 (1963); pág. 21. BONDENDORF : Der Hausfriedensbruch...cit.; págs. 24 y ss.
- (155) - GALLAS : Op. cit. loc. ult.
- (156) - GALLAS : Der Schutz der Persönlichkeit...cit.; pág. 22.
Con las lógicas salvedades que se derivan de una provisional traducción un tanto libre.

- (157) - BODENDORF : Der Hausfriedensbruch...cit.; pág. 25.
- (158) - Señala ARMKNECHT (Hausfriedensbruch...cit.; pág. 76) que del precepto jurídico que regula el delito de allanamiento de morada surge una expectativa, una pretensión al cuidado de la esfera doméstica, que es un presupuesto del libre desarrollo de la personalidad del morador, y que, como todo aquello que hace referencia al individuo, debe ser respetada.
- (159) - En la doctrina alemana se abre paso esta concepción formal del bien jurídico en el allanamiento de morada, si bien por razones diferentes a las que aquí se postulan, debido fundamentalmente a que se quieren aceptar algunas conclusiones del análisis funcionalista del bien jurídico, pero por razones de seguridad jurídica tienen que admitir una estructura formalizada del objeto de protección. Vid supra nota 78.
- La posición de AMELUNG mantenida en el reciente trabajo de 1986 (en ZStW, 98 (1986); ya citado en reiteradas ocasiones), aunque a primera vista se muestra con un contenido material y psicológico, el autor no tiene más remedio que, sin decirlo expresamente, mantener esta concepción formal del bien jurídico comprendido en el art. 123 del StGB: "Se tiene que partir también de que el par. 123 del StGB protege esta libertad fáctica de la conducta al abrigo de la territorialidad...". Sin embargo el tipo no exige una lesión de la libertad que ha sido facilitada mediante la seguridad o el control de información. Aquél tan solo protege el territorio físicamente asegurado como

"libertad potencial" (pág. 404).



-CAPITULO III. LA FIGURA TIPICA DEL DELITO DE ALLANAMIENTO
DE MORADA. REFERENCIA A LOS AMBITOS DE
ANTI JURIDICIDAD, CULPABILIDAD Y FORMAS
ESPECIALES DE APARICION

A.- LOS SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DEL DELITO

- 1º) El sujeto pasivo
- 2º) El "particular" como sujeto activo del delito

B.- EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO; LA MORADA AJENA

- 1º) Concepto penal de morada
- 2º) Alcance del término típico morada
Supuestos conflictivos

C.- LA CONDUCTA TIPICA

- 1º) Modalidades de conducta: allanamiento de morada activo y pasivo
- 2º) La voluntad contraria del sujeto pasivo
- 3º) El tipo agravado de allanamiento de morada

D.- LA ANTI JURIDICIDAD EN EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA

- 1º) El debate sobre la existencia de un elemento subjetivo del tipo

2º) El estado de necesidad "ex lege"

E.- BREVE REFERENCIA AL AMBITO DE LA CULPABILIDAD

1º) Allanamiento doloso y límite en la
incriminación imprudente

2º) Ambito del error

F.- FORMAS ESPECIALES DE APARICION

1º) Formas imperfectas de ejecución del
delito de allanamiento de morada

2º) Concurso aparente de leyes; las
diferentes formas de configuración
de la protección de la morada en el
C.p.

3º) Concurso de infracciones; el carácter
medial del allanamiento de morada

NOTAS.

CAPITULO III

En el presente capítulo se estudiará la figura típica del delito de allanamiento de morada, examinando analíticamente cada uno de los términos que componen la misma (sujetos, objeto material, acción, etc.), con el propósito de resolver las cuestiones teóricas y prácticas que cada uno de los elementos plantea, según han señalado doctrina y jurisprudencia.

Después de haber desvelado el contenido del injusto del delito de allanamiento de morada, se considera oportuno examinar el tipo penal concreto inmediatamente, pues la toma de posición respecto al bien jurídico considerado es utilizada como criterio hermenéutico fundamental para realizar una tarea interpretativa que, en definitiva, pueda responder convincentemente a cada uno de los problemas planteados.

Tras el examen de la figura típica en su aspecto objetivo y típico, se dedica un breve apartado al ámbito de la justificación, si bien es cierto que circunscrito al estado de necesidad "ex lege" determinado en el art. 491.

El capítulo, y el presente trabajo, finaliza con el estudio de diversas cuestiones relacionadas con la culpabilidad y las formas especiales de aparición, aunque se traten tan solo aquellos puntos oscuros que más problemas han planteado a doctrina y jurisprudencia, intentando encontrar para cada uno de ellos una solución satisfactoria y fundamentada.

Quizás el esquema presentado adolece de ciertas deficienu

cias sistemáticas, pero la íntima conexión de los temas planteados y la muy diferente extensión de los mismos nos han obligado a ubicarlos en un mismo capítulo para no romper la armonía y conjunción exigidos en su diverso tratamiento.

A.- LOS SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DEL DELITO

Si partimos de la definición de sujeto pasivo del delito aceptada casi unánimemente por la doctrina (1), donde este viene considerado como titular del bien jurídico protegido por la norma concreta, entonces estaremos de acuerdo en estimar como momento más adecuado de su examen inmediatamente después del examen del bien jurídico. De ahí que comencemos el presente apartado por el estudio del sujeto pasivo y la problemática que en torno a éste se circunscribe.

1º) El sujeto pasivo

El art. 490 del Código penal designa al titular del bien jurídico protegido con el vocablo "morador". El morador es, por tanto, el sujeto que mora, que habita en el lugar protegido legalmente. En tal sentido, el morador, como portador del interés tutelado jurídicamente, es la persona que desarrolla su vida privada doméstica dentro de la morada, espacio físico donde naturalmente sirve como presupuesto adecuado para el libre desenvolvimiento de su personalidad.

Estamos, entonces, determinando el ámbito de los posibles titulares del bien jurídico a las personas físicas, quedando excluidas las personas jurídicas, pues éstas ni pueden morar, ni realizar vida privada doméstica alguna, ni mucho menos, llevar a

cabo un sano desenvolvimiento de su personalidad. Y aunque el Tribunal Constitucional ha señalado en la Sentencia 137/85, de 17 de octubre, que la inviolabilidad del domicilio también alcanza a las personas jurídicas, este criterio es absolutamente desechable cuando se trata del delito contenido en el art. 490 del C.p., tal y como hemos señalado en el capítulo anterior (1 bis).

Pero, además de este elemento material que califica al sujeto pasivo, éste viene también determinado por el art. 490 en cuanto que es "la persona cuya voluntad se debe tomar en consideración para permitir o prohibir la entrada" (2). Ahora bien, no se debe perder de vista que la ley habla de "morada" y de "morador", y con el empleo de estos dos términos anclados en una misma raíz, no está el legislador concediendo al titular del lugar protegido un especial derecho formal tildado con las características propias que ofrece el ordenamiento iusprivatístico. Como señalara QUINTANO, "En efecto, morador es un concepto fáctico ajeno a lo estrictamente jurídico, diverso de los más concretos de "propietario", "arrendatario", o "cabeza de familia", con los que inconsideradamente suelen barajarse" (3). Siguiendo esta pauta acorde con la concepción sobre el bien jurídico que aquí se ha mantenido, se pueden resolver sin mayores problemas los supuestos planteados por doctrina y jurisprudencia, entre los que cabe destacar aquellos que hacen referencia al conflicto de titularidades cuando varias personas viven en la misma casa, o los referidos a las relaciones entre arrendador y arrendatario.

En cuanto al primer supuesto, la cuestión se plantea cuando en una única morada son varias las personas que conviven en la misma. En tal caso, si uno o varios deciden prohibir la entrada

a un tercero y parte de los habitantes, por el contrario, optan por conceder permiso a aquél para que ingrese en la vivienda, se plantea un conflicto sobre la determinación de cual de las voluntades, (bajo qué condiciones y con qué efectos) debe prevalecer, aquélla que se opone al ingreso o por el contrario esta otra que consiente en la presencia de la persona en cuestión.

En una primera interpretación, cierto sector doctrinal (4), apoyado por alguna resolución jurisprudencial (5), entiende que el sujeto pasivo es principalmente, en el ámbito doméstico, el jefe del grupo familiar. De esta forma, la expresión "morador" no es aceptada según su común significación, sino como amo, cabeza y señor de la casa. El resto de componentes del ámbito familiar, según esta opinión, no serían titulares del derecho sino simplemente personas que pueden ejercer el mismo, como meros representantes de aquél; aun así, éstos últimos tienen ciertas facultades de decisión sobre quien puede, y quien no, entrar o permanecer en la estancia doméstica. Pero respecto del resto de habitantes de la casa que no pertenecen al clan familiar, subordinados o dependientes del jefe de la misma (asistentes, criados, chofer, etc.), carecen de cualquier tipo de poder para autorizar el ingreso ni en la vivienda común, ni siquiera en sus propias habitaciones (6). En cambio poseen tácitamente la facultad para oponerse a la entrada del tercero tanto en la vivienda común como en sus propias habitaciones, siempre y cuando ésta no sea revocada por el titular de la morada.

Frente a esta interpretación, que ha sido criticada por suponer un criterio exegetico extensivo y casi siempre perjudicial al reo, QUINTANO (7) distinguió dos aspectos de diferente tratamiento: el ius prohibendi, mediante el cual se veda el acceso al tercero,

que quedaría en estricta reserva al titular cabeza de familia o quien hiciese sus veces; y el ius permitendi que se limita a admitir, que correspondería a cualquier morador por modesta que fuese su posición en la morada. Con este parecer se quiere compatibilizar la propia literalidad del texto contenido en el artículo 490 del Código penal con la situación fáctica que se produce en la comunidad familiar siempre con cierta relación de jerarquía. Los habitantes de la vivienda, continuarían siendo "moradores" a efectos jurídico-penales, pues a ellos también afectaría la facultad de admisión (8).

Respecto de la cotitularidad de la morada cuando no existan situaciones de jerarquía y de subordinación, la doctrina dominante en nuestro país entiende que debe regir el principio jurídico melior est conditio prohibendi, esto es, que ante la desavenencia de los diferentes moradores respecto de la entrada o permanencia de un tercero en el domicilio familiar, prevalece la voluntad de aquél o aquéllos que se niegan a conceder su permiso en la introducción o mantenimiento de la persona ajena en la morada (9). En la doctrina alemana, sin embargo, se considera que todos los moradores poseen el Hausrecht de igual forma, esto es, que cada una de las personas que conviven en el local común son titulares por igual del derecho de libre disposición sobre la vivienda. De ahí se sigue en consecuencia que todos tienen el poder de permitir el ingreso o la permanencia del tercero en el lugar protegido, y que la voluntad prohibitiva del cotitular solo tenga validez en tanto y en cuanto la presencia de la persona ajena no le sea exigible, pues de otra forma, la conducta negativa de éste supondría un abuso de derecho. Se dice, por ejemplo, que el cónyuge no tiene por que tolerar la presencia del amante de su consorte, y en tal supues

to su conducta de rechazo hacia aquél está justificada puesto que no existe exigibilidad alguna en la admisión del tercero en el domicilio familiar. Aquí la voluntad contraria al ingreso constituiría requisito típico suficiente para dar vida al delito de allanamiento de morada (10).

En Italia, a raíz de la reforma de 1975, se observa un cambio doctrinal en la tradicional opinión que defendía el criterio de conceder preeminencia a la voluntad del que niega sobre la voluntad del que admite. Así, señala ANTOLISEI (11): "pero dado que el derecho de exclusión no es el reverso del derecho de admisión, no se entiende como se puede ver operable el primero a fin de integrar la figura criminal en examen, neutralizando totalmente el derecho de quien da su consentimiento que tiene la misma fuerza porque ha sido manifestado por otro sujeto en posición paritaria". A estos efectos, se ha querido también distinguir entre titular del derecho de exclusión y titular de la inviolabilidad del domicilio (12), entendido aquí como una forma de designación del bien jurídico. Se dice, que el derecho a la inviolabilidad del domicilio corresponde a todo componente del grupo familiar mientras que el ius excludendi viene ejercitado por aquellos a quienes corresponde la patria potestad en favor del interés general.

Incluso MANZINI, uno de los primeros partidarios de la defensa del principio "mellior est conditio prohibendi", ha señalado, que la voluntad contraria del resto de comoradores levantaría el derecho de exclusión siempre que dicha voluntad no sea caprichosa o despreciable (13).

Expuesta en líneas generales la cuestión del conflicto

de titularidades, es momento de manifestar nuestra propia posición sobre este punto controvertido, respetando el tenor literal del art. 490 e intentando mantener la coherencia con el planteamiento que se propone en el presente trabajo.

Se concibe al sujeto como titular del bien jurídico protegido, como portador del interés tutelado por la norma concreta. Si el objeto formal del delito de allanamiento de morada se de termina como un derecho a la vida privada doméstica, el sujeto pasivo será precisamente aquella persona que desarrolla en su hogar esa vida privada doméstica, la cual tiene derecho a disfrutar sin soportar la presencia física indeseada de un tercero. El sujeto pasivo, en estos términos es el morador, persona que mora, que habita en el local designado legalmente. Señala MANZINI (14), que la tutela penal de la norma abarca a todo individuo en tanto que éste tenga el interés jurídico de mantener inviolado el lugar en el cual se desarrolla, en todo o en parte, su vida doméstica. Es esta, pues, la nota fundamental que encierra la cualidad de sujeto pasivo en la figura delictiva examinada. Normalmente vendrá acompañada con el derecho de exclusión, pero éste, al contrario que aquélla, no es elemento indispensable que delimite al titular del interés jurídico protegido. Dicho en otras palabras, pueden existir personas a las que les corresponda el derecho de exclusión y admisión sin ser moradores, y por tanto, sin poder ser considerados sujetos pasivos del delito. Imaginemos el supuesto del director de un orfelinato, que puede decidir quienes entran o no en el centro pero que perfectamente puede ser una persona ajena a la morada común en tendida como persona que habita en el local.

En los lugares donde exista convivencia común y una re

lación fáctica de jerarquía (residencias de colegios, hogar familiar) se crea una forma de vida comunitaria que necesita de ciertos presupuestos básicos para que aquélla se pueda desarrollar normalmente. Condición indispensable es, como se ha venido apuntando, el mantener fuera de los muros de la vivienda la presencia física de personas extrañas. De este modo se mantienen las posibilidades para que el individuo concreto pueda ejercer su libertad potencial y para que los fines del grupo al menos no sean obstaculizados arbitrariamente.

Todos los componentes que desarrollan su intimidad de vida en la vivienda común, son a los efectos de la ley penal, sujetos pasivos del delito tipificado en el art. 490. Ahora bien, en supuestos como el domicilio familiar, aquellas personas que son precisamente las responsables de garantizar el normal desarrollo de la convivencia doméstica tienen una facultad preeminente sobre el resto de componentes en cuanto a la determinación de quien puede y quien no puede entrar en la morada común, facultad que está justificada precisamente por el propio fin protector de la norma incriminatoria. En efecto, si mantenemos que el delito de allanamiento de morada aparece como instrumento jurídico de tutela del respeto a la vida privada del ciudadano, no sería lógico otorgar a toda costa un poder absoluto a cada uno de los moradores en cuanto a su derecho de exclusión y admisión, porque en razón al cumplimiento estricto del mandato legal del precepto, se vulneraría precisamente aquello que la norma valora como digno de protección. Piénsese en el menor que se hace amigo de un fugitivo de la justicia y desea introducirlo en su casa por deseo de aquél para eludir la persecución policial. Si los padres se oponen, su voluntad es la decisiva

a efectos de integrar la figura delictiva, puesto que de esta forma la ley posibilita la protección de la vida doméstica familiar puesta en peligro por la conducta del hijo. Con esta interpretación se respeta el tenor literal del art. 490 del C.p., se mantiene la coherencia con la postura adoptada en orden al bien jurídico y, en fin, se solucionan satisfactoriamente los supuestos prácticos que se pueden presentar en la realidad cotidiana.

Pero ello no significa que los sujetos subordinados al cabeza de grupo no tengan ciertas facultades tanto de admisión como de exclusión. Por el contrario, y aunque la doctrina mayoritaria entiende que aquéllos no tiene el ius permitendi respecto de los sujetos extraños (15), la interpretación tradicional debe ser rechazada en sus estrictos términos. Ciertamente es (y aquí se defiende) que en los supuestos de confrontación expresa de voluntades debe prevalecer la del superior jerárquico, pero cuando manifiestamente éste haya ordenado a aquél que cierta persona tiene prohibida la entrada o que debe abandonar la vivienda, o todo lo más, cuando tácitamente pueda deducirse claramente de las circunstancias y relaciones entre ambos. Ahora bien, si el subordinado introduce en su habitación a un extraño sin el conocimiento del jefe o responsable del lugar destinado a morada, no se satisface el tipo de allanamiento de morada por dos razones. En primer lugar, porque sobre los lugares de uso exclusivo, al ser conceptuados y delimitados también como "morada" del doméstico, la voluntad de éste adquiere mayor relevancia que la "presuntamente" opuesta del dueño o superior. En segundo lugar, aun admitiendo que el querer del sometido no tiene valor alguno, la única voluntad que cuenta a efectos del art. 490 del Código penal es la voluntad contraria expresa o tácita, pero no la presunta (16).

Esta cuestión teórica es decisiva para resolver el supuesto (nada infrecuente en los tribunales) ya clásico de la sirvienta que introduce subrepticamente en la casa de sus señores a su amante, para mantener relaciones sexuales en su propia habitación. Pues bien, según se ha dicho aquí, en tal caso no habría de ninguna forma delito de allanamiento de morada, salvo que expresamente se le hubiese prohibido la entrada al tercero (17).

Por último, en cuanto a esta cuestión del conflicto de titularidades, debemos examinar el principio clásico: "quien prohibe es de mejor condición".

En supuestos donde todos los moradores son de igual de recho, esto es, donde no existe relación de subordinación alguna, siendo coherentes con nuestro planteamiento debemos invertir el criterio exegetico.

En efecto, se ha señalado que el Derecho valora y protege la vida privada del individuo y la barrera que éste levanta con su voluntad frente a la presencia física ajena. Y se ha dicho que esta tutela estaba ordenada fundamentalmente a proporcionar el libre desarrollo de la personalidad del ciudadano. Cuando existe una divergencia sobre la admisión de un tercero entre los moradores que habitan el lugar común, existe un conflicto entre éstos en tan to que, en principio, todos tienen derecho a desarrollar su propia intimidad de vida en el local jurídicamente protegido, pues todos habitan por igual sin que la ley lleve a cabo ningún tipo de distin ción. ¿Por qué entonces, debe prevalecer la voluntad del que prohibe?. Es cierto que frente a un tercero sin más, el titular de la morada puede caprichosamente, cualquiera que sea la razón, negar la

entrada a otro, pues se ha señalado que la tutela penal tenía lugar ya desde el momento en que se vulnera la pantalla formalmente levantada por la voluntad de aquél. Ahora bien, si imaginamos que en un local viven dos moradores, uno que consiente y otro que rechaza la presencia de un tercero, ambos están legitimados para vivir privadamente en el centro doméstico, y ejercer en él su libertad más íntima, y no se entiende muy bien por qué apriorísticamente siempre haya de vencer el que niega. Este tipo de soluciones formalistas suelen ser rechazadas en un Derecho Penal moderno que intenta acercarse más a una Justicia legal inspirada en los principios constitucionales básicos.

Por tanto la solución debe ser la contraria, esto es, en vía de principio, prevalecerá la voluntad del que consiente, que anulará la voluntad contraria del que se opone a efectos de integrar la conducta del tercero el delito de allanamiento de morada, siempre y cuando la presencia de la persona ajena al domicilio compartido le sea exigible a este último (18). En efecto, cuando el invitado por el comorador actúa o se comporta de forma que atente el normal desenvolvimiento de la libertad doméstica del que allí reside (insultándole, molestándole indecorosamente) o por sus circunstancias personales, su mera presencia supone una ofensa a la dignidad personal de este último (el marido trae al domicilio familiar a su amante); en tales supuestos se ataca el respeto a su vida privada y también se menoscaba el libre desarrollo de su personalidad, además de satisfacer la conducta del tercero todos los requisitos típicos exigidos por el art. 490. En este caso es cuando queda justificada la voluntad prohibitiva frente a la de aquél que presta su consentimiento en la entrada o permanencia del extraño.

En cuanto a la aplicación del principio "melior est conditio prohibendi" en el ámbito familiar, recientemente ha sido criticado magistralmente por JORGE BARREIRO (19). El autor lleva a cabo un profundo análisis sobre las nuevas directrices que informan actualmente el Derecho de familia, y llega a la conclusión de que, tras la reforma de este sector jurídico operada por la Ley de 13 de mayo de 1981, "La panorámica del nuevo Derecho de familia cambia la concepción jerarquizada de la familia, quedando superada la posición de los hijos menores no emancipados como mero objeto de protección sometidos a la potestad (voluntad omnipresente) de los padres" (20). De igual forma, la mujer casada, atendiendo al dictado de la propia Constitución y de las reformas del Derecho de familia, ocuparía una posición de plena igualdad en cuanto al ejercicio del ius prohibendi y del ius permitendi respecto del marido. Los hijos menores en principio también tendrán ciertas facultades de admisión y de exclusión, que quedarán sometidas a la voluntad paterna cuando la presencia de la persona invitada por el menor ponga en peligro la vida privada doméstica familiar (21).

En resumen, como señalaba GROIZARD (22) en el examen del tema del conflicto de titularidades "los ejemplos pueden multiplicarse sirviendo para demostrar que en esta materia es imposible legislar de modo que todos los casos sean previstos, y es fácil resolverlos en la práctica todos, consultando los principios que constituyen la teoría científica y legal del presente título incriminatorio". En este sentido, se rechazan de plano las soluciones apriorísticas que pretendan resolver todo tipo de cuestión con principios libremente trasladados del ordenamiento jurídico privado.

El supuesto conflictivo, en definitiva, se debe resol-

ver atendiendo al significado del término "morador", que como se ha señalado no es ningún término jurídico-formal como los de "propietario" "arrendador" o "poseedor", sino que designa a aquella persona que habita, que reside, que desarrolla la intimidad de su vida doméstica en la vivienda objeto de protección. Es, pues, un elemento típico descargado de cualquier forma exigida por un título jurídico; por el contrario, nos encontramos ante un concepto fáctico que exige la comprobación de si el sujeto efectivamente "mora" en el lugar designado legalmente. Además, es necesario recurrir al bien jurídico como criterio interpretativo decisivo en la determinación de la solución del conflicto de titularidades (23), y en concreto, examinar la lesión que puede producirse en el ámbito de la vida privada común, en la esfera de los moradores individualmente considerados, y, en fin, en sus respectivos derechos al libre desarrollo de su personalidad.

Bajo estos presupuestos exegéticos, pocas dudas ofrecen los supuestos donde se plantea la categoría del sujeto pasivo entre propietario y poseedor, arrendador e inquilino. Y ofrecen pocas dudas estos pretendidos conflictos porque, como ha señalado QUINTANO (24), la consideración de "morador" no es una cuestión que afecte al derecho de propiedad ni siquiera al de habitación. Por esta razón, con buen criterio señala el ilustre tratadista que de nuevo procede ponerse en guardia contra las visiones civilistas del problema y pese a que en el orden jurídicocivil prevalezca el derecho de propiedad sobre el de posesión, en Derecho Penal debe primar el criterio material que considera sujeto pasivo del delito a aquél que efectivamente habita en la vivienda y en ella satisface las condiciones de su vida doméstica.

A estos efectos, la cuestión más estudiada entre la

doctrina científica ha sido aquélla que debatía la posibilidad de la aplicación de la figura típica en los supuestos de contratos de arrendamientos de vivienda, en las diferentes conductas que pueden adoptar arrendador e inquilino. Las situaciones pueden ser muy diversas. Piénsese, por ejemplo, en la cláusula contractual donde se diga que el arrendador podrá introducirse en la casa siempre que lo desee, y cuando éste lleva a cabo la conducta, el inquilino pese a dicha cláusula, se opone; o en el supuesto nada infre-cuente de finalización del contrato de alquiler, pero con continuación de ocupación del local por parte del arrendatario que se opo-ne a abandonarlo.

La doctrina, dentro y fuera de nuestras fronteras, es unánime a la hora de resolver estos casos prácticos, acudiendo al principio de que predomina siempre la voluntad del que efectivamente mora, mientras que los incumplimientos contractuales deben di-rimirse en el orden civil, siendo ajeno el Derecho Penal a toda cuestión formal que cae fuera del tipo en concreto (25).

En líneas generales (y con ello concluimos la proble-mática que encierra el estudio del sujeto pasivo del delito conte-nido en el art. 490 del C.p.), nos adherimos a las conclusiones que SCHÄFER propone para resolver la presunta problemática de las relaciones existentes entre arrendador e inquilino en conexión con el delito de allanamiento de morada, por ser estas simple deducción lógica del planteamiento expuesto a lo largo del presente apartado (26), así:

- a) Por regla general, el derecho sobre la morada correspon-de al inquilino frente al arrendador, dado que la condición

de morador se adquiere por la residencia efectiva y no por una cláusula contractual.

b) En este sentido, si el inquilino impide la entrada del arrendador con incumplimiento de contrato, éste no tendrá derecho a la entrada en la vivienda, y cometerá el delito si, pese al permiso otorgado por la cláusula contractual, el ingreso se realiza contra la voluntad actual del arrendatario, cuyo comportamiento supone tan solo un ilícito civil que deberá ventilarse en un proceso extrapenal.

c) En el supuesto de que haya finalizado el contrato de arrendamiento, o este haya sido rescindido, o, en fin, agote su vida jurídica, el arrendador podrá exigir civilmente la posesión de la vivienda objeto del negocio jurídico, pero no por ello tiene derecho a ingresar en la misma, pues la condición de "morador" del inquilino no se pierde por una cuestión civil formal; sino por el cese efectivo de la vida doméstica en la morada.

d) En relación con el matrimonio, por el principio de igualdad entre los cónyuges, cada uno participa por igual de la condición de morador a efectos del art. 490 del Código penal, con independencia de quien sea el que efectivamente haya celebrado el contrato de arrendamiento.

Para finalizar este apartado, simplemente matizar que en los supuestos de invasión violenta de la morada del Jefe del Estado, el artículo a aplicar no será el 490 párrafo segundo sino el 146 nº 2. El Rey, por tanto, en tales circunstancias no es su-

jeto pasivo del delito de allanamiento de morada.

2º) El "particular" como sujeto activo del delito

Debe ahora examinarse toda la problemática que gira en torno a la delimitación del sujeto activo del delito de allanamiento de morada. El Código penal designa dicha categoría en el art. 490 con el término típico "el particular".

La doctrina y la jurisprudencia son unánimes, a estos efectos, y consideran que la referencia típica al particular viene a limitar el ámbito de los posibles autores del delito frente a los funcionarios públicos, pero, además, no en atención a la persona así calificada, sino en atención a la función que desempeña. De esta forma, el sujeto activo vendría definido negativamente, esto es, como toda persona que no sea funcionario público ni actúe en el ejercicio de su función (27).

Ahora bien, se debe señalar que a efectos jurídico-penales el concepto de funcionario público goza de cierta autonomía respecto de otros sectores del ordenamiento jurídico. En efecto, el art. 119 del C.p. (28), en su párrafo 3º, determina una noción instrumental de aquello que se entiende por funcionario público, noción instrumental que delimita un criterio interpretativo válido para el Código penal pero que no se puede trasladar al resto de disciplinas jurídicas (29).

Así pues, funcionario público a efectos penales es quien participa de la función pública, si bien se discute el requisito de la necesidad de estar habilitado para ejercer tal participación y estar en condiciones de poderse incorporar al puesto correspondiente (30). Con todo, sin entrar ahora en un examen general so

bre la problemática en cuestión, a tenor del artículo 119 del C. p. se puede señalar que el concepto penal de funcionario público exige de la participación del ejercicio de la función pública, de un lado, y de otro, de un título de participación en ese ejercicio de la función pública (31).

Pero es en el análisis del término típico "el particular" donde tenemos que centrar nuestra atención; y señalábamos que con tal término el Código circunscribía al sujeto activo del delito a quienes, o bien no ostentan ningún título o empleo de especial distinción (funcionarios públicos), o bien, aun poseyéndolo, actúan fuera del marco delimitado para el ejercicio propio de su cargo,

Ahora bien, la cuestión fundamental que debe abordarse aquí es aquella que se plantea sobre qué funcionarios pueden ser los excluidos del tipo de allanamiento de morada, para establecer así la línea que determina negativamente el círculo de posibles autores que integran el sujeto activo del allanamiento de morada.

En este sentido, tenemos que observar la propia ubicación de un delito que guarda notables semejanzas con el aquí examinado, este otro contenido en el artículo 191,1º del Texto punitivo, y denominado por la doctrina como delito contra la inviolabilidad del domicilio, o violación de domicilio, simplemente (32).

En efecto, cuando se entra en el domicilio de un súbdito español, contra la voluntad de éste, la conducta puede ser constitutiva del tipo del art. 191,1º o del 490, según la condición del autor; y si tenemos en cuenta que el art. 191 se encuentra en el Capítulo II del Título II del C.p., Libro II, claro está, bajo las respectivas rúbricas de los delitos cometidos con ocasión del ejer

oicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes, dentro de los delitos contra la seguridad interior del Estado, más concretamente, en la Sección 2ª de dicho Capítulo que comprende los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes; entonces podemos extraer la siguiente conclusión: que el sujeto activo del delito de violación de domicilio es un funcionario público (entendido de forma amplia) que en el desempeño de su función puede (posiblemente, no en relación de necesidad) menoscabar un derecho constitucionalmente reconocido en el art. 18 del Texto Fundamental, cual es la inviolabilidad de domicilio (33). Dicho en palabras de OCTAVIO DE TOLEDO (34): "Cuando la ley se refiere, como sujeto activo, al "funcionario público" no lo está haciendo a cualquier funcionario público, sino a aquéllos de entre éstos que, en determinados casos (de ordinario como consecuencia de encomendárselo una resolución judicial), pueden entrar en el domicilio de los ciudadanos sin o contra el consentimiento de éstos".

Estos funcionarios, según la doctrina dominante (35), serían los siguientes:

- a) Las autoridades y agentes de policía judicial aludidos en el Título VIII ("De la entrada y registro en lugar cerrado") del libro II de la Ley de Enjuiciamiento criminal, especialmente el art. 563.
- b) Las autoridades gubernativas y sus agentes, según establecen los arts. 11 y 30 de la Ley de Orden Público.
- c) En fin, cualesquiera otros que en el ejercicio de su función necesitan introducirse en el domicilio de un ciudadano

con motivo de inspecciones tributarias, embargos civiles o administrativos, etc. (por ejemplo arts. 130 y 141 LGT).

Así pues, no son "particulares" los empleados públicos mencionados anteriormente cuando se extralimiten en sus funciones.

Pero, la autoridad judicial no puede ser considerada sujeto activo del delito de allanamiento de morada, si bien es cierto que tampoco lo es del contenido en el art. 191,1º del C.p. En efecto, mentado precepto establece como condición del sujeto activo el que éste sea funcionario público, pero "no siendo autoridad judicial". Ello implica necesariamente que dicha autoridad judicial que, abusando de su cargo, viola el domicilio de un súbdito español, no realiza una conducta típica recogida por el delito determinado en el art. 191,1º del C.p; y tampoco en el art. 490, puesto que el encargado de juzgar que se extralimita en su actuación jamás puede ser considerado "particular" en el sentido que hemos venido expresando (36).

También debe tenerse en cuenta que la conducta descrita en el art. 191,1º no es idéntica a la señalada en el art. 490 del C.p., pues en aquél se ha omitido el comportamiento del agente que consiste en mantenerse en el domicilio ajeno contra la voluntad de su titular (37). Ante tal supuesto se plantea la pregunta siguiente: ¿Cómo responde el funcionario público que abusando de su cargo, penetra lícitamente en una casa ajena, con el consentimiento de su dueño, pero con posterioridad, este requiere a aquél para que abandone el lugar, y el funcionario se niega a cumplir dicha orden? En este caso, con independencia de cual sea el delito efectivamente perpetrado, queda claro que dicha conducta no forma parte del tipo del art. 191 del C.p.

Pero tampoco la conducta puede integrarse en el art. 490, pues el sujeto activo no es, a estos efectos, un "particular".

De todo lo dicho llegamos a la conclusión de que la referencia típica señalada en el delito de allanamiento de morada con el término particular se está designando a toda persona física que no sea funcionario público o autoridad, o que, aún siéndolo, no actúe en el ejercicio propio de su función, o se extralimite absolutamente.

B.- EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO: LA MORADA AJENA

Se ha dicho que los bienes jurídicos descansan a veces en una realidad material y otros en una realidad inmaterial (38). En cuanto a los primeros, el sustrato material en el que se concreta el propio bien jurídico determina el concepto del objeto material del delito. Comunmente se suele identificar el objeto material del delito con el objeto de la acción, o al menos, se establece una relación estrecha entre ambas categorías, de tal forma que "solo vendrían a ser objetos materiales del delito los objetos de la acción, cuando la proyección de ésta sobre los mismos se reflejase en la producción de un peligro para el bien jurídico" (39).

En el delito de allanamiento de morada, la acción recae sobre "la morada ajena", y el reflejo de la conducta sobre este elemento representa precisamente la lesión del valor tutelado por la norma penal. Se ahí se desprende que el término típico "morada" constituye el objeto material del delito, pues sobre ésta se desarrolla el actuar delictivo del agente, constituyendo así el principal momento de lesión de la vida privada doméstica (39 bis).

Es ahora cuando debemos examinar el sustrato material del delito, elemento nuclear sobre el cual giran todas las consideraciones fundamentales que construyen el modelo explicativo del delito de allanamiento de morada.

1º) Concepto penal de morada

Algún autor (40), ha señalado que el término típico de "morada" en el allanamiento de morada es puramente descriptivo, y sin embargo está necesitado de valoración para ser aplicado en la práctica.

Aceptada esta premisa, debe establecerse consecuentemente la relación entre el significado lingüístico del término, de un lado, y de otro, la valoración jurídica del mismo que dentro del ámbito jurídico penal desvela su principal función. Y para llevar a cabo esta tarea se ha de utilizar tanto el Diccionario como los propios preceptos del Código penal que acojan el término en cuestión.

Morada viene definida como el paraje donde uno mora o habita, sinónimo de habitación o estancia. A su vez, el término estancia, en este sentido, designa el aposento, sala o cuarto donde se habita ordinariamente.

Siguiendo con esta encrucijada filológica, se designa con el término habitación la parte del edificio que está destinada para habitarse. El verbo habitar se define con las acciones de morar o vivir en algún lugar o casa, mientras que se revela recíprocamente morar como habitar o residir de asiento en un punto.

Con todo este entramado de definiciones deducimos la primera nota intrínseca que compone la propia estructura del concepto de morada, que gira en torno a los vocablos (sustantivo) habitación y (verbo) habitar. Con el primero se designa un espacio físico y con el segundo una acción, entre ambos una relación inescindible; un lugar cerrado, más o menos amplio en el cual se desarrolla el propio existir humano manifestado en forma de vida privada doméstica.

Esta premisa viene también reforzada por el hecho de que en algunos preceptos en los que aparece el término morada, viene éste acompañado por la preposición "en" (41), partícula que unida al sustantivo que rige indica el lugar donde se determinan las acciones de los verbos a los que hace referencia.

Más concretamente, la preposición "en" unida al sustantivo "morada" establece el espacio donde se desarrollan las acciones de entrar o permanecer, verbos a los que típicamente se toman en consideración. "En", a estos efectos, equivale a "dentro de". Este espacio viene limitado físicamente frente al mundo exterior, de tal forma que revela ciertos signos externos que ponen de manifiesto la exclusividad de su uso salvo a aquellas personas que tengan expresa o tácitamente un permiso para el ingreso.

Con todas estas precisiones extraídas de una primera interpretación gramatical, podemos estudiar las notas características señaladas y destacadas por doctrina y jurisprudencia que determinan el concepto de morada (42):

- a) Naturaleza física delimitadora del espacio respecto del mundo exterior. El lugar considerado morada, por su propio destino

de alojamiento y de envoltura material del ámbito donde se desarrolla la vida privada doméstica, debe estar limitado por una superficie que determina la separación entre el mundo exterior y el área donde se proyecta la personalidad humana. Esta parcela de soledad que busca el individuo o el grupo frente a la comunidad necesita de ciertos signos de manifestación que pongan de relieve con toda claridad la voluntad del morador opuesta a la presencia física del extraño (43).

Ahora bien, el carácter de acotamiento físico que es propio del concepto de morada no implica necesariamente que ésta tenga una determinada forma arquitectónica, o que deba ser calificada de inmueble (44). Pocas dudas ofrece, a estos efectos, el considerar objeto material del delito una tienda de campaña o un coche-vivienda (45).

b) Junto al elemento físico material debe destacarse otro funcional: el local debe estar destinado al desarrollo de actividades propias de la vida privada doméstica. Y es en este componente del concepto que venimos examinando donde nos enfrentamos a un importante sector doctrinal. En efecto, casi la totalidad de la jurisprudencia científica ha señalado que el espacio debe estar destinado al desenvolvimiento de la vida privada de los moradores, sea profesional o familiar (46).

En favor de esta tesis se han manejado varios argumentos que exponemos seguidamente.

Se ha dicho (47) que lugares como los despachos y locales donde se ejerce una actividad profesional, reclaman en nuestros días una tutela penal. A esta interpretación se le pue

de objetar que en efecto, pueden existir en la comunidad bienes e intereses necesitados del amparo del instrumento punitivo, pero por muy valiosa e importante que sea esa protección, el tipo no se puede extender como si fuese un continente elástico hasta comprender todos los supuestos que coyunturalmente demandan el auxilio del Derecho penal. En este sentido la interpretación literal y gramatical no es tan solo un criterio hermenéutico desvelador del significado del precepto examinado, sino también un medio jurídico fundamental que limita las pretensiones exegéticas extensivas y proporciona un mínimo de seguridad jurídica.

El término "morada", como hemos señalado, viene caracterizado por que es un lugar donde se "mora", donde se "habita", donde, en definitiva, se "vive". Y estos vocablos están íntimamente unidos al adjetivo "doméstico". Un abogado no "mora" en su despacho, un abogado trabaja, ejerce su profesión en ese local.

Si se quiere proteger el normal desenvolvimiento de una actividad profesional, habrá que reformar el art. 490 del C. p. y reinterpretar, a la luz del cambio legislativo, el objeto del delito enjuiciado. Y aunque se arguye en favor de esta opinión que se protege el derecho a la intimidad del titular del local, no se debe perder de vista que en dichos locales profesionales o de negocio el derecho a la intimidad se desarrolla de forma mediata, ordenado al ejercicio de la profesión o actividad en concreto y no como presupuesto directo del libre desarrollo de la personalidad, que entroncaría de forma más leve a

través de la actuación laboral, industrial, etc. y no como consecuencia inescindible del derecho a la reserva. Y es aquí donde subyace una contradicción lógica, pues, de una parte, al admitir como objeto formal del delito el derecho a la intimidad se está negando el carácter de mediatez al valor protegido; pero, de otro lado, el interés jurídico garantizado que se afirma de forma primaria en el plano del bien jurídico tutelado, queda sin embargo degradado como mero valor instrumental en favor del desarrollo de una específica función cuando se examina el concepto de morada.

No todo atentado a la intimidad que se desarrolla en un local, e incluso al libre ejercicio de la personalidad de sus detentadores satisface el tipo del art. 490 del Código. Quien entra en un aula universitaria en contra del profesor, puede violar su intimidad, pues ejerce su magisterio exclusivamente para sus alumnos; puede lesionar el libre desarrollo de su personalidad, pero de ninguna forma por ello la clase violada queda calificada de "morada".

Se ha señalado, apoyando esta extensión del concepto de morada, que en otros ordenamientos la cuestión es pacífica "al reconocerse expresamente en las legislaciones penales de los mismos que los locales de negocio y los destinados al ejercicio de una profesión o industria integran la parte objetiva del tipo de injusto del delito de allanamiento" (48). Pero precisamente esta consideración es una muestra clara de que el planteamiento adoptado por la doctrina mayoritaria no es correcto. En efecto, y aun teniendo en cuenta que nunca existen traducciones de voca-

blos con idéntica carga semántica en varios idiomas, los términos "abitazione" utilizado en el artículo 614 del C.p. italiano, y "Wohnung" en el art. 123 del C.p. alemán y 119 del austríaco son casi enteramente identificables con el sustantivo castellano "morada" utilizado en nuestro Código penal. Pero, dado que el vocablo en cuestión no abarca los supuestos aquí señalados (49), los legisladores respectivos (50) se han visto obligados a utilizar otras expresiones típicas que pudiesen abarcar la tutela penal de los locales profesionales y de negocio sin violar el principio de legalidad.

También este concepto estricto del término morada se deduce de un importante argumento en favor del entendimiento restrictivo del mismo aportado por la interpretación sistemática.

El artículo 508 del Código establece el concepto legal de casa habitada a efectos de determinar la agravante específica del robo con fuerza en las cosas señalada en el nº 2º del art. 506 del Texto punitivo. Así la definición legal establece que "se considera casa habitada todo albergue que constituya la morada de una o más personas, aunque se encontraren accidentalmente ausentes de ella cuando el robo tuviere lugar". Si el texto señala albergue, vocablo que se aplica con propiedad tanto a los edificios como a cualquier lugar en que una persona encuentra hospedaje o resguardo; y además se establece que dicho albergue debe constituir la morada de una o más personas, el término morada está delimitando el posible círculo de significados que cubre el mentado sustantivo albergue. El precepto indica, en este sentido, que el lugar considerado no es una edificación cualquiera con una función extensa, sino que es un espacio

acotado físicamente destinado a morar, a vivir en él la intimidad de vida doméstica las personas que lo ocupan. El Código, en conclusión, utiliza el término morada no de forma extensa y ambigua, sino determinando el concepto con una función muy precisa.

Así pues, coherentes con nuestro modelo explicativo en el capítulo del bien jurídico, nos vemos obligados por la propia lógica a restringir este elemento teleológico del concepto de morada, cual es el destino del local, al estricto ámbito de la vida privada doméstica. Espacios físicos cerrados destinados a actividades distintas de las enunciadas, quedan excluidos del concepto de morada, y, en consecuencia, fuera de la tutela de la norma penal contemplada en el art. 490 del C.p. (51).

Nuestra Jurisprudencia, sin embargo, se muestra contradictoria pues estima un determinado concepto de morada y luego, al resolver en el supuesto puntual, aplica criterios diferentes a los marcados en la definición teórica. Y prueba de ello son las distintas nociones que desde un origen se han ido formulando por el TS. En la conceptualización del término morada, el Tribunal de Casación ha mantenido una interpretación estricta atendiendo a la virtualidad del lugar para el desarrollo en su seno de la vida privada doméstica; y en este sentido ha señalado que la morada a que se refiere el artículo 490 es "el lugar cerrado donde se reside y satisfacen las condiciones de vida doméstica" (52) o que la constituye "el hogar destinado a la habitación de una persona" (53); en alguna ocasión incluso se han tomado ambas definiciones (54).

Pero cuando el TS tiene que calificar en el caso

concreto ciertos lugares, en numerosas ocasiones los locales objeto del enjuiciamiento no son destinados al desarrollo, o a la satisfacción de las condiciones de vida doméstica. Prueba de ello la constituye el hecho de estimar objeto material del delito un casino privativo para los socios del mismo (55) o un círculo artístico (56), lugares que constituyen el soporte fáctico para el desarrollo de una actividad privada, de esparcimiento, pero en los que no se mora ni se establece ningún tipo de vida doméstica.

c) El tercer elemento que integra el concepto de morada hace referencia a la actualidad del uso. Con ello se resalta que las condiciones físicas del lugar y el destino al desarrollo de la vida privada doméstica no son características suficientes por sí solas para determinar completamente el objeto material del delito de allanamiento de morada. Dicho objeto necesita, además, de un componente positivo: En el local considerado se deben desarrollar, efectivamente, actividades propias de la vida privada doméstica. El concepto jurídico de morada está intrínsecamente unido a la emanación personal del sujeto pasivo del delito en un periodo temporal coincidente, de tal forma que no se puede hablar de morada sin hacer una mínima referencia al morador.

Este elemento queda claramente dibujado cuando la doctrina señala que el objeto de la acción en el delito de allanamiento de morada se materializa en la proyección espacial de la personalidad del morador, o que allí se lleva a cabo una íntima relación entre persona y ambiente (57).

Frente a las dos características anteriores que su-

ponen dos presupuestos necesarios y más bien externos, el elemento de la actualidad del uso aparece como condición material interna que resalta el aspecto espiritual del concepto de morada, excediendo éste de la mera configuración física arquitectónica o de la finalidad en abstracto a la que se halla abocado el edificio.

Este elemento es determinante para excluir del concepto de morada tanto los supuestos de viviendas desocupadas, como aquéllas que son abandonadas.

En este elemento es fundamental también la voluntad del sujeto en tanto que su intención de vivir su intimidad doméstica puede resolver de forma bien distinta hechos que se encuentran en una realidad material y temporal idéntica.

En efecto, como ha señalado la doctrina "de la actualidad del uso no se deriva que el morador esté en el lugar en el momento del delito" (58); y ello es así porque "morar", vivir dentro de la esfera privada doméstica no significa permanecer las veinticuatro horas del día en su interior constantemente, sino disponer libremente del lugar como asiento sometido a la voluntad del titular. Por esta razón, un local donde el morador del mismo se halla ausente por razones perentorias, continúa siendo morada a efectos del art. 490 del C.p. durante ese periodo temporal. Sin embargo, si durante esa misma ausencia el morador se marcha del lugar con la intención de abandonarlo, el espacio físico considerado pierde su calificación de morada. El ánimo de habitar, pues, bajo ciertas circunstancias, puede ser decisivo en el acotamiento de los límites de lo punible, dado

que señala el punto donde se produce o no la lesión del bien jurídico considerado.

Ahora bien, actualidad del uso no significa necesariamente que el lugar de alojamiento tenga una longitud permanente o muy extensa en el ámbito temporal (59). Otro problema diferente, que se discutirá en el siguiente apartado, es el planteamiento favorable a la admisión de los locales como objeto de tutela cuando la transitoriedad se predica, no de la ausencia, sino de la propia permanencia (chalets, viviendas de temporada) respecto de la época en que no son efectivamente habitadas. En su momento oportuno se llevará a cabo el examen de dicha cuestión.

d) El cuarto elemento señalado por la doctrina viene constituido por la legitimidad del uso. Se dice que el lugar tomado como morada ha de ser poseído en virtud de algún título legítimo que puede consistir, bien en una relación jurídica formal, o bien en una situación de hecho reconocida por el Derecho (60) y en apoyo a esta aseveración se argumenta que el Derecho no puede tutelar situaciones flagrantemente antijurídicas (61).

De nuevo es aquí donde replanteamos este criterio en términos diferentes a los expresados por la doctrina. Pues si se entiende que la legitimidad del título o de la relación de hecho reconocida por el derecho viene marcada por el Derecho Privado, se entra en contradicción con un principio aceptado de forma incuestionable; que la noción de morada está coloreada de un cariz fáctico ajeno a los formalismos impuestos por el ordenamiento civil. Si, por ejemplo, se produce una ocupación pací-

fica de una vivienda deshabitada y en ella se lleva a cabo el desarrollo de la vida doméstica correspondiente, el edificio en cuestión se convierte en morada pese a que la posesión no ha sido tomada en virtud de título legítimo.

Hemos señalado que el bien jurídico viene constituido por el derecho a las pretensiones formales del respeto a la vida privada doméstica, y éste no queda desvirtuado por la ilegitimidad privada de la posesión del local. Otra cuestión es que en el interior de la vivienda existan moradores y se cometan en la misma ilícitos penales (por ejemplo, un secuestro), en tal supuesto el Derecho pondera los intereses puestos en juego y realiza una elección en favor de aquél que se estableció legítimamente.

En definitiva, que el requisito de la legitimidad del título actuará normalmente como característica inherente a la habitación en concreto, pero pueden existir supuestos donde nos encontremos ante una casa calificada de morada sin existir un título legítimo que diese lugar a la posesión inicial. Dicho elemento, pues, no es esencial al concepto de morada.

e) La doctrina italiana (62) señala una característica más que debe reunir el lugar en cuestión para que pueda ser considerado morada; cual es la libertad del uso, y ello significa, en palabras de MANZINI, que el destino actual y legítimo del lugar al uso doméstico debe ser, además, libre; lo que quiere decir que ninguna otra voluntad legítima debe sustituir a la del morador en lo que concierne a la elección, la continuidad o la disponibilidad de la habitación.

Este requisito deriva de la propia configuración del bien jurídico entre los autores citados, dado que al entender que el interés jurídico protegido no es ni más ni menos que un reflejo de la libertad individual, cuando ésta no subsiste en relación al lugar en concreto, "falta la base, la objetividad jurídica del delito de allanamiento de morada. No puede devenir sujeto pasivo quien no puede querer válidamente en el sentido de la concesión o de la prohibición de ingreso o de la permanencia" (63). Se excluyen, por tanto, del concepto de morada lugares tales como las celdas de los condenados, los dormitorios de los militares, las salas comunes de los hospitales, las dependencias policiales de retención de detenidos, etc.

Con las notas señaladas, hemos determinado desde nuestra posición el concepto de morada, atendiendo fundamentalmente a una noción restrictiva y material. Restrictiva porque solo comprende aquellos locales donde se desarrollan en su seno actividades propias de la vida doméstica. Material porque, frente a la doctrina dominante, el requisito de la legitimidad del uso no aparece como condición necesaria en la formulación que líneas atrás se propone (63 bis).

Establecido el marco teórico que delimita el núcleo fundamental del objeto material del delito de allanamiento de morada, en el siguiente apartado se deben examinar aquellos supuestos conflictivos donde doctrina y jurisprudencia debaten la aptitud de ciertos lugares e incluso de determinadas categorías jurídicas (domicilio, por ejemplo) para formar parte del círculo de locales calificados con el tan repetido sustantivo de "morada".

2º) Alcance del término típico morada, Supuestos conflictivos

El primer problema que cabe plantearse es éste que responde al dilema de si se puede identificar el concepto de "morada" con el jurídicoprivado de "domicilio". A estos efectos, el art. 40 del Código civil señala: "para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil." (art. 40, párrafo 1º.).

La cuestión es más que pacífica tanto en la doctrina española como en la italiana (64) e incluso en nuestra jurisprudencia (65).

En una simple y superficial lectura del precepto, se puede ya observar el formalismo que impregna la noción civilista del domicilio, pues éste se circunscribe a una parcela muy determinada, cual es el desarrollo de la actividad jurídica de la persona. En este sentido, "domicilio" viene a ser, según célebre expresión, la sede jurídica de la persona, con independencia de que en éste se desarrolle una auténtica vida privada doméstica o no. Y como hemos señalado, el concepto de morada es un concepto que atiene de más bien a criterios fácticos que a estos otros marcadamente normativos y funcionales. De otro lado, la nota de habitualidad propia del término civilista no es imprescindible para el vocablo típico penal.

Pero también en el art. 191 del C.p. se establece el vocablo "domicilio" como objeto de la acción del delito de violación de domicilio, y al respecto han surgido dos corrientes interpreta-

tivas sobre la posible significación del término.

Así, RODRIGUEZ DEVESA (66), entiende que el concepto de domicilio viene dado por el art. 554 de la LE.Crim. (67). En contra de esta opinión, CORDOBA RODA, VIVES ANTON y JORGE BARREIRO (68) entienden que el concepto de domicilio debe circunscribirse más o menos a sus términos literales, esto es, como lugar que de un modo u otro sirva a una o más personas de residencia. La Ley de Enjuiciamiento Criminal determina una noción, como ella misma expresa, para los efectos de los artículos correspondientes a la materia procesal regulada en el Título XVIII de la ley adjetiva: "De las entrada y registro en lugar cerrado, del de libros y papeles y de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica".

Por la propia finalidad del precepto, y por el paralelismo histórico, el término "domicilio" en el art. 191 es muy similar al término "domicilio" de la declaración contenida en el art. 18.2 de la Constitución Española que, como ya ha quedado señalado, tampoco coincide con el regulado en el art. 40 del Código civil (69), aunque bien es cierto que se acerca bastante al concepto de morada. Y también se examinó la tendencia mayoritaria a admitir titular del derecho de la inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas, de donde se desprende que tanto por su estructura semántica, como por la interpretación doctrinal del término, el concepto constitucional de domicilio es más amplio que el de morada, correspondiendo aquí el espacio que no podían ocupar en el vocablo "morada" locales como establecimientos de negocio o despachos profesionales (70).

En segundo lugar, tenemos que examinar la norma contenida en el art. 492 del C.p. a tenor del cual: "lo dispuesto en este capítulo no tiene aplicación respecto de los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas mientras estuvieren abiertas". La propia existencia del precepto ya ha planteado alguna controversia sobre su verdadera razón de ser y en cuanto a la situación que ocupa dentro del Capítulo V del Título XII del Libro II del Código penal (71).

Algún autor (72) ha sostenido que los mentados locales (cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas) son moradas aun estando abiertas al público "lo que ocurre es que cuando están abiertos la entrada no es antijurídica, por el derecho del público al acceso a los mismos". En esta concepción, subyace el espíritu germánico de dar prioridad a la voluntad dispositiva como elemento fundamental del objeto de protección del delito de allanamiento de morada, siendo de menor importancia la actividad desarrollada en su interior por la mayor amplitud de dicho objeto. No es necesario repetir minuciosamente que esa interpretación puede ser más o menos válida si se toma como base el art. 123 del StGB, pero trasladarla de forma similar bajo los presupuestos del art. 490 de nuestro Código penal puede ser un notable error.

Otra opinión entiende que los locales señalados en el art. 492 cuando están cerrados se convierten en morada, puesto que la entrada en los mismos contra la voluntad de sus propietarios no sería ya excepción para aplicar el delito contenido en el art. 490 del Texto punitivo (73). Se fundamenta esta interpretación en el peligroso principio hermenéutico "a contrario sensu", y de forma simplista se establece el argumento de que si el art. 492 no con-

sidera "moradas" los lugares que menciona "mientras estuvieren abiertos", en sentido contrario, esto es, cuando estuviesen cerrados, dichos establecimientos integrarían el objeto del delito examinado.

En cambio, si tomamos el concepto de morada que aquí se propone, como espacio físico delimitado y separado del mundo exterior donde se desarrollan actividades propias de la vida doméstica, la respuesta es unívoca; se consideran morada aquellos lugares que, como condición necesaria al menos, se lleva a cabo en su interior un mínimo de desenvolvimiento de la vida privada. En este sentido, la norma contenida en el art. 492 es un criterio ofrecido por el legislador para delimitar claramente aquellos locales que son moradas, frente a otros que con cierta evidencia no reúnen estas características. Así, el C.p. simplemente señala que los establecimientos públicos, siempre que estén funcionando como tales establecimientos públicos (y es este el significado que debe atribuirse a la expresión legal de "mientras estuvieren abiertos"), no reciben la consideración de moradas. Cuando se hallen cerrados, si en ellos se mora, no habrá ningún inconveniente en integrarlos dentro del vocablo consiguiente, calificado como objeto de la acción.

Y ello, en contra de la opinión de MAS FORNS (74), quien entiende que los locales en que públicamente se anuncia la reserva del derecho de admisión aprobado expresamente por la autoridad gubernativa, hace perder a los mismos su condición de públicos porque en ellos se ha hecho conocer concreta e individualmente la oposición a la entrada a los mismos por parte del titular de aquel derecho. Precisamente una de las pocas funciones relevantes que se le puede atribuir al art. 492 es ésta que hemos señalado

de matizar expresamente que el destino al servicio público elimina la tipicidad de la intromisión contraria a la voluntad del propietario o encargado del local. Y, desde luego, una simple norma reglamentaria no puede configurar una interpretación integradora que levante la excepción señalada por el art. 492 del C.p. y que, en definitiva, viola, si se adopta este parecer, flagrantemente el art. 490 y el propio principio de legalidad (75).

Otra cuestión a la que la doctrina ha prestado especial atención es aquella que se planteaba en torno a las casas de prostitución, y su posible virtualidad para que pudiesen ser entendidas "casas públicas" a los efectos del art. 492. El problema radica en la aparente contradicción que se produce entre la regulación legal de la actividad, de un lado, y la realidad que se vive en estos locales (76), de otro.

Así, señalaba PACHECO (77) en el siglo pasado: "Por muy degradada que una muger esté, la ley no ha de considerarla más envilecida de lo que ella quisiera; y lejos de condenar un acto de energía y de elevación, aunque sea efímero, debe patrocinarlo y sostenerlo, como un principio de bien, que sería apetecible progresara y se mantuviera. Cuando una infeliz de esta clase cierra sus puertas á un hombre, no se ha de asociar el Código al acto brutal de éste que quiere forzarlas". Con posterioridad, los autores que de una forma u otra han trabajado en materia del delito de allanamiento de morada, han mostrado especial atención al problema de la posible consideración de morada de las casas de tolerancia; y comentaristas de la talla de GROIZARD y VIADA (78) dedicaban profana atención al tema planteado ahora incluso en la misma jurisprudencia (78).

El parecer doctrinal dominante en nuestro país ha considerado que la excepción contenida en el art. 492 de nuestro Código penal no alcanza a los lugares donde se ejerce la prostitución (79). Y la razón de esta consideración, si bien no está inspirada en principios morales como fundamentaba PACHECO, toma su base, sin embargo, en el deseo de protección a unas personas que, pese a la ilicitud de su profesión, están constantemente expuestas a una serie de peligros que la humana comprensión desea alejar al máximo posible (80). Pero también es cierto que el Derecho Penal y la Moral no se pueden ni identificar, ni confundir. Los nobles deseos de aquellos que quieren evitar a toda costa la impunidad de acciones de individuos que atropellan los derechos de la prostituta escudándose en la desconsideración social de su actividad, deben encontrar acomodo en la justicia material acudiendo a la figura adecuada a la acción criminal concreta, no extendiendo indiscriminadamente el tipo penal. Así, señalaba GROIZARD con notable acierto: "Solo apreciando las circunstancias particulares de cada caso, las razones de la prohibición y los fines con que, contra la voluntad de los moradores en ella, la casa pública haya sido invadida, y relacionando todos estos hechos con la teoría científica en que se basa el derecho a la inviolabilidad del domicilio, y los términos en que la ley establece la sanción de ese derecho, sólo así los fines de la justicia podrán ser cumplidos en tan delicada materia" (81).

Por ello debemos partir de cual sea la actividad que se realice en el lugar considerado y el destino del mismo en el momento de la perpetración del delito, sin establecer ningún principio apriorístico bien en sentido positivo, bien en sentido negativo. Si en el prostíbulo se realizan conductas que exclusivamente

consisten en el tráfico carnal y otras que le anteceden o están muy relacionadas (consumo de bebidas, espectáculos, etc.), el lugar no puede ser considerado morada, por muy prohibida que esté en derecho dicha actividad, pues en el local examinado falta un elemento esencial para que pueda ser considerado objeto del delito de allanamiento de morada, y es que en éste se lleve a cabo efectivamente el desarrollo de la vida privada doméstica de los moradores. No sería morada, incluso en el supuesto de que, de hecho, el servicio estuviese destinado a un círculo restringido de personas; pues el acceso o no al público no es condición tan determinante como esta otra que exige que se viva un mínimo de intimidad en términos domésticos.

Por el contrario, si el habitáculo en el que se ejerce la prostitución constituye al mismo tiempo el hogar de las mujeres públicas, el comportamiento de los intrusos que entran en la misma contra la voluntad de éstas es constitutivo de un delito de allanamiento de morada.

El TS ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones, y aunque en principio parece inclinarse por la admisión de las casas de prostitución como moradas, los requisitos y condiciones exigidos en sus fallos no parecen tan evidentes. Así, en la famosa Sentencia de 13 de marzo de 1895 (JC nº: 144), el Alto Tribunal calificó de allanamiento de morada el hecho de entrar violentemente en una casa de prostitución, pero no por ello el TS da a entender que las casas de tolerancia son morada, pues el argumento utilizado en dicha resolución se dirige en otro sentido; entendiendo el juzgador, primero que el artículo definitorio comprende los cafés, tabernas y demás casas públicas cuando estuviesen cerradas,

y segundo, que el hecho se produjo en hora tardía. En resumen que el TS en esta sentencia no se planteó frontalmente la cuestión que examinamos ahora, sino que recurrió a otros cauces interpretativos que le eran más cómodos para resolver el caso planteado (82).

En otras resoluciones (83) el Tribunal de Casación mantiene expresamente que las casas de prostitución no entran dentro de la excepción establecida en el art. 492, pues se tratan, según aquél, de domicilios particulares, si bien se le da cierta importancia al hecho de que fuese de noche y estuviesen cerradas en el momento de perpetrarse el delito.

En el apartado anterior, cuando examinábamos el elemento del término típico morada que hacía referencia al destino del local, ya nos pronunciamos respecto de los lugares que son el centro de reunión privativo de un grupo de personas asociados para llevar a cabo ciertas actividades en común, como los casinos, centros culturales, círculos de recreo, etc. Señalábamos que si bien es cierto que en estos espacios físicos se realizan actividades propias de la vida privada, faltaba no obstante adjetivizar dicha actividad con el calificativo doméstico, condición indispensable para poder considerar un lugar como morada. Nos ratificamos, pues, en aquella puntualización (84).

También hemos planteado en el apartado anterior el alcance del concepto morada respecto de lugares que, sin constituir normalmente el domicilio civil de las personas que los habitan, suelen ser utilizados por parte de aquéllos como lugar de residencia en determinadas ocasiones. Nos referimos a las habitaciones de hoteles, posadas, albergues y edificios similares. La cuestión en este punto es pacífica tanto en nuestro país como fuera de nuestras

fronteras; Los locales de uso común (corredores, vestíbulos, servicios, salas de recreo, etc.) se distinguen de aquéllos que sirven de habitación.

Los primeros no son abarcados por la tutela penal representada por el art. 490 pues no reúnen los requisitos propios que exige el término morada en el mentado precepto. En cambio, aquellos lugares que están destinados y constituyen la habitación privativa del huésped o cliente no cabe duda que integran el objeto de tutela del allanamiento de morada pues, aun temporalmente, cumplen todas las exigencias marcadas por dicho objeto y que han quedado aquí claramente expuestas (85).

Pero, pese a esta rotundidad interpretativa, no debemos caer en el equívoco de pensar que toda habitación de hotel, pensión, casa de huéspedes, etc., por el mero hecho de ser utilizada constituye la morada del cliente. Si ésta es utilizada con un fin que se concrete en una actividad puntual y lejana de lo que es una vivencia doméstica (una simple cita de negocios, sin otro objeto, por ejemplo) entonces la estancia perderá, o no alcanzará la calificación de morada pues en ella faltará el elemento que señalábamos de la actualidad del uso, como efectivo desenvolvimiento de la vida privada doméstica (86). De igual forma, las consideraciones apuntadas son trasladables a otros espacios físicos que son utilizados ocasionalmente para, en terminología empleada por el TS, satisfacer necesidades ordinarias o extraordinarias de la vida doméstica, como las tiendas de campaña, el camarote de un barco, el coche-cama de un tren, el remolque-vivienda de un automóvil, etc. (87).

De igual forma, los supuestos que hacen referencia a

chalets y demás viviendas de temporada, también son considerados morada a efectos del delito de allanamiento de morada, pues en ellos, aun parcialmente se desarrolla y tiene lugar la intimidad de vida doméstica en el tiempo en que son habitadas, y que no pierden tal carácter porque la propia intención o ánimo de sus ocupantes levanta en esta ocasión la barrera espiritual derivada de las pretensiones formales al respeto de la vida privada de aquéllas. Y una de las pocas notas distintivas respecto al robo en casa habitada regulado en el artículo 508 del C.p. es precisamente en el presente caso donde se manifiesta, pues en esta figura se hace expresa mención en su aplicación agravatoria a la accidentalidad de la ausencia del morador como irrelevante a estos efectos frente a la accidentalidad de la presencia del sujeto pasivo (caso de chalets y demás alojamientos de carácter transitorio), que por el contrario, eliminaría en el delito contra la propiedad la circunstancia específica de casa habitada. Ello es así, como se observará en este mismo apartado, porque el fundamento en que descansa la agravante específica contenida en el artículo 506 atiende a consideraciones materiales como son el peligro en la integridad física de las personas que puede resultar a raíz de un posible encuentro entre ladrón y víctima en el momento de perpetrarse el hecho delictivo. De ahí que este peligro desaparezca en aquellos periodos temporales donde el local no es utilizado, quedando entonces fuera de lugar la aplicación del elemento agravatorio específico al robo. Sin embargo, estas observaciones no son trasladables al allanamiento de morada porque la razón de ser de su existencia es bien diferente y sus consecuencias, por tanto, distintas.

Es momento de examinar los supuestos conflictivos de casa habitada, y de las dependencias de la morada, ampliamente de-

batidas en nuestra doctrina científica.

Señalaba GROIZARD (87 bis) que morada y casa habitada es una misma cosa para los efectos de la ley penal. Pero esta afirmación fue refutada por JASO ROLDAN (88), quien entendía que de la definición legal de casa habitada solo se deduce que toda casa habitada es morada, pero no que toda morada sea casa habitada y también aducía que de aceptarse esta tesis, habría que rechazar por lógica dentro del concepto de morada las dependencias de la misma.

Para llegar a una correcta respuesta a la cuestión planteada debe distinguirse entre el concepto de casa habitada legalmente establecido en el primer párrafo del art. 508; y el fundamento de la agravación del robo con fuerza en las cosas que tiene lugar cuando el ilícito contra la propiedad se verifica en casa habitada o en sus dependencias.

El art. 508 del C.p. define casa habitada como todo albergue que constituyere la morada de una o más personas, aunque se encontraren accidentalmente ausentes de élla cuando el robo tuviera lugar. De los propios términos del precepto se desprende que el concepto de casa habitada en su significación jurídica, como señalábamos en el apartado anterior, sobrepasa su estricta comprensión gramatical, abarcando el ámbito que representa esta noción lugares habitados que no pueden ser entendidos ni como edificios ni como casas. Y ello es así si se tiene presente que la estructura de la definición se apoya en el término "albergue", palabra que se aplica con propiedad tanto a los edificios como a cualquier lugar en que una persona encuentra hospedaje o resguardo. Con ello se amplía la definición legal más allá de sus propios términos, incluyendo supuestos que gramaticalmente no corresponden a "casa habitada".

Pero además, dicho albergue debe constituir la morada de una o más personas, de tal forma que con la aclaración jurídica contenida en el art. 508 se está indicando que el albergue está destinado a morar, a vivir en él la intimidad de la vida de las personas que lo ocupan.

De todo lo dicho obtenemos el siguiente resultado: no hay diferencia, salvo las matizaciones apuntadas líneas atrás, entre el concepto de casa habitada y el de morada. La razón de la no ción legal de casa habitada, de su específica regulación, es de ín dole histórica, a raíz de una importante polémica doctrinal y jurisprudencial.

En efecto, a causa de la regulación del robo perpetrado en lugar habitado en el Código de 1848, surgió una polémica entre los comentaristas de la época sobre como debía interpretarse "lugar habitado". Así, ZUÑIGA, VIZMANOS y ALVAREZ MARTINEZ, de un lado, opinaron que por lugar habitado había de entenderse simplemente edificio donde hubiese gente cuando se perpetra el delito (89). De otro lado, PACHECO interpretó que la severidad de la ley impuesta en el robo en lugar habitado venía dada por el peligro que se podía producir en las personas que se encontrasen en el edi ficio al tiempo de cometerse el hecho criminal, no siendo necesario que dicho peligro fuese actual, sino que bastaba la mera poten cialidad del mismo (90).

Dicha discusión debió trasladarse a los tribunales y es probable que con objeto de uniformizar las prácticas que en los di ferentes encargados de impartir justicia se daban en la apreciación de la circunstancia de lugar habitado por lo que el Ministerio de

Gracia y Justicia dictó en 13 de enero de 1864 una Real Orden, oyendo el dictamen del Tribunal Supremo de Justicia, en la que se resolvió debía entenderse por tal: "el que sirve de morada a una persona, aún cuando el morador falte de él accidental o momentáneamente" (91). Este mismo criterio presidió la Reforma de 1870, introduciendo por primera vez en el art. 523 (actual 508) el concepto legal de casa habitada.

En resumen, hay que significar que el término morada señalado en el artículo 490 y el de casa habitada, definido en el art. 508 (ambos del Código penal) básicamente vienen a ser idénticos en cuanto a su entendimiento jurídicopenal, explicándose la reiteración terminológica empleada en este último precepto por razones históricas.

En segundo lugar, dentro de esta específica problemática, teníamos que examinar el fundamento de la agravación del robo con fuerza en las cosas cuando este se verifique en casa habitada o en las dependencias de la misma (arts. 500, 504, 505, 506.2º y 508), para estudiar a continuación el problema de las dependencias de la morada y su virtualidad para poder formar parte del objeto material del delito contenido en el art. 490 del Código penal.

El fundamento de la mayor transcendencia penal del robo en casa habitada radica, según el parecer doctrinal mayoritario, en que, desde el punto de vista objetivo, la conducta del sujeto que se apropia de cosas muebles dentro de un local habitado, se traduce en una situación de peligro originada en las posibles reacciones violentas de sus ocupantes, que tratan de defender su hogar y sus bienes contra la intromisión del delincuente desconocido; y tam-

bién esa situación objetiva de peligro puede derivar del enfrentamiento provocado por el agente que al verse sorprendido trata de evitar por cualquier medio su detención.

En favor de esta afirmación se han manejado varios argumentos, pero aquí se van a señalar los más relevantes.

En efecto, señalaba RODRIGUEZ DEVESA (92) que la razón de ser de la agravante del nº 2 del art. 506 (cuando el delito se verifique en casa habitada o en alguna de sus dependencias) se hallaba "en el peligro de que el culpable se propase a inferir delito a las personas y, precisamente, la mayor gravedad de los robos con violencia o intimidación reside, no ya en el peligro sino en algo más, en la lesión efectiva de la vida, la integridad corporal, la libertad, la honestidad...". Un segundo argumento en apoyo de esta interpretación viene ofrecido, precisamente, por el hecho de que la agravante se extiende a las dependencias de casa habitada (93). Y dicha extensión no tiene otra explicación que la de estimar el castigo ante la eventualidad de que, en su ocasión, se pudiese en peligro la seguridad de las personas que puedan hallarse presentes en locales comunicados con su domicilio. Ello es así si tenemos en cuenta, además, que el art. 508 en su párrafo 2º exige, para que la extensión pueda aplicarse y que el lugar del robo se considere como dependencia; que sea un departamento o sitio cercado, que esté contiguo al edificio y en comunicación interior con el mismo, y con el cual formen un solo todo (94). Y estos requisitos exigidos legalmente responden, quizás a la exigencia de entender agravada la conducta por el posible encuentro entre malhechor y víctima, que se puede producir en el momento de perpetrar el robo en la dependencia de la casa (dada la comunicabilidad y conti-

güidad, inherentes a ésta) y el consiguiente riesgo de consumarse daños en la integridad física o en la vida de los moradores ante el posible enfrentamiento que la inoportunidad del encuentro pudiese llevar consigo (95).

Si bien es cierto que algún autor ha rechazado este fundamento (96), las consideraciones apuntadas se muestran bastante sólidas en el panorama doctrinal y jurisprudencial actual. Estamos, pues, en condiciones de afrontar el conflictivo supuesto discutido en la doctrina científica sobre la calificación jurídicopenal de las dependencias de morada.

Veamos líneas atrás que GROIZARD había mantenido la equiparación conceptual entre morada y casa habitada. Se preguntaba el autor, si los patios, corrales, bodegas, graneros, pajares, cocheras, cuadras y demás departamentos o sitios cerrados y contiguos al edificio y en comunicación interior con el mismo, y con el cual formen un todo podían ser considerados como morada ajena para los efectos de la aplicación de la ley penal. Y el mismo autor respondía afirmativamente, pues entendía que todas esas dependencias reunían las condiciones mismas para ser respetadas que la parte del edificio que más habitualmente ocupa el morador. A ello añadía el argumento de que al haberlas declarado la ley expresamente dependencias de casa habitada en la regulación de los delitos de robo, el Código entendía que éstas entraban de igual forma en el ámbito marcado por el concepto morada (97).

A partir de ese momento, la doctrina mayoritaria ha entendido que las dependencias de la morada eran igualmente objeto de tutela del delito de allanamiento de morada (98). Y se añade un

argumento más sólido. Se dice que el párrafo 1 del nº 4º del art. 8º (99) establece expresamente que se reputará agresión ilegítima en caso de defensa de la morada o sus dependencias la entrada indebida en aquélla o éstas. Dicha defensa de la morada, se afirma, no puede ser otra que aquélla que se realiza frente a los ataques constitutivos del delito de allanamiento de morada; luego si el objeto de la defensa coincide con el objeto de la agresión, el presupuesto material donde recae la acción en el injusto tipificado en el art. 490 no puede ser otro que el descrito en el párrafo 1º del nº 4 del art. 8º siempre del Código penal, esto es, tanto la morada como sus dependencias (100).

De igual forma, el TS ha entendido que el objeto material del delito examinado viene también integrado por las dependencias de la morada. Así, en la temprana STS de 1 de diciembre de 1871 (JC nº: 649) ya el Alto Tribunal parece inclinarse en favor de esta solución, si bien el fallo no dirime de forma directa la cuestión. En cambio, en la STS de 27 de diciembre de 1899 (JC nº: 235) declara expresamente; "...el concepto jurídico de la morada para los efectos de la inviolabilidad del domicilio respecto a hechos como los declarados probados en la sentencia recurrida alcanza a todas aquellas dependencias de la casa que formando un todo con ella están destinadas al servicio interno, constante y exclusivo de sus moradores". Siguiendo esta doctrina, la STS de 17 de noviembre de 1911 (JC nº: 105) declara constitutiva del delito de allanamiento de morada "la entrada de noche y con escalamiento en el corral adyacente a la casa ajena, y en comunicación interior con ella". De igual forma, la STS de 14 de febrero de 1914 (JC nº: 45) entendió que el corral, que formaba parte de la vivienda del ofendido, cons

tituía el ámbito material de tutela del delito sancionado en el art. 490 del C.p. Dependencia y morada son equiparados según STS de 28 de octubre de 1980 (JC nº: 1142) siempre que estén unidos entre sí, en comunicación interior y que estén destinados al servicio constante y exclusivo de sus moradores, matización ésta de notable importancia puesto que marca ya una distinción con aquellas dependencias que solo reúnen las características físicas de comunicabilidad, contigüidad y unidad (101).

Hasta aquí hemos ofrecido una panorámica general sobre aquella interpretación que entiende que el objeto material del delito de allanamiento de morada llega a abarcar no solo aquella parte del edificio que viene a constituir la vivienda de sus ocupantes sino también esta otra que se halla en estrecha relación con la misma y que reúne los requisitos marcados por el art. 508 en su párrafo 2º. Queda por exponer la opinión contraria así como señalar nuestro particular punto de vista para zanjar, aun provisionalmente, la cuestión, reiteradamente planteada.

Un sector doctrinal (cada vez más importante) entiende, frente al criterio exegético expuesto anteriormente, que el concepto jurídico de morada no abarca las dependencias de la misma (102).

En efecto, se manejan al respecto argumentos nada despreciables y en este sentido se intenta deshacer el razonamiento de GROIZARD que asimilaba la figura descrita en el art. 508 con la de morada. Precisamente es esta comparación la que apunta a la solución contraria, pues cuando el legislador ha querido equiparar las dependencias a la morada, lo ha hecho y diáfano ejemplo de ello es el tenor literal del art. 508 del Texto punitivo, que en relación al art. 506 marca la sanción agravatoria tanto para el robo

cometido en casa habitada como para el llevado a cabo en sus depen
dencias. Si la ley ha estimado pertinente en este caso ampliar el
objeto de protección, y así lo ha declarado expresamente, no se en
tiende muy bien por qué en el supuesto de allanamiento de morada
la misma ley realiza una extensión silenciosa, esto es, amplía el
presupuesto material de la conducta pero sin resaltar en letra es
crita esta voluntad interpretativa.

De otro lado, señalamos líneas atrás que el fundamen-
to agravatorio del robo en casa habitada residía fundamentalmente
en el aumento de la antijuridicidad expresado por el posible peli-
gro a bienes personales ante un eventual encuentro entre ladrón y
víctima en el momento de perpetrarse el hecho punible. En este con
texto, la ampliación expresa que lleva a cabo el legislador está
totalmente justificada, pues no olvidemos que el concepto de depen
dencia viene ligado a las exigencias de comunicabilidad, contigüi-
dad y unidad con la morada, requisitos legales impuestos especial-
mente por la facilidad de acceso a la vivienda, y con ello, faci-
lidad de consumarse ataques a la integridad física de sus morado-
res. Como vimos, el objeto de protección en el delito de allanamien-
to de morada es bien diferente, y por ello aquello que estaba fun-
damentado en una figura delictiva (robo en casa habitada), no pue-
de ser extrapolado de idéntica forma a otra tan diferente (allana-
miento de morada). Por esta razón hemos insistido en diferenciar
entre el concepto de casa habitada y su propio fundamento.

El derecho comparado ofrece, en principio, esta vía de
solución, pues en algún Código penal extranjero, quizás con pre
ten
siones clarificadoras, se ha establecido expresamente como objeto
material, además de la morada ajena, las tan repetidas dependen-

cias (103).

Pero examinadas las opiniones y respectivos argumentos que las apoyan, en una y otra dirección, tenemos que definir nuestra toma de posición al respecto.

El argumento que presenta la doctrina partidaria de la extensión del concepto de morada en relación al concepto de agresión ilegítima en la defensa de la morada, no puede ser un argumento definitivo. En efecto, el legislador ha optado por establecer una legítima defensa de gran amplitud que puede desvirtuar el actuar del agente frente a una gran variedad de ilícitos. Cuando el artículo 8 n° 4° párrafo 1° aclara que debe entenderse por agresión ilegítima en el supuesto de la defensa de la morada, no tiene por qué referirse necesaria, exclusiva y excluyentemente al delito de allanamiento de morada. Si ello fuese estrictamente de esta forma, no cabría la legítima defensa en los supuestos de allanamiento de morada pasivo, esto es, una vez que el sujeto agresor se halla dentro de la vivienda del morador y permanece en la misma contra la voluntad de éste (103 bis). Sería un tanto contradictorio, que dos conductas idénticamente valoradas en cuanto a su gravedad (pues en el Código penal ambas conforman la misma figura delictiva con igualdad absoluta en cuanto a las consecuencias jurídicas derivadas del injusto materializado) pudiesen recibir tratamiento tan distinto por nuestra ley penal en cuanto a la posible aplicación de una causa de justificación tan relevante como la legítima defensa. En consecuencia, si la conducta objeto de la agresión no puede identificarse totalmente con el delito de allanamiento de morada, el objeto material sobre el que recae la tutela tampoco puede ser idéntico, en términos de necesidad, al objeto sobre el que recae la

acción típica del delito de allanamiento de morada.

Hecha esta precisión, se debe destacar que los límites físicos que delimitan el ámbito de lo que deba entenderse por morada no están claramente determinados, pues como se ha señalado al principio del presente apartado la estructura material de la morada no es un elemento esencial que conforme ésta. No se puede establecer, a priori, qué habitaciones, qué estancias, qué espacios son parte de la vivienda y cuales se hallan anexos a ésta, sin caer en el riesgo de cometer imprecisiones por querer realizar a nivel teórico una clara división donde ésta, por su propia naturaleza, es imposible.

En principio se debe señalar que equiparar todo local anejo a la morada, contiguo a la misma, en comunicación interior y con la que forme un solo todo como objeto material del delito de allanamiento de morada, es un notable error. Pues, de un lado, cuando la ley ha querido llevar a cabo la equiparación lo ha hecho (art. 508 del Código penal); y, de otro lado, admitir esta interpretación supone llevar a cabo la utilización de un criterio exegético que desborda los límites del tenor literal del vocablo fuera de la elasticidad propia a la que todo intérprete se somete en una tarea valorativa, y más, cuando el resultado obtenido es notablemente perjudicial al reo (104).

Por ello, la solución que proponemos atiende más a un criterio puntual determinado caso por caso que a una solución general que pretenda abarcar todos los supuestos de forma abstracta. Así, y consecuentes con nuestra formulación del bien jurídico protegido, entendemos que aquellas dependencias de la vivienda prin-

cipal donde efectivamente se desarrolle la vida privada doméstica entran dentro del concepto de morada, pues esta viene definida más bien por el elemento de habitabilidad actual y presente y exclusividad frente a terceros que por determinadas características arquitectónicas; Y ello es así porque los lugares calificados de esta forma se acercan más al propio término "morada" que al de "dependencia". En cuanto a éstas, queda claro que el mero hecho de reunir los requisitos exigidos por el art. 508 párrafo 2º no las convierte por sí solas en presupuesto material donde se desarrolla la acción delictiva si no constituyen de hecho la esfera privada doméstica de su titular (105).

De esta forma, mantenemos un planteamiento coherente con nuestra interpretación del bien jurídico sin extender el tipo desmesuradamente con el peligro de romper el principio de taxatividad, y por ende, el de legalidad; básico en la Ciencia penal.

Para finalizar este apartado se debe hacer una mínima referencia al supuesto de la ocupación de viviendas deshabitadas. Y la referencia es mínima porque la aparente problemática se presenta en otras disciplinas diferentes del Derecho penal (Sociología, Criminología). En éste ordenamiento, la respuesta es simple y clara, como tendremos ocasión de comprobar en las líneas siguientes.

El problema se ha planteado a raíz de una situación donde la escasez de viviendas en muchos núcleos urbanos (sobre todo en las grandes ciudades) ha provocado la conducta denominada "ocupación de vivienda" por determinadas personas o grupos, pertenecientes a los sectores más débiles económicamente. Ocurre que, por problemas que normalmente tienen su origen en motivos especula

dores, en determinadas áreas metropolitanas existen ciertos espacios físicos, entre ellos viviendas, cuyos dueños no las habitan, no viven en ellas. Ocurre entonces, que aquellas personas que no tienen techo donde cobijarse, fracturan las puertas de acceso a los lugares señalados, o de otra forma penetran en los mismos y realizan, sin título formal alguno que les legitime para ello, la vida doméstica correspondiente.

La pretendida cuestión gira en torno a si constituye delito de allanamiento de morada la actuación de aquellos sujetos que ocupan viviendas de este modo. La respuesta no puede ser más sencilla; No, de ninguna manera. Y el fundamento es bastante claro y simple; Este espacio físico tomado no es morada, pues falta el elemento esencial de la actualidad del uso, es decir, no puede ser morada un lugar donde no se mora. La conducta es, pues, atípica (106).

La solución penal a esta cuestión parece ser que no existe, y además, creemos que ésa es la mejor respuesta a un conflicto social y económico que debe buscar otras vías distintas y ajenas a la espada del Derecho penal. Los intentos de buscar otras figuras para encuadrar criminalmente el comportamiento social de los ocupantes de viviendas parecen estar abocados al pozo del fracaso.

En efecto, la opinión de HUERTA TOCILDO (107) de inculpar esta conducta a través del art. 517 (108) como delito de usurpación es casi rechazado por la misma autora. No se puede olvidar que la ocupación de viviendas es una actividad caracterizada precisamente por la ausencia de violencia, pues el hecho de que el local esté deshabitado implica necesariamente que no hayan perso-

nas presentes en el momento de llevarse a cabo el hecho. Si la violencia o intimidación aparece por algún lado, ya no estamos ante una clásica ocupación de viviendas sino que en ese acontecimiento hay algo más, y ello desvitúa el supuesto. Y si la violencia e intimidación es elemento típico esencial del delito de usurpación, al no estar aquélla ni ésta presente, la subsunción es incorrecta.

También se ha intentado acudir al cajón de sastre en materia incriminatoria que es el delito de coacciones del art. 496 (109), si bien como acertadamente destaca JORGE BARREIRO (110), esta consideración llevaría a consecuencias poco satisfactorias: "privilegiar la conducta usurpatoria de quien haga uso de violencia o intimidación en las personas frente al supuesto en el que se utiliza fuerza en las cosas", puesto que el delito de coacciones lleva consigo pena más grave que el delito de usurpación. De otra parte, y ello desborda el objeto al que se limita esta investigación, entender que la conducta de fracturar una puerta entra dentro del concepto de violencia señalado en el art. 496, supone convertir el tipo de coacciones en un peligroso instrumento punitivo utilizado para cubrir aparentes lagunas allí donde la sanción criminal es el medio de disuasión más fácil, pero también, más inadecuado e injusto (111). Luego, en principio, es de difícil aceptación la remisión típica al delito de coacciones que alegremente se suele señalar cuando a priori se desea a toda costa castigar una determinada acción (112).

En conclusión, la problemática relativa a la ocupación de viviendas no entra dentro del campo del delito de allanamiento de morada y creemos que tampoco se halla puertas adentro del Derecho penal. En contra de la doctrina mayoritaria, estimamos que la

mejor solución es precisamente esta: resolver el conflicto a través de otros mecanismos diferentes de la pura amenaza de la sanción criminal; bien sea a través de una política social adecuada que otorgue a todos los ciudadanos unas mínimas posibilidades de obtener una vivienda digna, como establece el art. 47 de la Constitución Española; bien apoyándose, para no lesionar injustamente derechos individuales, en la legislatura civil y procesal vigente para conseguir el desalojamiento (113).

C.- LA CONDUCTA TIPICA

Una vez estudiado el objeto del ataque en el delito de allanamiento de morada, presupuesto material sobre el que recae la conducta delictiva, tenemos que examinar el comportamiento típico; completando así el análisis de los aspectos objetivos de la figura delictiva contemplada en el art. 490 del Código penal, el cual constituye precisamente el núcleo fundamental pero no único del presente Capítulo.

El orden a seguir no plantea demasiados problemas: En primer lugar se ha de estudiar las dos formas de comisión, activa y pasiva; continuando con el examen del elemento típico común cual es la voluntad contraria del morador y se finaliza el capítulo con el estudio de la modalidad violenta regulado en el párrafo 2º del art. 490 siempre del Código penal.

1º) Modalidades de conducta: allanamiento de morada activo y pasivo

Castiga el Código penal al particular que entrare en

morada ajena contra la voluntad de su morador. La modalidad primera de comisión a examinar viene representada por un verbo eminentemente activo; entrar. Seguidamente pasamos a examinar su contenido semántico en relación a la valoración jurídica que consecuentemente deriva por su posición entre el resto de elementos típicos.

Como se acaba de señalar, "entrar" es un verbo que rezuma actividad en su más pura significación. "Entrar", según el Diccionario; viene marcado por la acción de pasar de fuera adentro; asimismo "pasar por una parte para introducirse en otra". En este contexto, "entrar" es sinónimo de penetrar, de introducirse.

El mentado verbo típico está haciendo referencia a un actuar consistente en pasar de una zona o ámbito no delimitado ni demarcado a otro que sí que lo está. Se relaciona un periodo temporal durante el cual se produce un cambio de situación de un objeto que se halla en movimiento en un espacio indeterminado a otro que presenta mayor determinación y concreción.

Este especial significado de la acción delictiva se manifiesta en un ámbito dinámico a través de tres puntos íntimamente unidos; un espacio exterior sin límites, otro espacio marcado por una delimitación concreta frente al anterior y un objeto en movimiento que se desplaza de uno a otro. Llevado este esquema al ámbito en que se desarrolla la presente investigación, se pone de relieve la conducta del sujeto activo que se traslada del exterior al interior, del mundo público y ajeno a un recinto privado y delimitado. Esta limitación viene constituida por la morada ajena, término típico fundamental que ya ha sido estudiado. De todo esto se deduce que siempre que se hable de una entrada necesariamente tiene

que aparecer un límite que actúa como línea divisoria entre dos espacios distintos y diferenciados; en nuestro caso, dicho límite se establece entre la esfera privada reservada a su titular y el mundo exterior.

Se exige, pues, que el particular se introduzca físicamente en el lugar protegido por la norma, es decir, con la propia presencia material en el interior de la morada ajena. Ello implica que otro tipo de intromisiones en la esfera privada doméstica en las que el sujeto activo no se halla materialmente dentro de la misma, no constituyen allanamiento de morada. Tales son los supuestos de toma de imágenes de la vida que se desarrolla en el interior de la vivienda desde el exterior a través de teleobjetivos u otros instrumentos de captación de imágenes a distancia, así como los que consisten en colocación de aparatos de grabación de la voz humana, si bien en este caso dado la necesidad técnica de aproximación al personaje en cuestión, se necesitaría de una introducción material que vendría cubierta por el tipo descrito en el art. 490.

Ante esta disparidad punitiva, la doctrina científica ha planteado la conveniencia de establecer una sanción penal para este tipo de conductas, dado que atentan igualmente al derecho a la intimidad domiciliaria de las personas (114). Se traen a colación en esta materia las reformas que han habido en otros países, y en tal sentido se presentan como botones de muestra, el art. 615 bis. del C.p. italiano, el 179 del C.p. portugués o los arts. 368 a 372 del C.p. francés (115).

Señalábamos en el capítulo anterior que el legislador

parece haber entendido que la presencia corporal de una persona es más grave, en principio, que la intromisión en el hogar ajeno sin dicha presencia corporal. Si nadie duda que la entrada o permanencia material e ilícita del extraño en el domicilio ajeno debe ser incriminada (116), otro tipo de conductas señaladas ofrecen mayores dudas cuando se habla de su posible inserción en un texto punitivo. Un buen aprovechamiento de la legislación civil, en nuestro caso, de la LO de 5 de marzo de 1982 de protección civil al honor, a la intimidad y a la propia imagen, puede conseguir que la necesidad de la regulación punitiva sea mínima, tan solo para aquellos atentados que constituyan auténticas lesiones de bienes jurídicos dignos de toda tutela. En el fondo de muchas de las demandas en esta materia residen meros móviles económicos que buscan en la amenaza de la sanción criminal una vía cómoda y rápida de hacer efectivas ciertas pretensiones.

Nos hallamos, pues, ante una entrada física. Pero ¿Cuándo decimos que el agente ha entrado? ¿Cuando pone los pies en la puerta? ¿Cuando ha introducido una parte del cuerpo?. En las líneas que siguen intentaremos desvelar esta cuestión.

En la doctrina española (117) y en la italiana (118) se entiende que el delito se consuma cuando se penetra totalmente en la parte cerrada de la morada, esto es, cuando ha pasado todo el cuerpo el umbral de la puerta o de otros accesos a la vivienda objeto de tutela.

Sin embargo, esta posición no es seguida en la doctrina alemana. Por el contrario, en el país germánico se parte de la idea de que el delito se consuma totalmente aún cuando el autor solo ha

ya introducido una parte de su cuerpo en el lugar protegido por la ley (119), llegándose a afirmar que constituye allanamiento de morada completo el hecho de obstaculizar con los pies la parte inferior de la puerta de acceso a la morada impidiendo que esta se cierre (120).

El razonamiento del que parten estos últimos aparentemente tiene un sólido fundamento. Se dice que si el bien jurídico es el derecho a la intimidad domiciliaria, ésta viene a ser menoscabada desde el momento que el sujeto activo se introduce en la morada ajena con parte de su cuerpo.

Pero solo aparentemente existe una base consistente en favor de esta interpretación, pues se producen dos errores en la argumentación. El primero de ellos es considerar que el objeto de protección es solamente la intimidad domiciliaria, pues si ello fuese así, por la misma regla constituiría también allanamiento de morada el hecho de tomar desde el exterior una fotografía del interior de la vivienda, dado que ya se lesiona el bien jurídico protegido. La ofensa al valor tutelado viene determinada por unos medios comisivos taxativos que suponen la total presencia física del autor en el interior del domicilio ajeno.

El segundo error deriva de no atender al término típico en su genuina significación según su propia estructura semántica y su concreta declinación modal y temporal. Pues como se ha señalado, "entrar" es un verbo activo que describe una acción en movimiento en un periodo temporal definido, esto es, que tiene principio y fin. El estadio completo de dicha actividad se produce cuando el cuerpo se halla enteramente dentro del área física delimi

tada por las paredes de la morada, que es precisamente el espacio donde se desenvuelve la personalidad del morador libre de injerencias. Hasta este punto, la realización del injusto no se ha llevado a cabo de forma perfecta, y con ello se pone de relieve que introducciones parciales o situar los pies en el umbral de la puerta son formas incompletas de ejecución del delito que, a todo lo más, se encuentran en el peldaño de la tentativa.

En consecuencia, con la doctrina española e italiana abrumadoramente mayoritaria, debemos interpretar el término entrar como introducción completa en el lugar protegido, esto es, con todo el cuerpo. Conductas consistentes en asomarse por la ventana, introducir los brazos en las rejas, o subir a un tejado no constituyen el delito de allanamiento de morada. Tampoco molestias a la paz doméstica, como llamar por teléfono con ánimo de ofender, golpear la puerta, lanzar objetos a la vivienda, etc. se encuentran tipificados en el art. 490.

Constantemente hemos venido manifestando que esta primera modalidad delictiva es de naturaleza activa. Sin embargo, en Alemania la mayoría de la doctrina entiende que cabe esta forma comisiva en versión omisiva.

El problema se plantea en el supuesto de que un sujeto entra en una vivienda ajena amparado por una causa de justificación o exculpación, y con posterioridad, en el curso ulterior de los hechos las circunstancias que constituían el presupuesto de la eximente, desaparecen y el agente continúa en el lugar sabiendo que actúa antijurídicamente. Piénsese en el ejemplo de una persona que va completamente bebido y se introduce en la casa del vecino cre-

yendo que es la suya, y más tarde, cuando vuelve a un estado normal de consciencia y descubre que esa no es su vivienda, decide (aprovechando que no está el vecino) curiosear en las habitaciones del domicilio ajeno.

Según la opinión mayoritaria de este país (121), la conducta debe ser castigada por la primera alternativa, esto es, como una entrada por omisión (Eindringen durch Unterlassen).

Los autores citados no acuden a la segunda alternativa porque el Código penal alemán en la definición típica del art. 123 impide que el presente caso pueda subsumirse en dicha modalidad; pues la conducta omisiva propia exige que el autor permanezca en el lugar sin permiso del titular del mismo, y no lo abandone tras el requerimiento de éste (122). Evidentemente, en el supuesto planteado no existe, porque no puede existir, requerimiento alguno.

En efecto, se mantiene que en la primera alternativa se produce el allanamiento de morada por comisión por omisión, es decir, una auténtica omisión impropia, y en apoyo a esta aseveración se afirma que dicho delito es un delito permanente y por tanto el resultado antijurídico objetivo se produce nuevamente y de forma idéntica tras desaparecer las circunstancias que en un primer momento eliminaban la responsabilidad criminal. El argumento se contempla señalando que el autor ha puesto en peligro o, incluso ha lesionado el bien jurídico considerado a través de su actuar precedente colocándose en situación de garante y en consecuencia nace el deber de abandonar el espacio físico violado para dar fin al estado antijurídico (123), si dicho autor no actúa en este sentido, cometería un allanamiento por omisión impropia, pues ha llevado a cabo una entrada por omisión.

Como era de esperar, las críticas, aunque minoritarias, han dejado eco frente a esta original pero peligrosa tesis. La primera objeción, pues, que cabe plantear es que esta interpretación parte de un principio bastante formal que viene a entender como posible el equiparar todo delito de comisión, de actividad a delito de omisión impropia, en cuanto a la modalidad de perpetración se refiere. Pero, evidentemente, como señalara STOIBER (124), la equiparación puede plantearse si existe un punto de referencia común a la comisión activa y a la omisión, y en el StGB (125) dicho punto de referencia no puede ser otro que el resultado exterior, de tal forma que allá donde no exista resultado en sentido estricto, esto es, como esa transformación que se manifiesta en el mundo exterior derivada de la propia acción, no puede establecerse equiparación alguna. En consecuencia, y sin olvidar que estamos en el ámbito del Derecho penal alemán, un delito de simple actividad no puede ser perpetrado por omisión, de tal forma que es erróneo establecer tal asimilación.

Y en este contexto no hay que olvidar que no todo menoscabo de la función de garantía que persigue el legislador es relevante en el ámbito jurídicopenal. Estamos hablando dentro de este campo de lesiones a bienes jurídicos típicos, y en nuestro caso, se produce dicha lesión a través de un medio comisivo determinado legalmente.

Y resulta claro a todas luces que "entrar" es un elemento del tipo propiamente activo; que presupone una acción dinámica donde el sujeto se desplaza desde el exterior hacia el interior, es decir, que la actividad material que despliega la forma comisiva está totalmente predeterminada y de ahí se desprende que no es posi

ble "entrar por omisión" (126).

También se ha señalado que no es posible admitir esta forma de consumación delictiva, "pues por razones sistemáticas el legislador ya ha contemplado la modalidad omisiva pura en la segunda alternativa, de ahí que un delito de omisión impropia queda excluido"(127).

En resumen, la problemática del "Eindringen durch Unterlassen" (entrada por omisión) es una interpretación doctrinal con apoyo jurisprudencial (128) que se ha originado para cubrir una importante laguna legal en el derecho germánico (129). De nuevo la deplorable estructura típica del art. 123 del Código penal alemán impide que la situación descrita pueda ser incriminada por la segunda alternativa legal, pues se exige un requerimiento del titular para que el autor abandone el lugar, requerimiento que en el presente caso no existe.

Interpretación doctrinal, por tanto, integradora y en consecuencia prohibida en la materia jurídico penal, pues no solo es contraria al reo sino que además viola flagrantemente el principio de legalidad. Una vez más, siguiendo a STOIBER tenemos que señalar que si el propio legislador ha tipificado la lesión de un bien jurídico alternativamente en delito de comisión activa y pasiva, entonces él mismo ha resuelto ya el problema de la equiparación del hacer y del omitir (130). La propia naturaleza del verbo típico y su situación sistemática no dejan resquicio para la duda: La primera alternativa delictiva en el delito de allanamiento de morada solo puede ser perpetrada e imputada a su autor de forma activa. Queda excluida en este delito cualquier posibilidad de aceptación de una consumación a título de comisión por omisión.

En segundo lugar, tenemos que examinar la segunda modalidad comisiva del allanamiento de morada, la alternativa pasiva que viene descrita legalmente bajo los términos "...o sin habitar en ella (refiriéndose a la morada) se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador..."

Significábamos en el capítulo primero que esta forma de conducta se introdujo en el Código penal de 1944 por la Ley de 7 de abril de 1952; y tan solo había sido regulada con anterioridad en el Código de 1928, en su art. 668 de entre nuestros Textos punitivos históricos. Sin embargo, ya en el siglo pasado GROIZARD criticaba esta laguna punitiva que podía existir pues, como señalaba el ilustre comentarista: "El derecho, en efecto, del morador de la casa, puede ser lastimado, no solo entrando una persona contra su voluntad, sino también contra su prohibición permaneciendo en ella, aunque le haya sido permitido, tolerado ó no contradicho el ingreso. Recuerdese cuanto hemos dicho sobre la índole del derecho protegido por la sanción aquí establecida, y se verá que todo es tan pertinente; con aplicación á la resistencia que oponga una persona á salir del domicilio, cuando es al efecto requerida por el dueño de la casa, como al ingreso arbitrario en ella" (131). Y esta fué una consecuencia derivada de el seguimiento que hizo nuestro Código penal del modelo que plasmaba el Texto napoleónico.

Pese a la crítica de GROIZARD, otro gran tratadista, QUINTANO, se mostró contrario a la específica regulación legal de la conducta omisiva (132).

A favor o en contra, en primer lugar debe examinarse el contenido jurídico que encierra el allanamiento pasivo para en

un segundo momento valorar la conveniencia de conservar el mismo en una futura regulación.

Gramaticalmente, "mantenerse" hace referencia a la acción de continuar voluntariamente aquello que se está ejecutando. En nuestro caso, esta acción viene definida por la permanencia del sujeto en el lugar que constituye la morada ajena. El propio verbo típico colocado en el contexto normativo del art. 490 del C.p. refleja una situación antijurídica originada por un "no hacer". Este "no hacer" es contrario a derecho en tanto que el sujeto no lleva a cabo la conducta de traspasar el umbral marcado por los límites de la morada hasta alcanzar el mundo exterior.

Puesto en comunicación con el bien jurídico aquí considerado, el sujeto pasivo ha levantado (aunque no siempre es así) su barrera al sujeto activo, en un primer momento; (internándose éste en la vida privada de aquél) y, por las razones que sean, en un segundo momento baja de nuevo esa barrera que cierra su esfera privada de actuación al agente en cuestión, excluyéndole del posible conocimiento de su intimidad doméstica. De aquí se desprende que no hay contradicción entre la tutela del bien jurídico que se persigue y el medio legal utilizado para tal fin. Es, pues, perfectamente compatible salvaguardar los presupuestos formales de la vida privada doméstica a través de una figura delictiva de omisión propia.

Además de esta presencia física del autor en la morada ajena, la doctrina exige que la entrada haya sido consentida (133). Esta opinión unánimemente compartida debe ser puesta en tela de juicio. Estamos de acuerdo en que la modalidad pasiva es subsidia-

ria de la activa (como los autores señalados en la nota anterior han reflejado) y ello significa que se acudirá a la alternativa omisiva solo cuando la conducta activa no haya podido ser incriminada, y, por supuesto, se satisfagan las exigencias típicas señaladas por el art. 490.

Ahora bien, esa no incriminación puede venir originada por varias causas, y la doctrina solo ha tenido en cuenta una de ellas cual es la atipicidad de la conducta por llevarse a cabo la introducción con el consentimiento del morador. Pero en el supuesto de hecho que planteábamos anteriormente, donde el sujeto entraba en la morada ajena amparado por una causa de justificación o de exculpación y con posterioridad cesaban los efectos de la eximente, si el agente persiste en la permanencia consciente de la voluntad contraria del titular del local; el hecho no podrá castigarse por la primera modalidad, dado que hemos rechazado la posibilidad de penalizar una entrada por omisión. Podría pensarse que los efectos antijurídicos del actuar perduran una vez se restablece el estado de normalidad del hecho criminal (por ejemplo, cuando el sujeto que entra por equivocación y totalmente borracho en la casa del vecino recobra el funcionamiento normal de sus capacidades intelectivas y cognoscitivas, y aún así, se queda unas horas en dicho lugar curioseando las pertenencias de éste), pero aún esta interpretación tendría serios problemas con el principio de legalidad.

Sin embargo, no existe duda alguna de que en el presente caso el autor se mantiene en la morada ajena contra la voluntad del morador, pues nuestro Texto punitivo, al contrario que el alemán, no exige un requerimiento expreso por parte del titular de la vivienda.

De esta forma la alternativa omisiva actúa subsidiaria y complementariamente respecto de la primera, como una actividad de agotamiento del comportamiento positivo (134), pero no solo cuando la entrada fue legítima, esto es, consentida, sino también cuando aquella se produjo bajo los presupuestos de alguna circunstancia eximente que eliminan la responsabilidad criminal, y es esta precisamente una gran ventaja que presenta nuestro Texto punitivo frente a otros como el alemán o italiano (135).

En consecuencia, también nos mostramos contrarios a que varíe el texto en el sentido de que la voluntad contraria en el allanamiento pasivo deba ser expresamente determinada por el titular frente al autor, pues concedería una peligrosa laguna punitiva para los supuestos apuntados, dado que estos se caracterizan precisamente por la ausencia del titular del local (136). Una vez más, pues, tenemos que reconocer que la regulación legal (en este punto concreto) es acertada.

Para finalizar este apartado se debe señalar una curiosa distinción legal. Se penaliza la entrada ilícita en morada ajena y la permanencia antijurídica si el sujeto no habita en la misma. El legislador podría haber utilizado una fórmula más sencilla, por ejemplo, diciendo (tal y como hacía en el Código de 1928) que se castigará al particular que entrare en morada ajena o se mantuviera en ella contra la voluntad de su morador.

La doctrina interpretó esta sutil distinción legal en el sentido de que "habitar" significaba en este contexto estar vinculado por alguna relación jurídica con el morador, "de tal índole que, mientras no exista una resolución judicial o la persona en cuestión se avenga voluntariamente a abandonar sus pretensiones de

habitar en la morada ajena, se entiende, a los efectos penales, que tiene un derecho a no ser excluido de ella. Otra interpretación, pese a que la formulación gramatical no es muy feliz, llevaría a la consecuencia intolerable de que la admisión temporal de un extraño (un sirviente o un amigo que pasa las vacaciones) privaría de toda protección personal al sujeto pasivo" (137). Esta aplicación tiene su origen en el propio preámbulo de la Ley de 7 de abril de 1952 (138), y sin duda refleja fielmente el significado de la reforma así como el fundamento de su ubicación en el texto legal. Las propuestas de reforma (Proyecto de Código penal de 1980 y PANCP de 1983, arts. 186 y 190 respectivamente) emplean también la misma fórmula para ambas modalidades de conducta, pues con toda lógica idénticas consideraciones apuntadas en la modalidad pasiva son predicables para la activa (139).

No obstante, y sin dejar de valorar positivamente toda reforma que intente recortar interpretaciones extensivas recusables e indeseables, un buen entendimiento de los términos "morada ajena", en el sentido material que se ha expuesto a lo largo del texto, haría innecesaria esta reiteración disonante si se toman los parámetros marcados por una buena técnica jurídica. A pesar de ello, no hay nada que objetar a la modificación si se apagaron las dudas sobre las cuestiones arriba comentadas.

2º) La voluntad contraria del sujeto pasivo

Señala el Código penal que la entrada o la permanencia en la morada ajena debe de realizarse "contra la voluntad de su morador". Como tantas veces hemos señalado, el delito de allanamiento de morada representa la tutela penal de una esfera de actuación

particular del sujeto pasivo donde éste lleva a cabo el libre desarrollo de su personalidad en el ámbito de su vida privada doméstica. Y esa esfera de actuación que posibilita el aislamiento del individuo frente al mundo exterior delimita su volumen y superficie merced al querer de aquél, auténtico elemento psicológico que compone la barrera impositiva a la injerencia ajena.

En este sentido, la voluntad contraria del sujeto pasivo establece la frontera entre aquellos hechos que son relevantes desde el plano jurídicopenal, y los que se hallan fuera de este campo, carentes de importancia desde el prisma que presenta el análisis dogmático.

De aquí se desprende el interés en precisar con nitidez el significado que se debe otorgar a los términos típicos "contra la voluntad del morador", pues según cual sea su concreta interpretación, muchos supuestos prácticos van a ser enjuiciados de forma muy diferente atendiendo a la dirección que apunte la actividad exegética previa.

El problema fundamental que aquí se va a examinar, y también, el más debatido por la doctrina, es el que se plantea sobre el tipo de voluntad, o mejor, sobre qué forma de manifestación de la voluntad es la requerida por el Código para que, levantada esta de forma obstativa, tenga relevancia a efectos de satisfacer el tipo penal.

En este contexto, y sin afán de generalización, existen tres formas diferentes de manifestarse la voluntad: expresa, tácita o presuntamente. Vamos pues, a establecer el marco conceptual de cada una de ellas para, tras este examen previo, señalar

su relevancia jurídicopenal en el ámbito del delito de allanamiento de morada (140).

Cuando hablamos de voluntad expresa estamos acentuando dos elementos fundamentales: de un lado, la exteriorización de un mensaje, bien por palabras, movimientos corporales, gestos, signos u otros medios de manifestación semejantes; de otro lado, la intención del titular, que en el momento de enviar, de manifestar su voluntad al sujeto receptor, dicho querer va conscientemente dirigido al individuo, grupo o comunidad en concreto y en el sentido de expresar la oposición del morador a soportar la presencia física del tercero en el interior de su morada. En este contexto, la voluntad expresa se considera generalmente como un suceso interno del titular que a través de determinados tipos de exteriorización reconocidos socialmente manifiesta un querer impeditivo que crea la superficie de la esfera de protección frente a la intrusión del sujeto (individual o general) a quien va dirigido (141). Es decir, la voluntad expresa se manifiesta con inequívocas declaraciones verbales, escritas o gesticulares (142).

Evidentemente, y nadie lo pone en duda, esta forma de manifestación de la voluntad (143) es relevante para el Derecho Penal dado que el mecanismo de exteriorización en que dicha manifestación se materializa es el más apto para facilitar la tutela del interés jurídico protegido. Quien verbalmente señala a otro: -No quiero que entres en mi casa-, está delimitando la barrera de la no injerencia frente al sujeto receptor de forma inequívoca, cumpliendo así el requisito típico de que la conducta se eleve contra la voluntad del agente, sin que exista problema alguno en la reconocibilidad del disenso. Lo dicho tiene igual valor cuando la de-

claración obstativa se manifiesta de cualquier otra forma que, dentro de los esquemas normales de comunicación social, reflejan claramente la intención directamente dirigida a los sujetos de la prohibición al acceso de la morada.

La voluntad tácita, como forma de manifestación, es aquella resultante necesariamente de facta concludentia, no la propiamente derivada de forma directa de la voluntad misma (144). Quien diariamente deja cerrada la puerta de su casa cuando marcha al trabajo, no exterioriza específicamente a un sujeto determinado (que puede ser individual o colectivo) su oposición a que éste entre en su domicilio. El querer del morador no se expresa directamente sobre el sujeto receptor, pero no hay duda que con su actuar aquél está manifestando claramente que los desconocidos tienen prohibido el acceso a su morada en su ausencia. Como escribiría ANTO-LISEI, con la locución disenso tácito se intenta aludir al disenso deducible de hechos significativos y unívocos (per facta concludentia) (145), actos, en definitiva, incompatibles con el consenso. En este sentido, se entiende que del comportamiento se infiere, a través de esos actos concluyentes y unívocos, que el titular del "ius excludendi" expresa un querer que es incompatible con la voluntad de consentir el ingreso al extraño (146).

Existe una diferencia sustancial entre la forma de manifestación de la voluntad expresa y tácita. Mientras que en aquella la declaración se lleva a cabo a través de medios sensibles que, catalogados dentro de determinados tipos de exteriorización reconocidos socialmente, son utilizados por el agente precisamente para exteriorizar el acto volitivo interno dirigido a tal fin; en la manifestación tácita se pone el acento en aquellos actos, hechos o

comportamientos que si bien no se realizan con la finalidad directa de hacer patente esa voluntad contraria al ingreso, por su carácter concluyente y unívoco plasman claramente y de forma cierta esa misma voluntad porque estos serían incompatibles con una voluntad diversa, no admitiendo, pues, el actuar del agente una interpretación diferente (147).

En nuestra legislación histórica, en la formulación original del texto de 1848 y también en el de 1870, se recogía la actual fórmula de expresar que el hecho se llevase a cabo "contra la voluntad de su dueño". Ya en aquel momento, los comentaristas contemporáneos (148), entendieron que la manifestación de la voluntad impositiva podía ser tanto expresa como tácita. Tan solo VIADA (149) interpretó, con escaso éxito, que la satisfacción de los requisitos del delito suponía una manifestación explícita de la voluntad, negando, pues, cualquier relevancia jurídica a la exteriorización tácita o presunta de la voluntad (150).

El Código penal de 1928, quizás con el deseo de resolver las frecuentes controversias que en la interpretación de la locución típica se producían tanto en doctrina como en jurisprudencia, dedicó un precepto exclusivamente referido al tema de la voluntad, recogiendo las tres formas de manifestación que hasta ahora hemos venido significando (151). El Código del 32 volvió a adoptar la misma fórmula que el texto de 1870, si bien estableció que la voluntad contraria del morador debía manifestarse de forma tácita o expresa. Esta misma fórmula fué utilizada en el Código penal de 1944 que suprimió la reforma de 1952 por dar entrada a la modalidad pasiva, dejando al art. 490 en su actual estado.

Sin embargo, nadie ha negado jamás la virtualidad de integrar el mentado término típico de la manifestación tácita de la voluntad. Normalmente la doctrina ni tan siquiera fundamenta la equiparación pues parece del todo evidente. De igual forma, el Tribunal Supremo ha manifestado en todo momento el valor punitivo de la voluntad tácita obstativa del morador (152).

Y no podía ser de otra forma, pues la voluntad tácita tal y como aquí se ha definido representa en muchos casos la única forma posible de manifestar el disentimiento del titular de la mora da a la injerencia ajena.

En efecto, como veremos más adelante, no es suficiente que exista una voluntad real obstativa, sino que además se precisa de un signo representativo que la manifieste al agente. Este acto de exteriorización debe reflejar mínimamente el querer impeditivo que forma la esfera de protección doméstica frente a los intrusos. El problema que se puede plantear en este contexto es que se lleva a cabo una abstracción ya que la voluntad exteriorizada no es la propia voluntad, sino que, a través de la percepción de lo que a primera vista viene dado como acto volitivo actual y real, en su aparición ante la realidad vivida en una determinada comunidad, a ese momento del querer se le añade algo de uso social, algo preconcebido en un determinado esquema de comunicación, que limita ese querer.

Pero, como ha señalado BOHNERT (153), los esquemas de la exteriorización, puesto que son necesarios para el tráfico jurídico, están sujetos a los requisitos que dentro de ese tráfico jurídico hacen reconocible la tipicidad (en sentido diferente al

juridicopenal) que les caracteriza. La voluntad subjetiva, que es claro que puede tener sus propios esquemas, no se halla, pues, atada a la exigencia de la tipicidad incondicionalmente.

De aquí se deduce que nadie puede estar constantemente manifestando de forma expresa a todas las personas que eventualmente pudiesen pasar por su lugar de residencia la voluntad impeditiva al acceso de su morada. Por ello se dice que la esfera privada protegida desarrolla, en principio, su tradicional función de defensa frente a todos. Particularmente es permitido el acceso, y precisamente el tipo de exteriorización apunta directamente a esa voluntad de defensa (154).

En consecuencia, la forma de manifestación tácita de la voluntad representa el querer valorativamente relevante a efectos del art. 490, pues ésta compagina normalmente el disenso real del sujeto pasivo con el fundamento de delimitación del ámbito tutelado por la norma penal, esa esfera privada doméstica a la que aludimos constantemente.

De otra parte, exigir en todo momento una voluntad contraria expresa, sería socialmente irrealizable, y por ello entran en juego en el ámbito de la comunicación los tipos de exteriorización que se desvelan a través de los hechos, actos y comportamientos del titular representativos de una intención concreta incompatible con una interpretación diferente. Ello corresponde precisamente con la voluntad tácita.

Pero no significa, frente a la opinión doctrinal dominante (155), que la voluntad relevante siempre sea el querer real e interno del morador. Ello será así en la mayoría de las ocasiones, pero puede existir algún supuesto donde la voluntad natural

no tenga relevancia alguna. Y ello ocurre cuando el tipo de exteriorización indica el permiso a la entrada y la voluntad interna del paciente es impeditiva. Si alguien llama a mi puerta y cortésmente le invito a pasar, aunque internamente desee expulsar al visitante con todas mis fuerzas, como el esquema de representación exterior no es reconocible socialmente, el querer interno no tiene valor alguno, pues al Derecho penal le corresponde la sagrada función de salvaguardar bienes jurídicos relevantes y necesarios para preservar la coexistencia externa de la sociedad; no, en cambio, debe tutelar caprichos. La exigencia del acomodo de la voluntad del sujeto al acto de exteriorización permite la propia operatividad del ordenamiento jurídico y abona de forma suficiente el campo de la seguridad jurídica.

De todo lo expuesto, de nuestra investigación se desprende un dato más que ha pasado inadvertido por la doctrina: la voluntad tácita no solo representa una forma de manifestación de la voluntad real sino que además aparece como límite de la misma, en el sentido de que aquella anula a esta cuando el querer natural del sujeto es diametralmente opuesto al acto de exteriorización (156).

El planteamiento se muestra coherente, a su vez, con el modelo presentado en el estudio del bien jurídico, pues se señalaba que éste era concebido formalmente, en el sentido de que se veía lesionado con la mera ruptura de las pretensiones al respeto de la vida privada doméstica que el titular de la morada establecía con el levantamiento de una barrera constituida por su voluntad contraria al ingreso de un tercero. Pues bien, esta barrera levantada por el querer del morador, para que pueda delimitar el ám-

bito de la vida privada tutelado por el Derecho Penal, debe exteriorizarse mediante los esquemas típicos de representación reconocidos socialmente.

Pero, como hemos señalado líneas atrás, no se plantea ningún problema de notable consideración para admitir la relevancia jurídico penal de la voluntad tácita. Las controversias afloraron cuando se planteó la cuestión atinente a la denominada voluntad presunta.

En efecto, en ocasiones el disenso del sujeto pasivo no se manifiesta a través de actos concluyentes reconocibles por cualquier miembro de la comunidad (o al menos, por el intruso), sino que éste se extrae tras la formulación de un juicio hipotético. Así es, pues dado que el sujeto pasivo no ha podido manifestar expresa o tácitamente su opinión sobre la concesión o denegación del permiso al tercero, se retrotrae hipotéticamente la acción al momento de su realización como si el ofendido hubiese estado presente. Y atendiendo a las circunstancias del hecho y a las personales del autor, si se llega a la conclusión de que el reo hubiese negado la introducción del agente, entonces se dice que el hecho se perpetró contra la voluntad presunta de aquél.

La voluntad presunta, es, en primer lugar, voluntad que se presume, y el primer elemento que la caracteriza es que esta no se haya exteriorizado. A diferencia de la voluntad tácita, donde el disentimiento se deduce de una serie de hechos concluyentes y unívocos, en la voluntad presunta dicho disentimiento se basa en una serie de elementos preconcebidos (157). En aquélla existe una manifestación de la voluntad deducida y percibida por el agente, mien-

tras que en ésta dicha voluntad no existe, se supone, se presume, se parte del principio de que hubo un comportamiento hipotético que como tal nunca existió, pero que se quiere adivinar (158).

Y surge entonces la cuestión principal: ¿La voluntad obstativa presunta del titular es suficiente para satisfacer la locución típica "contra la voluntad de su morador" en el delito de allanamiento de morada?.

La cuestión fue muy debatida en Italia (159), y uno de los defensores a ultranza de la tesis que admite como válida la voluntad presunta del morador, fué MAGGIORE. El citado autor, para salvar la precisa regulación legal, interpretó de forma extensiva el término "voluntad tácita", apoyándose en la ficción de que la distancia entre la presunción y la deducción apenas si existe y en consecuencia "...cuando se trata de manifestar una manifestación de voluntad no expresada, haciendo deducciones del comportamiento de un hombre, debe tenerse en cuenta íntegro este comportamiento, no solo este o aquel signo externo. Es decir, el juicio debe recaer sobre toda su personalidad física, moral y social, sobre su carácter y su temperamento, sobre su educación, sus ideas, su clase, su profesión, etc." (160). No obstante, la letra del artículo 614 del Código penal italiano, junto con los materiales que proporcionaban las sesiones preparatorias del Código penal italiano vigente ha inclinado a la doctrina de este país en favor del rechazo de la voluntad presunta como apta para integrar la figura delictiva de violación de domicilio (161).

Como hemos señalado, nuestro Texto punitivo eliminó la referencia típica "expresa o tácita" tras la reforma de 1952, de-

jando la puerta abierta para la posible admisión de la voluntad presunta dentro de la estructura típica del delito de allanamiento de morada. Así, entendió algún autor: "que no es menester la prohibición expresa, basta que la voluntad contraria del morador sea presumible por el que realiza el allanamiento. De modo que si no consta el asentimiento expreso o tácito del morador debe reputarse que la entrada tuvo lugar contra su voluntad" (162).

Con esta interpretación, se equipara el contraste de la voluntad con la falta de la misma. Se parte del principio de que el titular de la morada deniega el permiso a la entrada por norma general, mientras que el consentimiento se presta excepcionalmente y en casos muy concretos. En consecuencia, se lleva a cabo una primera presunción: existe la voluntad contraria del morador al acceso siempre que no conste que se ha otorgado el asentimiento al mismo. Esta parece ser la opinión de nuestro Tribunal Supremo, cuando en la famosa Sentencia de 10 de enero de 1927 (JC n.º: 11), establece: "mientras no se otorgue el permiso de entrada subsiste la prohibición de ingreso en el ajeno domicilio, al igual que sucede con los delitos de hurto, en los que para estimarse que el apoderamiento de la cosa ajena no se hace contra la voluntad de su dueño, es preciso demostrar que existía la previa autorización de tomarla, de lo cual se deduce que existe una previa presunción legal, lo mismo a favor del morador que del propietario de la cosa ajena, para que esta no sea ocupada y aquella resulte invadida" (163).

Pero, la primera objeción a esta interpretación es que lleva a cabo una equiparación entre una voluntad obstativa y una falta de voluntad, que son precisamente los contenidos que corresponden respectivamente con las locuciones típicas "contra la volun

tad" del art. 490 y "sin la voluntad" del art. 514.

Esta polémica, sobre si la conducta típica debe realizarse "contra la voluntad" o "sin la voluntad" ha tenido especial importancia en la República Federal de Alemania, pues en el art. 123 del Código penal alemán no se menciona en el tipo expresamente tan repetida expresión típica de "contra la voluntad". En el texto germánico se hace referencia a que la entrada sea ilícita o indebida. Pero, tanto doctrina como jurisprudencia entienden que el verbo típico de base, "eindringen", que en una traducción literal viene a significar intrusión, invasión o penetración, en su sentido jurídico presupone dos elementos: una entrada física del agente en el lugar protegido y que ésta se lleve a cabo contra/sin la voluntad del titular de los mismos (164). Este silencio legal ha justificado la controversia doctrinal existente en el país germánico (165).

A decir verdad, en la doctrina alemana no existe una clara diferenciación entre voluntad tácita y voluntad presunta, de tal forma que ambos conceptos se confunden y a su vez se mezclan con el binomio contra/sin voluntad (166). Por ello hay que formular algunas precisiones.

En efecto, como ha señalado la doctrina, "si aludimos a ""contra la voluntad"" estamos exigiendo que la víctima se manifieste de modo expreso o tácito en contra de la acción del sujeto activo, es precisa, pues, la explicitación de una oposición de una de esas dos formas" (167). "Sin la voluntad", por el contrario, y aparentemente no significaría voluntad opuesta sino más bien que falta en el caso concreto una manifestación del querer del sujeto pasivo respecto del comportamiento del agente. En este sentido,

pues, se equiparan los supuestos de voluntad presunta con aquellos en que no existe tal voluntad sin precisar demasiado en esta segunda proposición jurídica.

El término "sin voluntad" enfrentado al término "contra la voluntad", en el ámbito normativo del allanamiento de morada, entendido como ausencia tácita o expresa de consentimiento entrará a formar parte del término típico "contra la voluntad del morador" si este es entendido como la simple ausencia de un concreto requerimiento para acceder al domicilio de un tercero. Falta de concreción en el caso concreto y ausencia de voluntad, entendidas como expresiones normativas sinónimas, formarían parte de lo que aquí hemos definido como voluntad tácita obstativa. En efecto, cuando uno se construye una casa, el solo hecho de crear un edificio de tales características denota ya un signo de comunicación interindividual mundialmente reconocido: nadie puede entrar en la misma sin un permiso especial (168), dado que aquél forma un área espacial de desarrollo de la vida privada y levanta la barrera de protección frente a aquellos que particularmente no van a participar de la misma.

Esta voluntad de exclusión queda latente indefinidamente y solo cuando se revoque el momento escisivo al mundo exterior o al individuo en concreto el acceso del que antes era extraño dejará de tener relevancia jurídica. Y vuelto por pasiva, solo cuando expresamente se le deniegue el acceso al sujeto que anteriormente se encontraba en la esfera de intimidad doméstica, su ulterior entrada a este punto temporal podrá constituir el delito de allanamiento de morada.

De ahí se deduce que la ausencia de voluntad, en senti

do estricto y diferenciado de la voluntad impeditiva tácita, existirá solo respecto de aquellos supuestos en los que, sin recaer la prohibición al acceso de la vivienda del titular, tampoco se puede determinar que éste haya otorgado el consentimiento. Solo de esta forma podremos distinguir en el delito de allanamiento de morada expresiones tan precisas como "contra la voluntad" y "sin la voluntad".

Existe, pues, una escala gradual de manifestar el disenso o simplemente no otorgar el consentimiento. En primer lugar, nos encontraríamos ante la oposición expresamente manifestada: voluntad contraria expresa y con plena relevancia jurídicopenal. En segundo lugar, aquella voluntad que, sin ser exteriorizada concreta y puntualmente por el particular, se deduce de sus actos y comportamientos que mantiene la prohibición del ingreso a su morada. Y en tercer lugar, tenemos aquellas situaciones donde el agente no es sujeto de la prohibición normalmente, pero en el caso concreto se duda sobre si ha obtenido el consentimiento para entrar en la morada ajena. Mientras que en la anterior forma de manifestación de la voluntad obstativa no existe ninguna duda sobre su virtualidad jurídica para integrar el tipo del art. 490, en ésta última las dudas giran constantemente a su alrededor.

Señalábamos anteriormente que en la voluntad tácita existía una auténtica voluntad contraria que se deducía de hechos concluyentes representados a través de un tipo de exteriorización reconocido socialmente. En el supuesto que planteamos, no existe una deducción sino una presunción que nos conduce a la admisión de una voluntad hipotética contraria allí donde, al menos en principio, se cuestiona el disenso. Visto de esta forma, voluntad presunta y

ausencia de voluntad se equiparan cuan dos términos de una ecuación, si se aceptan las consideraciones que sobre una y otra hemos realizado.

Pero la primera objeción para aceptar la voluntad presunta, como ya hemos adelantado, deriva de las propias exigencias típicas del texto literal del art. 490 del Código penal, el cual establece que la conducta delictiva debe realizarse "contra la voluntad del morador" y no "sin la voluntad". Acudiendo a la famosa frase de SUAREZ MONTES, "La voluntad presunta, así entendida, no puede suplir el dato real de la voluntad contraria del morador, exigida por la Ley, careciendo, en consecuencia, de entidad suficiente para dar cuerpo al delito." (169).

De otra parte, como ha señalado JORGE BARREIRO (170), admitir legalmente la vía de las presunciones es difícilmente compatible con las exigencias de seguridad jurídica propias de la tipicidad penal. Además, como tantas veces hemos señalado, nuestra consideración del bien jurídico parte del respeto a las pretensiones formales del ciudadano de salvaguardar su vida privada doméstica. Pero para que sean menoscabadas dichas pretensiones formales es necesario que el individuo presente al mundo exterior la barrera que delimita el ámbito donde se desarrolla su personalidad libre de injerencias indeseadas. No obstante, esa barrera necesita de la voluntad contraria del sujeto tutelado por la norma y del acto de exteriorización que la haga reconocible al agente: Ambos requisitos faltan cuando hablamos de la voluntad presunta.

También, aceptar dicha tesis tiene consecuencias procesales nada aconsejables, cual es la inversión de la carga de la

prueba, o sea, se presume que el sujeto entró sin la anuencia del morador, y si no es así, aquél tiene que probar que éste consintió, llevándose, incorrectamente, el supuesto a una equiparación con el delito de hurto descrito en el art. 514 siempre del Texto punitivo (171).

Como es evidente, con todos los argumentos presentados queda claro que solo la voluntad expresa o tácitamente manifestada por parte del titular de la morada puede ser relevante a efectos de cumplir el requisito típico exigido por el art. 490 de: "contra la voluntad del morador", quedando excluida la llamada voluntad presunta (172).

El Tribunal Supremo ha admitido en diversas ocasiones la llamada voluntad presunta, como hemos tenido ocasión de ver líneas atrás. No obstante, en numerosas ocasiones se establece un razonamiento en favor de la admisión de la voluntad hipotética, y sin embargo en el caso concreto tan solo se presenta una violación del disenso tácito. Así, en la STS de 23 de octubre de 1964 (JC nº: 1596) en el segundo Considerando señala: "...basta que esa voluntad contraria se presuma de las circunstancias en que se verifique la entrada, que de ser conocida por su morador se hubiera opuesto manifiestamente". Visto de esta forma, parece ser que el TS está a favor de aplicar las presunciones en materia de voluntad impeditiva. Sin embargo, el caso enjuiciado contemplaba la entrada de un intruso en ropas menores en la morada del sujeto pasivo a través de una ventana y a altas horas de la madrugada. En realidad, se trataba de una situación donde el querer opositivo del titular se manifiesta tácitamente. En otra importante decisión, de 20 de febrero de 1965 (JC nº: 284), donde los hechos declarados probados señalaban que el

amante entraba en la casa donde servía una doméstica sin el conocimiento del señor de la casa para mantener relaciones sexuales con aquélla, el TS no quiso pronunciarse en favor de la tesis del Ministerio fiscal de la Audiencia Provincial de Barcelona, quien estimaba: "que no solo es eficaz la oposición expresa o de algún otro modo revelada por el titular de la morada, sino también que debe presumirse su existencia mientras no conste el asentimiento expreso o tácito...". El TS, sin embargo, decidió absolver al procesado por otra vía: por la inexistencia de un dolo específico de violar el domicilio ajeno. Sin embargo, en la STS de 25 de mayo de 1985 (R.A. 2031) el TS señala que la voluntad contraria se presume siempre, salvo que se pruebe lo contrario.

Intimamente relacionado con la voluntad presunta, como un supuesto específico de ésta, se encuentran aquellos hechos perpetrados con el consentimiento del paciente, pero habiendo sido obtenido el mismo subrepticamente o con engaño. También se suele estudiar en este apartado las entradas con la anuencia del morador pero desconociendo este que el ingreso se lleva a cabo con fines ilícitos o inmorales. Para tratar este conflictivo tema vamos a presentar dos casos enjuiciados, uno en Alemania (consentimiento obtenido mediante engaño), y otro en España (ingreso perpetrado con fines ilícitos e inmorales).

La Sentencia del Tribunal Superior del Estado de Munich -OLG München, en adelante- del 10 de marzo de 1972 (2Ws 40/72) enjuició el supuesto donde dos funcionarios de policía entraron en la casa de un particular engañándole. Dichos funcionarios seguían la pista de unos traficantes de droga y estaban convencidos de que se hallaban en el interior de una vivienda. Con la excusa de que que-

rían comprar droga lograron obtener el consentimiento de uno de los comoradores para entrar en la vivienda. Evidentemente, la intención de los policías no era comprar la mercancía ilícita sino obtener pruebas para lograr ulteriormente la detención de los presuntos traficantes, quienes denunciaron a aquéllos por perpetrar el delito de allanamiento de morada.

La OLG de München siguió un clásico procedimiento para resolver la cuestión. En primer lugar se planteó si existía una conducta típica, para, en un segundo momento, examinar la antijuridicidad del comportamiento. Y resolvió el primer punto positivamente, pues entendió el Tribunal bávaro que los policías habían entrado contra la voluntad de los moradores de la vivienda en cuestión. El razonamiento, muy breve, se apoyó en que un consentimiento que excluya la tipicidad solo puede existir cuando aquél corresponda con la verdadera voluntad del titular, no, por el contrario, cuando la determinación del querer del sujeto pasivo haya sido influida decisivamente por el engaño del agente. Añaden a ello que el denunciante y su compañero de vivienda no hubiesen otorgado el permiso a la entrada si hubiesen conocido las verdaderas intenciones de los funcionarios.

El razonamiento del Tribunal, sin embargo, adolece de dos errores. El primero de ellos, como salta a la vista, es presumir una voluntad obstativa interna a la entrada cuando la exteriorización del querer fue precisamente la que concedió el permiso al ingreso, situando por encima del acto material de exteriorización una ficticia suposición que buceaba en el oscuro mundo de la hipótesis.

El segundo error que se puede observar en el Fundamen-

to de Derecho de la decisión examinada, es que el ponente no entra en la distinción entre un acuerdo o conformidad que excluye la tipicidad (Einverständnis) y el consentimiento que excluye no ya la tipicidad, sino la antijuridicidad (Einwillung) (174).

En efecto, la doctrina alemana distingue entre el acuerdo o conformidad, que en determinados delitos (entre ellos, el allanamiento de morada) viene descrito en la expresión típica de forma negativa, y el consentimiento, que normalmente no viene recogido literalmente en el injusto concreto, pero de su propia estructura se deduce que cuando aquél actúa la acción del agente no conlleva responsabilidad criminal. En el primero, la conducta del sujeto activo que se desarrolla bajo la conformidad del pasivo no es ni tan siquiera típica, es totalmente irrelevante para el Derecho Penal pues ésta no lleva consigo lesividad alguna. No existe, pues, peligro alguno para el bien jurídico tutelado y menos todavía, conflicto de intereses (175).

El consentimiento justificante, por el contrario, otorga a quien realiza una conducta totalmente típica una facultad para obrar en ese sentido. Pero la acción del sujeto viene descrita legalmente y supone necesariamente el ataque a un bien jurídico determinado, si bien dicho valor es menoscabado para salvaguardar otro de mayor entidad. Existe, pues, un conflicto de intereses en este caso.

Pero la distinción postulada en la RF de Alemania, y con escasa incidencia en nuestro país, trae en sí misma una importante consecuencia aplicable al supuesto que estamos examinando: El acuerdo, en la mayoría de los tipos suele ser de "naturaleza pu

ramente fáctica", es decir, que se atiende a la voluntad natural que en un momento concreto manifiesta el sujeto pasivo, ya sea expresa o tácitamente, siempre y cuando dicha voluntad se haya producido libre de presiones coercitivas. Es irrelevante pues, que el sujeto tuviese o no un perfecto conocimiento de la situación base y elementos adyacentes que provocaron su anuencia al hecho considerado; que se hubiese otorgado por error, por engaño o captado subrepticamente (176).

En cambio, el consentimiento justificante debe reunir ciertos requisitos de capacidad y de conocimientos respecto del hecho que le sirve de base para que pueda tener eficacia.

En nuestro Alto Tribunal existe alguna resolución en la que directamente se enfrenta ante un supuesto donde los autores penetraron en el lugar protegido mediante engaño. Así, en la STS de 5 de julio de 1950 (JC nº: 309) los reos lograron entrar en el domicilio ajeno llamando a la puerta y diciendo que eran policías, permitiéndoseles el acceso precisamente por la creencia errónea de una de las moradoras de que estaba obligada a procurar a aquéllos el acceso. El TS entendió que el hecho era constitutivo de allanamiento de morada, por cuanto que la acción se había perpetrado contra la voluntad del morador, dado que "la simulación de autoridad empleada para penetrar en domicilio ajeno cohibe el ánimo del morador de éste y constituye intimidación a los efectos del referido precepto". En tal supuesto, el Juzgador adoptó una fórmula más factible para no violar frontalmente la letra de la ley, y acogerse ante un posible constreñimiento de la voluntad y poder así subsumir el comportamiento bajo los requisitos de la norma penal.

Se ha dicho además, respecto a esta interpretación que tanto se muestra a favor de equiparar el aspecto volitivo del delito de hurto con el de allanamiento de morada, que a nadie se le ocurre calificar dentro de aquella figura la conducta que consiste en tomar la cosa ajena engañando a su dueño, pues en tal supuesto nos encontramos ante una estafa y no ante un hurto (177).

En cuanto a los ingresos realizados con móviles ilícitos, abyectos o inmorales, nuestro Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse en la famosa Sentencia de 15 de junio de 1957 (JC nº: 585). El fundamento de hecho de la sentencia recurrida narraba que el acusado y el morador de la casa presuntamente allanada mantenían relaciones de estrecha amistad desde la infancia, de tal forma que el procesado realizaba frecuentes visitas a aquél y a su esposa. Una noche, con ocasión de celebrarse los festejos en la población donde los tres residían, tras dejar al marido que seguía divirtiéndose, se dirigió el reo al domicilio conyugal, entró en el mismo aprovechando que la puerta de acceso estaba abierta y penetró en el dormitorio de la esposa del amigo logrando yacer con ella puesto que guardaba un enorme parecido con aquél y ésta los confundió.

El TS castigó al sujeto en cuestión por sendos delitos de violación y allanamiento de morada. En el tercer Considerando manifestó: "...y claramente se deduce que nunca un morador hubiese consentido la entrada de persona, aunque fuera de su familia o de la mayor intimidad, para atentar contra la honestidad de su legítima consorte, y el que penetra en un hogar ajeno animado de esos reprobables propósitos lo hace contra la voluntad de su morador, por lo que al haberlo entendido así el Tribunal "a quo", no incidió en la infracción del párrafo primero del art. 490 del Código Penal.."

Aparte de las críticas que se han realizado a la consideración de la voluntad hipotética como voluntad contraria en el delito de allanamiento de morada, la objeción concreta que se le puede oponer al Juzgador en este supuesto es que se incrimina en razón de salvaguardar ciertos postulados de la Moral, olvidando principios jurídicos penales de obligada observación. Admitir que el ánimo del morador va a depender de un hipotético conocimiento sobre una situación "ex ante" de los móviles del agente, supondría castigar por delito de allanamiento de morada a quien es invitado a cenar en una casa ajena y acepta la cena, acudiendo a la invitación, simplemente para ver a la mujer del anfitrión con quien desea mantener relaciones sexuales. Tan absurdo es aceptar el castigo como el razonamiento que le sirve de base.

En definitiva, solo integra el elemento típico "contra la voluntad", aquella que el titular del bien jurídico tutelado manifiesta expresa o tácitamente. Queda, pues, vedada la tipicidad cuando el querer impeditivo del morador no ha existido en el caso concreto, aunque hubiese podido ser presumido poniendo las circuntancias del hecho en conocimiento de aquél a través de un juicio hipotético "ex ante" (178).

En cuanto a la voluntad contraria respecto a la modalidad pasiva, ya señalábamos en el apartado anterior que nos oponía-mos al criterio doctrinal unánime de exigir que ésta se manifestase expresamente, admitiendo nosotros también la tácita, eludiendo de esta forma las lagunas legales que se producían en los Códigos penales de Alemania e Italia en los supuestos examinados de las llamadas "entradas por omisión".

De otra parte, existen supuestos en la práctica donde

la permanencia se realiza contra la voluntad contraria del morador y esta se manifiesta tácitamente. Así, en la STS de 12 de diciembre de 1922 (JC nº: 233) se contemplaba el hecho donde el procesado en tró en la morada de la ofendida, puesto que la puerta se encontraba entornada, y penetró en la habitación de aquélla, la cual, al notar la presencia del intruso, gritó alarmada. Pues bien, imaginemos que en el caso presente el individuo, pese a ello, no se marcha. Es cla ro que la moradora no está manifestando expresamente que se aleje, pues no le dice "abandona mi hogar" o con las manos o de otra forma exterioriza signos de similar significado. Pero con su conducta asustadiza, con su comportamiento nervioso y estridente, está indi cando al autor que no desea su presencia física en su casa. El in truso puede deducir (que no presumir) inequívocamente el disenti miento de la titular respecto de la permanencia ilícita. Entonces nadie puede negar que se mantiene contra la voluntad del morador, y esa voluntad se expresa concluyentemente pero de forma tácita. Con nuestra interpretación se respeta el principio de taxatividad y se cubren peligrosas lagunas que podrían dejar desprotegidas si tuaciones de verdadera lesión del bien jurídico protegido. De nue vo nos mostramos de acuerdo con la redacción del precepto respecto a esta expresión típica (179).

Otro punto a tratar, si bien brevemente, es el que se deriva del aspecto temporal del momento aplicativo de la voluntad contraria del morador. El querer impeditivo puede manifestarse al tiempo de la acción o prolongarse de forma duradera (180). Y ello, tal y como ha sido expuesto a lo largo del presente apartado, es consecuencia necesaria de la propia configuración y entendimiento del término típico morada (que ya en su estructura interna implica

aislamiento físico y duradero frente al resto de la comunidad) y las formas de exteriorización del permiso y prohibición a la entrada o a la permanencia. De la combinación de estos dos factores, decisiva para el encuentro con el valor jurídico tutelado, se derivan una serie de principios generales que reciben numerosas excepciones en el caso concreto.

Así, desde que un ciudadano comienza a vivir en una vivienda manifiesta tácitamente al resto del grupo social que no tenga un especial permiso al ingreso su prohibición permanente al acceso al lugar protegido, se encuentre la puerta cerrada o entornada. Pero no se puede ser tajante en la aplicación de esta máxima, pues existe una costumbre muy acentuada de aceptar que ciertas personas penetren en los domicilios ajenos sin un consentimiento expreso de sus moradores, cuando la entrada se realiza por los cauces normales y con arreglo a esa convención social (181).

De igual forma, respecto de los sujetos que tienen libre acceso a la vivienda del morador, la voluntad impositiva necesita de un acto expreso de revocación (182).

Pero, en definitiva, son éstos principios que tan solo se deben utilizar instrumentalmente, esto es, para determinar si en el preciso instante en que se perpetró la entrada o la permanencia contaba o no el agente con la anuencia del titular de la morada. Pero en todo caso la decisión debe enjuiciarse particularmente y siempre tomando el punto de referencia temporal del momento situado en el periodo de desarrollo del comportamiento típico.

Por último, señalar que la expresión legal "contra la voluntad del morador" descrita en el párrafo primero del artículo

490 es un término típico objetivo, descriptivo y psicológico (183) que marca precisamente la frontera del injusto típico respecto de conductas irrelevantes desde el punto de vista del Derecho Penal.

3º) El tipo agravado de allanamiento de morada

El art. 490 en su párrafo 2º castiga la conducta con prisión menor y multa si el hecho se ejecutase con violencia o intimidación. Nos encontramos ante un subtipo agravado que presenta numerosos problemas a la hora de establecer los límites que constituyen el marco de su precisa concreción legal.

La primera cuestión que se plantea es la determinación del concepto de violencia e intimidación en el art. 490, párrafo 2º, en el sentido de establecer los supuestos específicos que ha de abarcar el término. Más exactamente, se han planteado las diferentes opciones hermenéuticas en torno a la afirmación o negación de la extensión del término típico a aquellos hechos que se realizan con fuerza en las cosas.

En el fondo, la cuestión deriva de una calificación previa según que en la expresión típica "violencia e intimidación" se cataloguen dichos términos legales como descriptivos o normativos. En el primer sentido, "violencia" (que es el vocablo controvertido), en el uso normal del lenguaje, designa la acción y el efecto de violentar, esto es, la aplicación de medios violentos a personas o cosas para vencer su resistencia, entendiendo a su vez medios violentos como aquellos que quedan fuera de su natural estado, situación o modo. Con ello se aplica el subtipo agravado no solo, como señala la STS de 7 de febrero de 1987 (RA nº: 1214), a la fuerza física

actuante sobre las personas, sino también la "vis in rebus", o sea, la misma fuerza pero gravitada sobre las cosas materiales, y en nuestro caso, sobre aquéllos objetos que precisamente por estar ubicados en los accesos de la vivienda constituyen la resistencia y obstáculo superado por el agente.

Acogiéndose, pues, a este entendimiento del término tipico violencia, en su sentido estrictamente descriptivo, la jurisprudencia del TS desde tiempos muy tempranos interpretó el vocablo "violencia" como el empleo de fuerza tanto en las personas como en las cosas, y ello era aplicable a todos los supuestos de "vis in re" que implicaban rotura, derribo, rompimiento (u otro efecto semejante) de las defensas puestas por el morador para proteger su esfera de intimidad domiciliaria. Repetimos, que esta interpretación se basaba en elementos puramente descriptivos, de tal forma que a título de ejemplo, se señalaba que este concepto de violencia, en su segunda manifestación, vendría a coincidir con el nº 2 del art. 504 (fractura de puertas, armarios, ventanas, etc.), pero, como ejemplo de una tipificación descriptiva (184). Este entendimiento del subtipo agravado fue acogido también por un importante sector doctrinal (185).

Además del carácter usual que denotaba, según esta corriente hermenéutica, el mentado sustantivo, es posible que el TS y dichos autores viesen reflejada esta posibilidad en el propio Código penal, puesto que el art. 500 del C.p. define al robo frente al hurto por la existencia en aquel de la modalidad comisiva de fuerza en las cosas o violencia e intimidación en las personas, de tal forma que a nivel legal parecía admitirse la equiparación (186). Así, la interpretación extensiva del término "violencia" se apoya-

ría en una base normativa que justificaría semejante ampliación.

Y bajo esta perspectiva normativa desde la que se contemplaba el sustantivo típico, alguna resolución del TS entendió que, dado que el art. 504 del Código penal definía el concepto de fuerza en las cosas (187), esta debía regir "iuris et de iure" para todos aquellos tipos que integrasen en su estructura esta forma de comisión violenta. En dicha equiparación, se llegó a entender que el acceso a la vivienda mediante escalamiento, esto es, utilizando el medio descrito en el art. 504 n° 1, constituía el delito de allanamiento de morada tipificado en el párrafo 2° del art. 490 (188).

Pero, frente a este criterio hermenéutico, otro sector doctrinal, que tiene cada día mayor relevancia, entiende que el término "violencia" en el Código penal mantiene una especial significación que va más allá de la estrictamente descriptiva y usual en el lenguaje coloquial (189). Se afirma entonces que la expresión legal "violencia o intimidación" corresponde con la clásica vis absoluta y vis compulsiva, denotando la aplicación de una fuerza al cuerpo del ofendido o la causa de cierto temor o amenaza que constriñe la voluntad del morador según se trate de una u otra, quedando fuera de esta figura delictiva las actuaciones energéticas que atacan los objetos materiales que constituyen el acceso a la morada. Ello es así, según esta opinión, si se tiene en cuenta la concepción que sobre dichos términos guarda el Texto inculpativo (190), atendiendo a los preceptos 411, 500, 514, 516 bis, y 517, donde expresamente vienen designados tan repetidos vocablos (191).

Esta clara referencia legal implica que la violencia y

la intimidación, más cuando se influyen entre sí, se conceptúan normativamente, esto es, bajo una específica valoración jurídica que restringe la extensa acepción que proporciona el Diccionario.

Junto a estas consideraciones, se ha señalado también que esta concepción estricta del subtipo agravado es más acorde con la propia esencia del delito de allanamiento de morada "por tratarse de un delito contra la libertad personal y no contra la propiedad, en que solo las violencias físicas o morales sobre la misma persona debieran contar" (192), además de ser siempre preferible en lo penal una interpretación restrictiva frente a la extensiva deseable por perjudicar al reo (193). De ahí que cierto sector doctrinal (194) y alguna resolución jurisprudencial (195) hayan optado en favor del entendimiento de la violencia o intimidación como fuerza o energía que se aplica tan solo en las personas para acceder o mantenerse en el local considerado.

Expuestos los argumentos que apoyan las diferentes formas de entender el párrafo 2º del art. 490, debemos expresar nuestra propia toma de posición. Y es el momento en el que se han de llevar a cabo diferentes puntualizaciones. Porque, el hecho de que la jurisprudencia haya extendido el concepto de violencia al punto de considerar en su seno el empleo de fuerza material sobre las cosas no es caprichoso ni casual. Sin duda alguna, la propia jurisprudencia debía ser coherente con la interpretación de un mismo término que se hallaba presente en el delito de coacciones (196). Así, en las primeras resoluciones, apoyadas por la literatura científica, la violencia se conceptuó como vis corporis corpore afflictata, como energía desplegada sobre el cuerpo del ofendido para vencer su voluntad que aparece como resistencia (196).

Pero este entendimiento mecánico, corporal y energético del término violencia fué sufriendo un proceso de espiritualización, de evaporización de su contenido con "la continua aparición de nuevas formas, cada vez más refinadas, de negar la libertad ajena, producto del constante aumento de medios técnicos (narcóticos, hipnosis, máquinas, etc.) de que el hombre dispone y que le permiten conseguir con mayores probabilidades de éxito y menor esfuerzo los mismos resultados que antes requerían el empleo de fuerza material" (197). En esta evolución, nuestro TS añadió a la primera noción de violencia la vis compulsiva como fuerza moral y más tarde extendió el sustantivo activo a los supuestos de fuerza en las cosas. Pero, como ha señalado TORIO LOPEZ, en ocasiones ocurre que "el designio de otorgar una protección más amplia al bien jurídico se pone en contradicción con las exigencias que plantea en este ámbito la seguridad jurídica como valor del Estado de Derecho" (198).

Y, claro está, si el TS mantiene una posición en un término típico que se halla ubicado en varias figuras delictivas, sobre todo en aquellas que atentan directamente la voluntad del agente, ésta debe ser defendida para todos los supuestos.

Pero, como es evidente, las causas sociales e históricas que sirvieron de base para extender el tipo de las coacciones no son aplicables sin más al delito de allanamiento de morada en su forma agravada. La tesis extensiva debe ser revisada.

Y tiene razón la doctrina cuando declara el carácter normativo del término violencia, pues de una superficial lectura de ciertos preceptos del Código penal se desprendería esta consecuencia. Especial referencia merece el art. 564, el cual exime de res-

ponsabilidad criminal al autor cuando éste se halla ligado al ofendido mediante una especial relación personal (199) en una serie de delitos patrimoniales, entre ellos, los robos sin violencia ni intimidación en las personas, lo que quiere decir, por ejemplo, que un robo con fuerza en las cosas entre hermanos que conviven normalmente, no está penado. Ello significa que el Código penal valora de forma bien distinta una determinada conducta (que se emplee violencia o intimidación, o por el contrario, fuerza sobre las cosas) en un cierto ámbito, de tal forma que una conlleva al menos la sanción de prisión menor y la otra es irrelevante penalmente bajo los presupuestos del art. 564. Esta diferencia de trato por las consecuencias jurídicas que reporta la fuerza en las personas respecto de la fuerza en las cosas implica que tengamos que adoptar necesariamente un principio diametralmente opuesto al que ha seguido en buena medida el TS; solo se equipararán cuando así lo declare específicamente el Texto punitivo. De estas premisas se deduce una conclusión provisional; La violencia o intimidación señaladas en el párrafo 2º del art. 490 solo alcanza a aquélla que se emplea sobre personas, quedando rechazada la fuerza en las cosas (200).

Pero si se aceptase la concepción extensiva, además, se incurriría en una grave contradicción de fundamento. Los supuestos de ausencia del morador son los más frecuentes de aplicación de fuerza en las cosas, pues en la mayoría de las ocasiones aquél dejará cerrados los accesos a su vivienda y de ahí que el forzamiento, fractura o rompimiento de los mismos sea condición casi imprescindible para entrar en el local. Sería curioso que la tesis extensiva solo es aplicable cuando existe menor peligro a la libertad e integridad personal del morador, pues cuando se ataca energética-

mente los accesos del local y está presente aquél (como más adelante veremos) entonces se aplica el tipo agravado pero no porque la conducta sea violenta sino porque produce intimidación.

El allanamiento agravado apareja mayor sanción porque se supera la barrera de protección de la vida privada doméstica impuesta por el paciente con tal intensidad que su capacidad de obrar (intimidación) e incluso integridad personal (violencia) se ven lesionadas. Pero esto no ocurre en el supuesto de ausencia, tan solo se producen unos daños incidentales, y como señalábamos anteriormente, aquí no se protege la propiedad sino otros valores bien distintos. De otra parte, si admitiésemos la tan repetida equiparación apenas quedaría lugar para aplicar el tipo básico, pues en los supuestos en que el sujeto pasivo estuviese presente, al ejecutarse el hecho contra su voluntad, en la mayoría de las ocasiones se produciría un mínimo de coacción, y entraría en juego el 2º párrafo del art. 490 por la vía de la intimidación; y en los supuestos en que aquél no se hallase en su morada, la conducta más frecuente sería la irrupción del agente venciendo las defensas de protección de la morada. La figura delictiva básica solo se aplicaría cuando el autor se encontrase la puerta abierta o asimismo, cuando tras una entrada consentida se negase pasivamente a abandonar la casa tras ser requerido para ello, y alguna más. Estas consecuencias son absurdas e inaceptables.

Un último argumento en favor de la tesis restrictiva nos proporciona la siguiente comparación. Si un sujeto, aprovechando que en un determinado momento no se encuentra la víctima en su domicilio, fractura la puerta, penetra en la vivienda y se apodera de 20.000 pesetas, según los artículos 500, 504.2º, 505, 506.2º y

508, el reo sería castigado con la pena de arresto mayor en su grado máximo. En cambio, la misma conducta, pero sin el mentado apoderamiento (imaginemos, por ejemplo, que el sujeto quiere oír los discos del propietario de la casa, sin ánimo de lucro, como ocurrió en la STS de 24 de enero de 1966, R.A. nº: 245) según la interpretación extensiva sería sancionada, conforme al art. 490 párrafo 2º, con la pena de prisión menor y multa. El comportamiento más grave (robo en casa habitada, pues en él se protegen además de la vida privada doméstica, la seguridad personal y la propiedad) vendría acompañado con la pena más benigna y la lógica del pensamiento jurídico penal quedaría aplastada por una irracionalidad intuitiva.

En consecuencia, el subtipo agravado descrito en el párrafo 2º del art. 490 solo se aplicará cuando el hecho se ejecute empleando fuerza física o psíquica en la persona que impida la entrada o requiera el abandono del lugar (201).

Ello no significa que todo empleo de medios mecánicos y energéticos sobre las vías de acceso no constituya el delito agravado. Por el contrario, en la mayoría de los supuestos en los que el reo fractura una puerta o rompe una ventana consciente de la presencia del titular de la morada en su interior, la conducta producirá cierto constreñimiento psíquico que coacta la voluntad del ofendido, y en cierta forma, la intimida. Por ello tales supuestos son calificados como allanamientos agravados pero no porque el comportamiento enjuiciado se encuadre dentro del término típico "violencia", sino porque aquél corresponde más bien con este otro de "intimidación". Esta parece ser la posición del TS deducida de una reiterada jurisprudencia (202), aunque en muchas de estas decisiones se califique (erróneamente) el hecho como violento.

Dentro del concepto de intimidación pueden subsumirse todo hecho que infiere miedo o temor al ofendido de tal forma que la voluntad de éste queda doblegada psíquicamente y permite, en consecuencia, el ingreso o la permanencia de la persona no deseada. Y en este sentido hay que aplaudir a la STS de 5 de julio de 1950 (J C n°: 309), donde los procesados lograron entrar en el domicilio ajeno fingiendo ser policías, "por cuanto la simulación de autoridad empleada para penetrar en domicilio ajeno cohibe el ánimo del morador de éste y constituye intimidación a los efectos del referido precepto".

El segundo problema a examinar, si bien menos controvertido que el anterior, es el que se presenta cuando se intenta determinar la relación existente entre violencia e intimidación y la conducta base, esto es, la entrada o permanencia ilícita. En efecto, la violencia o intimidación pueden constituir en la mayoría de los casos figuras independientes, y surge entonces la cuestión de la delimitación entre el subtipo agravado y el concurso de delitos entre la figura base y las infracciones constitutivas de "violencia" o "intimidación".

Si el legislador crea una figura propia y distinta de una mera concurrencia de infracciones entre el tipo base y otras como lesiones, amenazas o coacciones, ello es porque aquél dota de una unidad valorativa al hecho de ejecutar la acción con violencia intimidación, más allá de la significación axiológica (siempre algo escindida) que conlleva el concurso. Este desvalor se plasma en que los medios ejecutivos empleados por el autor para vencer la resistencia que supone la barrera de defensa de la esfera privada del ofendido, son de tal magnitud, que ponen en peligro o lesionan bie

nes jurídicos tan fundamentales como la libertad, la seguridad o la integridad física del morador.

Si la lesión del interés jurídico protegido venía definida por el quebrantamiento de las defensas que el sujeto pasivo había colocado para asegurar su esfera privada doméstica ante la no deseada presencia física de un tercero, el tipo agravado debe presentar un ámbito de tutela homogéneo y continuado respecto del considerado en el tipo base. Ello acentúa dos aspectos a tener en consideración; que el momento aplicativo de la violencia o intimidación no puede ser independiente de aquél en que opera la superación de la resistencia opuesta por la propia estructura de la morada y la voluntad contraria del morador; y que la intención del agente en la utilización de los medios comisivos virulentos debe ir dirigida de forma mediata a la consecución del vencimiento de esa barrera levantada por el paciente para preservar su vida doméstica frente a la intrusión ajena.

Esta afirmación derivada de la propia formulación personal del objeto de protección tiene también su apoyo en la letra del párrafo 2º del art. 490 del Código penal. El texto declara: "si el hecho se ejecutase con violencia o intimidación". El hecho, que en este caso tan solo puede significar el entrar o permanecer contra la voluntad del morador (203), debe realizarse "con", esto es, siendo coherentes con el Diccionario (204), empleando para ello la violencia o la intimidación como medio, modo o instrumento. De aquí se deduce que solo integrará el delito agravado la violencia o intimidación que se emplee para lograr el ingreso o para dilatar la permanencia ilícita, utilizada subjetivamente para conseguir mediamente este objeto. Si la fuerza en las personas se aplica en

otro momento ejecutivo diferente, o con otra finalidad distinta del logro de la introducción o mantenimiento antijurídico en la morada ajena, se aplicará el concurso ideal o real (según el caso, como veremos más adelante) entre el allanamiento de morada simple y el delito integrado por la violencia o intimidación (coacciones, amenazas o lesiones). Esta interpretación es mantenida tanto por la doctrina (205), como por la jurisprudencia (206).

En conclusión, mantenemos una interpretación estricta de los términos violencia e intimidación, como fuerza aplicada a las personas para doblegar la voluntad del morador y conseguir de esta forma entrar o mantenerse ilícitamente en el domicilio de aquél.

D.- LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA

En el presente apartado nos vamos a limitar a examinar dos cuestiones debatidas en la doctrina y jurisprudencia. La primera de ellas se plantea en torno a la posible existencia de un elemento subjetivo del injusto en la figura típica. La segunda queda circunscrita sobre la virtualidad y significación (si es que la tiene) del estado de necesidad "ex lege" recogido en el art. 491.

No entramos, pues, en el detenido examen de las causas de justificación que pueden operar en el delito examinado eliminando su antijuridicidad, dado que no presentan especiales peculiaridades respecto de su aplicación a otras infracciones penales. Por ello es aconsejable, como venimos haciendo a lo largo de la presente investigación, ceñirnos tan solo a aquellos problemas que presentan ciertas dificultades y que exigen una solución fundamentada, puntual y concreta.

1º) El debate sobre la existencia de un elemento subjetivo del tipo

En el estudio del delito de allanamiento de morada ha existido una fuerte controversia en torno a la posible existencia o no de un elemento subjetivo del tipo. Más concretamente, las diferentes opiniones enfrentadas en dos sectores plantean sus propuestas en el sentido siguiente: Unos, negando (en terminología anticuada y poco utilizada) la existencia de un "dolo específico" de violar la santidad del hogar, de querer allanar concretamente el domicilio ajeno. Otros, exigiendo dentro de la vertiente subjetiva no solo que el autor sepa y quiera entrar en morada ajena contra la voluntad del titular de la misma, sino que además requieren un ánimo en el sujeto activo de menospreciar el domicilio ajeno, de invadir el reducto de intimidad doméstica del morador.

Punto de partida, por supuesto, es la admisión dentro de la teoría jurídica del delito de los llamados elementos subjetivos del injusto en determinadas figuras delictivas (207). Esto es, admitir en determinados delitos ciertos términos típicos (por ejemplo, al ánimo de lucro en los delitos de robo y hurto) que reflejan ciertos componentes subjetivos (dado que residen internamente en el autor) que requieren una específica definición del ánimo, del querer e incluso de otros estados psíquicos de aquél; y sobre los que recae el juicio de desvalor en que consiste el tipo de injusto, dando vida a cada una de las figuras delictivas de la Parte Especial (208). Constituyen, pues, el propio fundamento de la antijudicialidad.

El siguiente paso nos guía a la cuestión planteada de si en el propio delito de allanamiento de morada existe un elemento subjetivo del injusto.

Una primera lectura del art. 490 del Código penal nos muestra que el tipo de injusto descansa, atendiendo a la letra del precepto, exclusivamente sobre términos de naturaleza objetiva. El tenor literal de la citada disposición tan solo exige en su vertiente subjetiva que el sujeto conozca y quiera entrar en la morada ajena sin el consentimiento del ofendido (209). Luego, si la expresión legal nada dice a este respecto, muy sólida debe ser la argumentación en favor de la existencia del elemento subjetivo del injusto en el delito de allanamiento de morada para que pueda ser aceptada. Ello es así porque para que una característica subjetiva del agente pueda fundamentar la antijuridicidad de la conducta específica, ésta debe estar determinada expresamente por el Derecho positivo. Solo un razonamiento lógico y excepcional puede afirmar la presencia de un especial elemento anímico esencial para el tipo de injusto deducido tácitamente.

De ahí que el esquema a seguir venga determinado, en primer lugar, por el examen crítico de los argumentos que se han manejado para admitir el tan repetido elemento subjetivo del injusto y; en segundo lugar, establecer nuestra propia toma de posición al respecto.

En la doctrina extranjera no existen (si nos referimos a Italia, Alemania, Austria, Suiza, Francia y Portugal) autores que mantengan la posición de requerir un componente anímico especial distinto del dolo en el delito de allanamiento de morada. Y ello no

es casual. Si en nuestro país cierto sector jurisprudencial seguido de una minoría doctrinal ha seguido una interpretación contraria, ello es porque las peculiaridades que ofrece nuestro Derecho positivo han dado pie para ello. Así, QUINTANO RIPOLLES, fiel seguidor de la teoría del "dolo específico" en el delito estudiado, tan solo encuentra fundamento en esta tesis: "por cuanto que respeta estrictamente la cualidad de los diversos objetos jurídicos de cada infracción y atiende a una más exquisita valoración de la culpa bilidad en cada acto, minimizando los accidentes meramente circunstanciales tantas veces." (210). En el fondo, la teoría del elemento subjetivo del injusto en el delito de allanamiento de morada surge para intentar resolver ciertas incoherencias tecnicojurídicas que residen estructuralmente en nuestro Código penal.

En efecto, el mentado autor parte de que el allanamiento de morada es una subespecie, una concreción específica del delito de coacciones, y con la exigencia en aquél del ánimo en el agente de violar la santidad del hogar, se podrían diferenciar ambos, no solo por su estructura típica objetiva, sino también por su naturalidad subjetiva (211).

También se resolvería la aparente redundancia entre el delito señalado en el art. 490 y la agravante genérica de morada contenida en el nº 16 del art. 10, pues ésta solo se aplicaría en aquellos supuestos donde, cometido un allanamiento sin ánimo de violar el domicilio ajeno, al delito fin que acompañase a aquél vendría impuesta la circunstancia genérica agravatoria de cometer el hecho en la morada del ofendido (211 bis).

Por último, dada la desaconsejable posibilidad de incri

minar dicha infracción a título de imprudencia, la exigencia de un componente dependiente de forma considerable del ánimo del autor, superior al dolo, exigiría una intensidad del querer que haría incompatible la comisión culposa del delito y de esta forma también desde el punto de vista polímicriminal sería deseable aceptar tal criterio hermenéutico.

Todas estas razones explican porqué en otros ordenamientos positivos esta cuestión ni tan siquiera se ha planteado, mientras que en nuestro Derecho la discusión ha tenido cierta relevancia. Más adelante nos ocuparemos de nuevo de examinar estos argumentos.

Mención especial merece nuestra jurisprudencia, pues la intuición, como en tantas ocasiones, parece ser el criterio rector que preside sus resoluciones. Seguidamente pasamos a realizar un breve, pero necesario estudio sobre la posición que ha mantenido al respecto el TS (212).

La antigua STS de 7 de abril de 1876 (JC nº: 3299), calificó como delito de coacciones, y no de allanamiento de morada, la conducta intimidatoria del administrador de una testamentaria y sus dependientes, los cuales entraron en la casa de la ofendida para obligar a que ésta dejase y abandonara la que hasta entonces había sido su morada. Tácitamente el TS parecía exigir una especial intención en el agente distinta de la mera entrada ilícita con el propósito de que la inquilina desalojase la vivienda. Sin embargo, más claramente, la STS de 26 de septiembre de 1884 (JC nº: 8241), estimó que el delito de allanamiento de morada: "lo constituye el entrar un particular en morada ajena contra la voluntad de su mora

dor, y cuyo delito, por su naturaleza coactiva y de fuerza, no puede confundirse con el natural impulso de penetrar en la morada ajena, sin ánimo de violar ni de faltar al respeto debido por el mero é involuntario accidente de una provocación imprudente e inesperada, lo que hace en consecuencia no imputable tal delito..." (Considerando segundo).

En un conjunto de resoluciones formado por las SSTS de 23 de octubre de 1908 (JC n°: 80), 19 de diciembre de 1918 (JC n°: 119), 29 de diciembre de 1923 (JC n°:152), 24 de enero de 1961 (JC n°: 71) y 7 de noviembre de 1969 (JC n°: 1938), se negaba la existencia del "dolo específico" de atentar a la inviolabilidad del domicilio o a la santidad del hogar en supuestos donde el procesado pretendía resolver la relación arrendaticia con el inquilino, ingresando en el domicilio de aquél y realizando diferentes actividades molestas para el morador con la intención de lograr el abandono forzoso del local. En tal supuesto, el Tribunal de casación prefirió calificar la conducta como delito de coacciones y no de allanamiento de morada, pues faltaba ese elemento anímico esencial para que la figura delictiva cobrase vida.

Esta jurisprudencia, entendía, que el elemento subjetivo desaparecía cuando el sujeto perseguía fines independientes de aquél que buscaba menospreciar la libertad doméstica del morador, y en la STS de 12 de septiembre de 1924 (JC n°: 124) negó la existencia del delito de allanamiento de morada y prefirió aplicar la agravante genérica del art. 10º,16 "porque tal figura de delito se integra por la entrada en morada ajena contra la voluntad de su morador cuando no tiene más objeto que violar el domicilio, y como en el presente caso fueron otros móviles aún más criminales del reo,

es visto que no procede el recurso por este motivo...".

El recurrente quería evitar la aplicación de la agravante del nº 16 del art. 10 para evitar la pena de muerte, siéndole más beneficioso la aplicación del delito de allanamiento junto al asesinato que éste con la agravante. Este mismo entendimiento del elemento subjetivo del injusto se desprende de la STS de 26 de mayo de 1955 (JC nº: 565), en la que se enjuiciaba la entrada del reo que intentó violar a la moradora, no estimándose la infracción del art. 490 porque el propósito del sujeto activo no iba dirigido directamente a violar la santidad del hogar, sino que este venía pre determinado por ciertos instintos sexuales.

Pero el propio Tribunal Supremo rompe esta tesis de de sechar el allanamiento si el sujeto persigue fines diferentes de ho llar la morada ajena; "cuando el delito-fin ulterior no haya sido justificado debidamente o no se hubiera cometido ni siquiera en fase imperfecta" (STS de 27 de mayo de 1968, JC nº: 861). En tal supuesto, aunque la mentada resolución admite que el allanamiento no debe ser castigado cuando el sujeto utiliza este delito como medio para cometer otra infracción (por falta de "dolo específico"), cuando no hay pruebas suficientes para demostrar la responsabilidad del autor en este último o se ha quedado el proceso ejecutivo solamente en tentativa o frustración, pese a la inexistencia (según esa teoría) del elemento subjetivo del injusto señalado, se aplicaría el delito de allanamiento de morada (213).

Vista esta primera corriente jurisprudencial, que exige el "dolo específico" de allanar la morada ajena, debemos examinar la última razón que subyace en mentada interpretación.

Nuestro TS utiliza el argumento técnico como excusa que apoye lo que él considera una solución de justicia material en el caso concreto. Y de ahí que el razonamiento, aún escondido en pretendidas fórmulas jurídicopositivas, viene invertido. Considera por ello que conductas como las descritas anteriormente (la del arrendador que lanza forzosamente al inquilino; la del sujeto, que provocado, entra en la casa del ofendido) no deben merecer el castigo que conlleva la pena del delito de allanamiento, y con la tesis del dolo específico consiguen disminuir estos efectos en aquellos casos que parecen no excesivamente lesivos, rebajando la sanción a la que corresponde el delito de coacciones (menor que la del allanamiento de morada violento) o incluso absolviendo al acusado. Por eso esta misma doctrina excepcionalmente, y sin argumentación alguna, no exige este componente subjetivo cuando el delito fin no ha podido ser acreditado, pues sería "injusto" que el reo quedase sin castigo por una mera cuestión dogmática.

Y ahora podemos entender por qué nuestro TS casi nunca ha aplicado esta teoría del dolo específico cuando el agente intenta cometer algún atropello sexual (o cometía) en la morada de la víctima, pues siempre se ha mostrado (como ya hemos visto en los supuestos de voluntad presunta) muy favorable a la aplicación del allanamiento cuando por medio existían intenciones de acometimiento sexual por parte del autor. En tales supuestos, como muestra una copiosa jurisprudencia, el Tribunal Supremo ha silenciado el requisito del componente anímico especial (214).

Pero existe otra corriente jurisprudencial que niega, o al menos no requiere expresamente, el querer determinado al menos

precio de la esfera íntima del titular. Así, las SSTS de 2 de enero de 1874 (JC nº: 1973) y 19 de mayo de 1975 (JC nº: 2778) consideraron que la conducta de lanzar forzosamente al inquilino era constitutiva del delito de allanamiento de morada y la STS de 22 de abril de 1978 (JC nº: 374) exigió solo el dolo genérico para determinar el comportamiento delictivo conforme al artículo 490 del Código penal, aunque el procesado entró ilícitamente en la casa de la víctima con el móvil de cobrar una deuda. A las sentencias reseñadas, se pueden añadir la STS de 22 de junio de 1974 (JC nº: 1059), que condenó por delito de allanamiento de morada a los procesados que penetraron en el domicilio de un súbdito francés sabiendo que este no se encontraba en el país, sin causar desperfecto alguno y con la intención de merendar en su interior y celebrar tertulias, declarando expresamente, al igual que en su momento hiciese la STS de 24 de junio de 1969 (JC nº: 1447), que bastaba dentro del ámbito culpabilístico el tener el dolo genérico de realizar el hecho punible, esto es, la conciencia y voluntad de entrar o permanecer en la morada ajena contra la voluntad del morador. Y esta es, parece ser, la moderna corriente jurisprudencial que tan solo exige ese conocimiento genérico del hecho objeto de la valoración para que el delito pueda ser perfecto en sí mismo. Ejemplos claros son la STS de 18 de enero de 1983 (JC nº: 27), 25 de marzo de 1985 (RA nº: 2031) y 20 de noviembre de 1987 (RA nº: 8573).

No se manifestaron las SSTS de 26 de enero de 1925 (JC nº: 27), 9 de abril de 1964 (JC nº: 659) y 17 de febrero de 1969 (JC nº: 277), teniendo oportunidad para ello.

De todo lo expuesto podemos extraer algunas consideraciones. Como ya se ha apuntado anteriormente, de la expresa dicción

legal no se deduce la existencia de un elemento subjetivo del injusto en el delito de allanamiento de morada. Y los argumentos utilizados en favor de la consagración tácita del mismo no tenían ningún fundamento técnico o dogmático. Tan solo era aconsejable, a priori, por razones de política criminal (215) para evitar la comisión culposa, y para resolver el problema de la confluencia con la agravante genérica de morada.

Pero, sin embargo, paradójicamente esta tesis olvida su base fundamental cuando el sujeto buscaba el allanamiento únicamente como delito instrumental para perpetrar otra acción punible, y ésta no se le puede atribuir por falta de pruebas. En tal caso, se opta por el castigo a título de allanamiento de morada.

El método empleado es, pues, intuitivo y caprichoso, En primer término se examina aquello que debiera formar parte del último paso en el razonamiento jurídico, esto es, la pena que corresponde a la valoración positiva de los hechos enjuiciados. Si se estima que esta es excesiva, se exige el elemento subjetivo del injusto y si no consta (esto es muy fácil de demostrar, con los requisitos que esta doctrina exige al ánimo de atacar a la intimidad doméstica ajena) la conducta es incriminada bajo la sanción del delito de coacciones, en su caso, o queda fuera del ámbito punitivo. Claro está, si se estima, pero no se tienen pruebas suficientes para ello, que el reo quería cometer una violación, entonces se rechaza la exigencia del dolo específico y se castiga por el art. 490 al sujeto, pues al menos recibe la sanción correspondiente al delito más leve (allanamiento de morada) y el procesado no consigue la absolución.

Entonces ¿De qué sirven los principios generales que for

man el armazón de la Ciencia del Derecho Penal?. La teoría general del Derecho es una ilusión si antepone la consecuencia jurídica al silogismo lógico que la determina, si inventamos un elemento inexistente para evitar una aparente laguna, si cambiamos el pensamiento teórico por el simple dictado del sentimiento. Como es lógico, la arbitrariedad está asegurada, la incoherencia dispuesta y lo peor, la justicia legal sustituida por el capricho moral.

A las mismas consecuencias estimadas satisfactoriamente se puede llegar sin vulnerar el tenor literal de la ley. De otra parte, el original argumento que ofrece SUAREZ MONTES, entendiendo que sería superfluo el estado de necesidad contemplado en el art. 491 si el delito de allanamiento de morada exigiese un elemento subjetivo específico, pues está claro que si alguien entra en la morada ajena para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, o para prestar un servicio humanitario o a la justicia; no tiene la intención de menoscabar la libertad doméstica del morador (216); decíamos que ese argumento no nos es válido pues, como veremos más adelante, el estado de necesidad ex lege contemplado en el art. 491 es superfluo.

Tampoco se ha de reprochar a la tesis del dolo específico que nadie "allana por allanar" (217), pues la existencia de un elemento subjetivo del injusto no padece si el autor persigue otros fines más mediatos. Si alguien toma una joya ajena para regalarla a una persona con el fin de ganarse su amistad y su influencia, este último objeto no elimina el ánimo de lucro, elemento subjetivo del tipo del hurto que fundamenta el injusto del mismo. De forma paralela, es perfectamente compatible que el sujeto persiga mantener relaciones sexuales forzosas con la moradora sabiendo y cono-

ciendo que menosprecia la libertad domiciliaria de aquélla, y de ahí se desprende que es factible estimar un componente anímico determinado aún cuando el delincuente viene guiado por propósitos más lejanos, relevantes o irrelevantes penalmente.

El delito de allanamiento de morada no exige un especial elemento subjetivo del injusto simple y llanamente por que éste ni viene expresado en la letra del precepto contenido en el art. 490 del C.p., ni tampoco viene deducido implícitamente de la estructuración de los componentes típicos. No es necesario recurrir a razonamientos prolijos o agudas interpretaciones que recogen una presunta voluntad del legislador allá donde no existió. En resumen, no hay ni un solo fundamento tecnicojurídico que apoye la teoría que entiende que el delito de allanamiento de morada necesita de un ánimo específico de violar el hogar ajeno (218).

2º) El estado de necesidad ex lege

El artículo 491 del Código penal señala: "La disposición del artículo anterior no es aplicable al que entra en la morada ajena para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hace para prestar algún servicio humanitario o a la justicia". Surge la cuestión de si esta causa de justificación cumple alguna función diferente de la eximente genérica contemplada en el art. 8, 7º, o por el contrario, no es ni más ni menos que la concreción del estado de necesidad sometido a los mismos límites y requisitos. Antes de resolver dicha pregunta que aquí planteamos, es conveniente efectuar un breve repaso histórico-legislativo.

El estado de necesidad genérico fué introducido en el C.p. de 1848, en su art. 8º nº 7 (véase al respecto Cap. I, B. 2º) (219), con la peculiaridad de que este se circunscribía tan solo al marco de los hechos que producían daño en la propiedad ajena. Por esta razón, se estableció en el art. 405 de aquél Texto punitivo una causa de justificación que abarcase los supuestos de lesión a la libertad doméstica del morador, pues éstos superaban el estrecho margen del ámbito patrimonial. De ahí que el art. 404 (actual art. 491) fuese aplaudido por la doctrina de aquél tiempo (220), pues los casos contemplados, de no haber existido la disposición señalada, hubiesen debido ser incriminados, y ello no parecía justo. No hay que olvidar que ya en los antiguos Fueros se recogían eximentes específicas para hechos de violación de domicilio, llegando a algunos a facultar al señor de la casa para que matase al intruso. Con todo ello, como quedó señalado en la parte histórica, los comentaristas de la época exigieron siempre cierta relevancia del motivo para invadir el hogar ajeno y una mínima equivalencia entre el derecho lesionado y el interés perseguido con la entrada no consentida.

Con el Código penal de 1870 continuó de forma idéntica el sistema de relación entre eximente genérica y específica. El C. p. de 1928 amplió notablemente el ámbito de aplicación del estado de necesidad genérico (221), pero ello se le olvidó al Legislador de la Dictadura cuando en el párrafo último del art. 668 volvió a incluir una disposición idéntica al actual art. 491, cobrando una vez más el allanamiento de morada una especial causa de exclusión de la antijuridicidad. El Código penal de la República, de 1932, continuó en esta línea de extensión de la causa de justificación genérica (222), configurándola ya de forma muy semejante a la ac-

tual, y manteniendo el estado de necesidad legal para el delito de allanamiento de morada en el art. 483. El C.p. de 1944, finalmente, estableció ambas eximentes bajo la actual regulación.

De ahí se desprende que el art. 491 tuviese su razón de ser en los primeros textos punitivos, pero su actual existencia solo se explica como consecuencia de la inercia legislativa y el olvido de los respectivos legisladores de la repercusión de la reforma del Libro I del Código penal en los delitos de la Parte Especial (Libro II).

Por ello entendemos que el estado de necesidad contemplado en el actual art. 491 es disfuncional y no hay razón alguna para mantener esta primitiva eximente específica. No obstante, un sector de la doctrina se muestra sumamente contradictorio, pues admiten que dicha disposición no es superflua cuando utilizan el argumento comparativo que rechaza la existencia del elemento subjetivo del injusto en el allanamiento de morada, y sin embargo cuando examinan concretamente el art. 491 lo califican de superfluo, incompleto y perturbador (223).

Quien más duramente ha criticado la falta de significación actual del estado de necesidad ex lege ha sido, sin duda alguna, QUINTANO; "Diríase, pues, que el estado de necesidad ex lege opera en el allanamiento objetivamente, por la sola presencia del mal grave o del servicio, lo que si salvaría al precepto de la tacha de superfluidad y repetición, pudiera entrañar más graves consecuencias. Una de ellas, vista la no exigencia de mínima proporción, sería la de que el vagabundo que temiese los males de pasar la noche a la intemperie se instalase en cualquier ajena morada. Y

que al no requerirse la no provocación del mal, que el perseguido por la policía buscara refugio en el primer hogar que hallase, evitando el para él efectivo grave mal de verse en la cárcel; y así sucesivamente. Los servicios humanitarios pudieran determinar, que por mor de la filantropía se sirviese el filántropo del domicilio ajeno para cobijar niños abandonados. Y los servicios a la justicia que cualquier particular con aficiones de detective penetrase en los domicilios para descubrir delitos, siendo así que para tal menester los propios agentes de la autoridad precisan ordinariamente mandato judicial. A estos y otros dislates, evitados por el más elemental buen sentido, conduciría la plena sustantividad del precepto que para ser ajustado a la lógica jurídica ha de revestir prácticamente el mismo o parecido tenor que la eximente 7º del artículo 8º, siendo, pues, manifiesta su superfluidad" (224).

No solemos señalar citas tan extensas como la que se acaba de reproducir, pero ocurre que ni una sola de las palabras del eminente Tratadista tienen desperdicio ni merecen ser omitidas. La afirmación tiene que ser repetida: El art. 491 tan solo representa letra escrita en un Código penal, fuera de su singular lectura no adquiere otra valoración sino aquella que representa la pereza jurídica de los diversos legisladores por no suprimir una disposición anacrónica. A ello cabe añadir, como señala SUAREZ MONTES, que tampoco se tuvo en cuenta la reforma de 1952, de tal modo que el precepto solo se aplicaría al delito en su modalidad activa y no en su modalidad pasiva (225), consecuencia que resulta de igual forma absurda.

A todos estos argumentos señalados por la doctrina podría añadirse uno más que nos demuestra la inutilidad de la cláusula

la contenida en el art. 491. Esto se deduce de la comparación valorativa del siguiente enunciado.

Si se concibiese objetivamente la eximente específica, y no sometida a los requisitos exigidos por el art. 8,7º, se produciría la paradoja de que un particular no necesitaría mandato judicial, como señalaba QUINTANO, para entrar en una casa siempre que éste prestase un servicio a la justicia (por ejemplo, en la averiguación del responsable de un delito), mientras que idéntica conducta realizada por un funcionario público, con el mismo fin pero sin este requisito procesal sería ineludiblemente castigada por el delito de violación de domicilio señalado en el art. 191,1º siempre del Texto punitivo. Tampoco se puede admitir esta conclusión.

Así pues, llegamos al resultado de que todos los supuestos que pueden ser justificados por vía del precepto especial entran dentro del ámbito de la eximente genérica del estado de necesidad del art. 8,nº 7, pues estos otros que podían estar exentos fuera de los principios generales violaban los valores jurídicos más esenciales y todos los postulados de la lógica. En conclusión, como recoge la PANCP de 1983, la mejor solución es la abolición de este precepto, pues el art. 8º acoge perfectamente a todos los supuestos de justificación que pudieran recogerse en el tan repetido art. 491 (226).

E.- BREVE REFERENCIA AL AMBITO DE LA CULPABILIDAD

En este breve apartado examinaremos (si bien no con mucha profundidad, dado la unanimidad que existe en las soluciones aportadas) dos cuestiones: La primera, que versa sobre la posible

incriminación del delito de allanamiento de morada a título de imprudencia y la segunda, sobre el ámbito del error.

1º) Allanamiento doloso y límite en la incriminación imprudente

En el apartado anterior veíamos que no existe elemento subjetivo del tipo alguno en el delito de allanamiento de morada, luego, en principio, la modalidad imprudente no está excluida. Ello tampoco quiere decir que la ausencia de un componente específico del ánimo determine automáticamente que la conducta puede ser castigada en su versión culposa. Veamos, con más detenimiento, el estado de la cuestión.

El dolo del agente debe abarcar la conducta típica en un doble aspecto: dinámico u omisivo y opositivo. Esto es, el autor debe tener el conocimiento y la voluntad de que entra o permanece en una morada ajena, y, además, que dicho comportamiento se realiza contra la voluntad del titular de la misma (227).

Apoyados en la exigencia de que el sujeto debe ser consciente de que realiza la conducta típica contra la voluntad del morador, algunos autores han entendido que el delito tipificado en el art. 490 del C.p. es de naturaleza dolosa, y por ello está vedada la comisión imprudente (228).

Pero este argumento no puede ser compartido. A efectos penales, la voluntad contraria del sujeto pasivo no es un elemento subjetivo sino objetivo, pues reside fuera de la conciencia del autor (229). Podemos decir, pues, que el término típico "contra la voluntad del morador" es de naturaleza psicológica, porque pertenece

al ánimo, pero es tan objetivo como cualquier proposición típica que encierre un elemento material, de tal manera que la naturaleza psicológica de aquél no impide en ningún momento que pueda ser objeto del juicio de culpabilidad y determinarse el reproche en su forma culposa. Quien, por ligereza, ve una puerta abierta y penetra en la casa de un extraño sin percatarse que había un cartel de prohibición de acceso, realiza el tipo objetivo en toda su extensión, esto es, entra en la morada ajena contra la voluntad de su morador, pudiendo prever y evitar esta conducta si hubiese prestado la debida atención, aquella que es exigible a cualquier ciudadano de pedir el permiso oportuno antes de entrar en el hogar de un desconocido.

¿Quiere ello decir que el allanamiento de morada puede quedar configurado bajo los presupuestos generales de la imprudencia contenidos básicamente en el art. 565 del Código penal? No, tan solo estamos afirmando, en palabras de TORIO LOPEZ (230), la posibilidad conceptual de ejecución imprudente del delito de allanamiento de morada, pero todavía no nos hemos decantado sobre la posibilidad jurídica de perpetración culposa. El marco conceptual admite la actuación negligente en el allanamiento de morada, pero no así el marco jurídico.

Para que se pueda calificar un hecho como delictivo, es necesario, de un lado, que este sea descrito por un tipo penal determinado en la correspondiente ley sancionatoria y, de otro, que este incida en un bien jurídico lesionándolo o poniéndolo en peligro. En nuestro caso, como hemos señalado, existen situaciones de la vida cotidiana que pueden ser subsumidas objetivamente bajo los presupuestos exigidos por el art. 490 en relación con el art. 565. Ahora bien, dichos supuestos (quien descuidadamente se equivoca de

puerta y abre la del vecino, quien sin prestar la atención debida entra en un lugar al que tiene prohibido el acceso creyendo que tiene permiso para el ingreso) no entrañan lesión alguna del objeto de protección considerado, pues los presupuestos formales al respeto de la vida privada doméstica no son menoscabados sino cuando el sujeto activo es consciente y actúa en dirección a ello. En los ejemplos que hemos expuesto, si el agente tras el yerro abandona el local inmediatamente, no violenta ningún interés o valor ni del morador, ni de la sociedad en general. Estas conductas, pues, son penalmente irrelevantes.

La incriminación de conductas negligentes persigue sancionar aquellas acciones que, no observando el cuidado exigible en un contexto determinado, ponen en peligro los presupuestos mínimos que posibilitan un funcionamiento y un orden externo de la convivencia de una determinada comunidad. Pero el Derecho penal no puede exigir lo imposible y evitar un riesgo social asumido que es directamente proporcional al grado de desarrollo de esa sociedad y el estado de libertad en que se encuentra. Las conductas descritas son de escasa lesividad y están muy por debajo de ese riesgo social asumido. Su castigo es innecesario e inútil, e iría en contra del principio de intervención mínima que de forma exhaustiva rige en materia penal. También el Derecho comparado aboga por esta solución (231).

En conclusión la interpretación teleológica, criterio exegético válido y fundamental, impide la aceptación de la incriminación del delito de allanamiento de morada a título de imprudencia (232).

2º) Ambito del error

Brevemente señalamos algunas manifestaciones de la teoría del error en el tema que nos ocupa, que en alguna ocasión ha sido objeto de discusión y enjuiciamiento en nuestros tribunales.

Nadie discute que el error sobre la persona del morador o sobre el objeto en cuestión, la morada ajena, es irrelevante. Quien quiere allanar la casa de A y, por equivocación, entra en la de B tiene conocimiento y voluntad de realizar el hecho punible señalado en el art. 490, y de hecho, lo realiza. Esta consecuencia fue admitida por el TS en los no poco frecuentes casos de equivocación del autor en el lugar que ilícitamente quería penetrar (233).

Queda claro también que el error invencible sobre la condición del lugar (creer que se penetra en un refugio deshabitado, constituyendo en realidad la vivienda de una familia) o sobre la voluntad contraria del titular (estar convencido de que tiene el autor permiso para el ingreso cuando de hecho este le ha sido retirado) son errores sobre elementos típicos fundamentales que eliminan el dolo y con ello la responsabilidad criminal del autor (art. 6 bis a párrafo 1º) (234).

En cambio, el error sobre la significación antijurídica del hecho, bien por ignorar que la conducta está incriminada (poco usual) bien por obrar bajo la creencia de que se actúa amparado por una causa de justificación ha sido difícilmente admitido en nuestra jurisprudencia como tal. Los frecuentes supuestos de entradas ilícitas del arrendador en la vivienda alquilada para exigir el pago o lanzar forzosamente al inquilino creyendo el autor que su compor

tamiento era conforme a Derecho no fueron tratados con arreglo a las reglas del error. Y ello tiene su razón de ser, pues normalmente este tipo de conductas venían acompañadas con actuaciones violentas, y nuestro TS no podía aceptar respecto de éstas la ausencia de la conciencia de la antijuridicidad aunque se admitiese en relación al delito básico (235). De ahí que muchos casos de los examinados fuesen tratados con arreglo a la teoría del "dolo específico", de tal forma que así evitaba el TS la grave sanción que arrastraría calificar la conducta como allanamiento de morada violento, pero aplicando el delito de coacciones del art. 496 del C.p. conseguía incriminar una conducta violenta que aplicando la teoría del error podría quedar libre de toda amenaza punitiva. Sería deseable en estos supuestos considerar el error vencible y aplicar el art. 66 del C.p. en relación con el 6 bis a) párrafo último, y disminuir la pena en uno o dos grados.

No obstante, en una ocasión, el TS se esforzó notablemente para conjugar causa de justificación y error de prohibición con la pretensión de absolver a toda costa al acusado, aunque éste había perpetrado dos hechos violentos, uno por equivocación y otro con total conocimiento de causa. El agente trató de conseguir descubrir el adulterio de su mujer separada (y lo logró, pues ésta fué castigada por aquel insidioso delito) y por ello el TS tenía que justificar de cualquier modo la heroica conducta del marido que había visto mancillado su honor. Pese a la notoria violencia con la que fueron ejecutados ambos hechos, esta famosa Sentencia de 5 de octubre de 1974 (JC nº: 1269 bis), entendió que el agente "sufre un error ""impropio u obstativo"" de estimar intelectivamente que efectúa un acto lícito, cuando su quehacer ciertamente es antijurí

dico, por entender que su conducta está justificada, sin que así sucediera, situación que hace surgir una "causa de justificación putativa", que actúa excluyendo la culpabilidad dolosa...". No eran razones jurídicas, sino morales las que determinaron el fallo judicial.

Por último, señalar que si el allanamiento simple se comete con error de tipo vencible, este no será punible, puesto que la incriminación imprudente está vedada en el delito que examinamos.

F.- FORMAS ESPECIALES DE APARICION

En este último apartado no se trata de repasar minuciosamente todos los aspectos que presentan las diferentes formas en que aparece el delito de allanamiento de morada. Una vez más, únicamente nos vamos a ocupar de aquellos problemas que tienen especial incidencia en el tipo descrito en el art. 490 del C.p. Algunos de ellos ya han sido tratados convenientemente en su lugar oportuno, tal es el caso de los supuestos de autoría y participación que fueron examinados al estudiar el sujeto pasivo y el conflicto de titularidades, las relaciones entre arrendador e inquilino o el problema de la voluntad presunta cuando un miembro de la casa permitía entrar a un tercero desconociéndolo el amo y señor de la misma.

Aquí estudiaremos las posibilidades de formas imperfectas de ejecución y la específica naturaleza del delito en este ámbito. También se va a intentar solucionar el difícil problema de cuándo entra en juego el concurso de delitos y cuándo el allanamiento queda desplazado por la agravante genérica de morada. Si bien es

cierto que esta cuestión está íntimamente relacionada con el conflicto aparente de normas, también es verdad que no puede desligarse de la concurrencia de infracciones de donde se deduce que el lugar donde se trata es el apropiado.

Por último, el delito en cuestión viene acompañado en muchas ocasiones de otras infracciones punibles, de ahí que sea obligado prestar una mínima atención al tema de los concursos.

1º) Formas imperfectas de ejecución del delito de allanamiento de morada

El delito de allanamiento de morada es un delito permanente, si entendemos por tal aquél que viene determinado porque supone una situación antijurídica que se prolonga a lo largo de un periodo temporal por la voluntad del agente (236). Así ha sido definido por la doctrina mayoritaria (237).

Sin embargo tenemos que profundizar algo más e intentar encontrar la auténtica naturaleza del delito examinado.

El delito permanente y el delito de estado tienen en común que ambos causan un estado antijurídico a través de la comisión del delito. La diferencia, se ha dicho, radica en que en el delito permanente el estado antijurídico pertenece al tipo mientras que en el delito de estado dicha situación antijurídica es consecuencia de la acción pero se localiza fuera del tipo (238). De igual forma, también se ha acentuado la distinción en el marco subjetivo y se afirma que en el primero, el mantenimiento del estado antijurídico creado dependería de la voluntad del agente mientras que esto no sucedería en el segundo (239).

Se añade, además, otro punto de divergencia en la distinción entre ambas especies de tipos. Así, el delito permanente solo alcanzaría el punto de terminación con la eliminación del estado antijurídico, mientras que en el delito de estado con la ejecución de la acción típica se lleva a cabo al mismo tiempo la consumación y la terminación (240).

Como ejemplos típicos del primero se incardinan las detenciones ilegales y la tenencia ilícita de armas, mientras que en el segundo se suele considerar la bigamia.

El allanamiento de morada se consuma con la entrada del agente, pero la terminación del delito todavía no se ha producido con el ingreso ilícito de aquél (241). Mientras que el autor esté presente contra la voluntad del morador en su vivienda, está lesionando el bien jurídico del respeto a las pretensiones de la vida privada doméstica del titular de la morada, es decir, su localización física en el local protegido está desplegando, irradiando más bien, momentos antijurídicos cada segundo que se mantiene ahí sin el consentimiento del habitante. Esa situación contraria al derecho acaba precisamente cuando aquel abandona el lugar violado. Se produce una diferencia entre el momento de la consumación y el de la terminación y, además, no hay duda que el estado antijurídico pertenece al tipo, por la peculiar forma en que se combinan la conducta activa y la pasiva. Y tampoco se puede negar que ese mantenimiento del estado antijurídico depende de la voluntad del sujeto activo. Luego, en efecto, el delito de allanamiento de morada es un delito permanente (242).

El delito de allanamiento de morada es también un deli

to de actividad. Esto es, que para que se realice el tipo de injusto no necesita de una ulterior manifestación material que pueda egcindir de la acción u omisión típica en su caso. La mera entrada o permanencia no permitida es suficiente para que el comportamiento satisfaga por completo toda su esencia antijurídica. De ahí obtenemos una importante consecuencia; No es posible que pueda ejecutarse parcialmente a título de frustración. Si, como señala el art. 3º del C.p., el culpable practica todos los actos de ejecución, debe necesariamente penetrar en el lugar objeto del delito, y entonces ya se produce la consumación del delito. Si no ingresa con todo el cuerpo, entonces no realiza todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito, y en tal caso ya no egtaríamos ante el estadio de la frustración sino ante la tentativa. En conclusión; no es imaginable el allanamiento de morada frustrado.

No obstante, la STS de 8 de marzo de 1880 (JC nº: 5399) consideró que la rotura de varias tablas de una puerta, pero sin el posterior ingreso merced a la resistencia de la víctima, constituía delito frustrado de allanamiento de morada, "pues los recurrentes, para allanar la morada de aquella, practicaron de tal modo todos los actos para ejecutar la entrada, que rompieron dos tablas de la puerta y desclavaron otra; y si no consumaron el delito fué: primemo, porque acudió un vecino al oír los golpes, y después, porque temieron la resistencia de la dueña de la casa, que se resistió a pesar de las amenazas que hicieron". El TS olvidó que un acto de ejecución esencial lo constituye el desplazamiento del sujeto desde el exterior al interior, y ello no se produjo.

De ahí que sea casi imposible admitir la frustración en el delito de allanamiento de morada, pues la acción se desarro-

lla con el propio cuerpo del agente, de tal forma que éste no puede finalizar todo el proceso ejecutivo que de su voluntad depende sin llevar a cabo la consumación del delito. Solo sería imaginable el allanamiento de morada frustrado en un supuesto de laboratorio, en el caso de que el autor se lanzase desde una altura hacia el tragaluz abierto de una casa, y éste fuese cerrado en el momento en que la fuerza de gravedad le arrastrase hacia el interior. Así sería, pues desde el momento que (por ejemplo, desde un helicóptero) se lanza hacia el tragaluz, ya él ha realizado todos los actos de ejecución que, de por sí, debieran producir como resultado el delito, pues su propio peso automáticamente le llevaría al ingreso en el lugar, y este no se produce por causa que no depende de su voluntad. Ahora bien, como la introducción en la inmensa mayoría de los casos no puede ser automáticamente determinada por un acto anterior del sujeto, sino que cada segundo éste debe de realizar el proceso ejecutivo, cuando cumpla todos los actos de ejecución el delito ya se ha consumado (243).

El delito se consuma de forma instantánea cuando el reo entra con todo el cuerpo en el lugar protegido, o permanece ahí contra la voluntad del morador. El tipo agravado, cuando además del ingreso o la permanencia, se han aplicado los medios violentos o intimidatorios dirigidos a tal fin. De ahí que la tentativa sea posible, cuando el sujeto realice parcialmente los actos de ejecución, en la modalidad activa, sin lograr introducirse en la morada ajena por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento. Pero no se debe olvidar que en la tentativa de delito el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores. De ahí que sea necesaria cierta manifestación de la

inequívoca voluntad del reo dirigida al ingreso, manifestación que normalmente se plasmará en el intento de vencimiento de la barrera de la superficie de la esfera privada del morador, que se exteriorizará en la actuación sobre el edificio o sobre la propia persona.

Es también de destacar que la tentativa, no puede admitirse en la modalidad pasiva (244), pues su especial configuración determina que el momento anterior a la permanencia no está penado, y desde el mismo instante que se empieza a omitir el comportamiento debido contra la voluntad del morador ya el delito es consumado.

Ejemplos de tentativa en la modalidad activa nos los ofrece nuestra jurisprudencia en la STS de 20 de febrero de 1973 (JC nº: 1561), donde se consideró tentativa el llamar ruidosamente en una puerta con la amenaza de derribarla si no se hacían eco de sus peticiones. O el intento de penetrar en la morada ajena, no consiguiendo el culpable sus propósitos por la resistencia que opuso un criado, al que hirió (STS de 12 de febrero de 1875, JC nº: 2650). También se consideró tentativa de allanamiento de morada la conducta de quien solicitó que se le abriese diciendo que se trataba de la Guardia Civil (STS de 8 de febrero de 1892, JC nº: 561).

Ello pone de manifiesto, que en la mayoría de las ocasiones el delito tentado se va a producir respecto de la modalidad agravada, pues refleja más claramente los propósitos del culpable puesto que los hechos exteriores son más evidentes.

Por último, SUAREZ MONTES ha planteado el problema de la calificación del supuesto en el que el sujeto entraba contra la voluntad del morador en la vivienda ajena, pero solo empleaba la violencia para mantenerse en el lugar ilícitamente (245). El proble

ma que se presenta entonces es que el delito se ha calificado conforme a la primera modalidad, es decir, por la entrada indebida, y la fuerza en las personas no se emplea para introducirse sino para mantenerse. ¿Quiere ello decir que en tal supuesto la conducta descrita no podrá ser calificada como delito de allanamiento de morada agravado del párrafo 2º del art. 490?. El propio autor soluciona con bastante coherencia el problema acudiendo, de un lado, a razones de justicia material y, de otro, de estricta técnica jurídica. Con buen criterio se señala que sería injusto que fuese premiado quien entra desde el primer momento sin el consentimiento del dueño al establecerse simplemente el concurso de delitos entre el allanamiento básico y las violencias, sobre aquél que ingresando lícitamente en la vivienda ajena, emplea medios violentos para continuar en la permanencia.

Pero el argumento decisivo lo aporta la propia naturaleza del delito. En efecto, se señalaba al principio del presente apartado que nos encontramos ante una infracción de carácter permanente. Es decir, que la situación antijurídica no se agota con el mero hecho de la introducción física del agente, sino que perdura el estadio ilícito mientras que éste se mantenga sin permiso para ello en la morada ajena. Cualquier violencia o intimidación que se produzca en este periodo para asegurar el estado antijurídico originaría el delito cualificado (246).

2º) Conflicto aparente de leyes: Las diferentes formas de configuración de la protección de la morada en el C.p.

Nuestro C.p. considera en diversos lugares la morada como objeto de regulación de diferentes disposiciones. Además del

Capítulo IV del Título XII del Libro II (arts. 490 a 492) del C.p. que contiene las disposiciones dedicadas al delito de allanamiento de morada; veíamos que, por ejemplo, en la legítima defensa contemplada en el art. 8,4º del C.p. el legislador aclaraba que también se considera agresión ilegítima la entrada indebida en la morada o en sus dependencias. De otro lado, el art. 506 en relación con el 508 establece un subtipo agravado de robo con fuerza en las cosas cuando el hecho antijurídico se perpetra en una casa habitada. También cabe recordar que el art. 10,16º establece una agravante genérica cuando el hecho se ejecuta en la morada del ofendido sin que éste haya provocado el suceso.

Pero, además, se puede observar que la figura agravada del delito de allanamiento de morada lesiona bienes jurídicos un tanto diferentes de la vida privada doméstica, como la libertad de decisión o la integridad física. Todo ello ocasiona un conflicto sobre qué disposición debe aplicarse cuando concurren ciertas circunstancias. Nos encontramos ante la temática del concurso aparente de normas que en el delito de allanamiento de morada está también íntimamente relacionada con la concurrencia de infracciones.

En el presente apartado tenemos que encontrar solución a tres problemas: Deslindar la aplicación de la agravante genérica de morada del concurso con el allanamiento de morada cuando concurre otra infracción; establecer el marco distintivo con el robo en casa habitada y, en último lugar, delimitar el ámbito de aplicación del allanamiento cualificado con el concurso entre la figura básica y los delitos contra la libertad como capacidad de obrar e integridad física.

El primer punto a tratar viene determinado, como seña-

lábamos líneas atrás, por la búsqueda de criterios que puedan diferenciar el marco aplicativo de la agravante genérica de morada y el delito contenido en el art. 490 del C.p. No cabe duda que la controversia solo se presenta cuando junto a la violación del domicilio aparece otra infracción diferente. Es a partir de ahí cuando surge el problema que planteamos.

Partamos del siguiente supuesto: Un sujeto viola a una mujer en la misma morada de ésta. ¿Qué calificación será preferente, delito de violación con la agravante de ejecutar el hecho en la morada de la ofendida o concurso medial del art. 71 entre el delito de allanamiento de morada y el atentado a la libertad sexual? Como vemos, se trata de un punto a resolver dentro de la teoría del concurso de normas, pues se intenta descubrir dentro de los posibles modos de calificar unos hechos determinados, qué conjunto de disposiciones es de aplicación preferente frente a otro grupo de preceptos a los que desplaza.

Un criterio de solución fue apuntado por QUINTANO (247). Entendía el célebre autor que la figura delictiva de allanamiento requería un elemento subjetivo del injusto de violar el hogar ajeno para que pudiese ser aplicada, consideración que no debería tenerse presente en la agravante de morada que obraba de forma objetiva, de tal forma, que siempre que faltase en el agente la específica intención de allanar, se aplicaría la agravante desplazando al delito contenido en el art. 490. El grave dilema que ofrecía esta interpretación es que difícilmente se admitiría que el allanamiento actuase en concurso con otros delitos, puesto que la especial configuración del "dolo específico" tal y como era entendida por este autor era incompatible con otros fines perseguidos por el

agente al perpetrar el delito. De hecho, el TS ha aplicado en muy pocas ocasiones el concurso.

Además, en lo que a nosotros respecta, esta solución no nos convence porque, como ya señalábamos en el apartado anterior, el delito de allanamiento de morada no viene estructurado en torno a elemento subjetivo del injusto alguno.

El método a seguir para resolver tan ardua cuestión debe partir del examen de los presupuestos de aplicación de la circunstancia genérica y del delito de allanamiento. Y estos presupuestos no son idénticos. El art. 10 en su número 16 agrava el delito en cuestión si el agente realiza el hecho en la morada del ofendido cuando éste no haya provocado el suceso. En efecto, como ha señalado RODRIGUEZ MOURULLO, "es preciso que los actos de ejecución propiamente dichos, o al menos alguno de ellos se realicen en la morada del ofendido" (248). El acento se pone en la ejecución, no en la consumación, con independencia de si el autor se encuentra presente o ausente del lugar del hecho. Ejemplo: un sujeto dispara desde el exterior a la víctima que se encuentra en su casa al lado de la ventana (249). Es ésta, pues, la primera diferencia apreciable entre ambas disposiciones legales, pues la característica fundamental del delito de allanamiento de morada es que requiere la presencia física del morador, además de que el delito se consuma siempre dentro de la esfera privada doméstica. Luego todas aquellas infracciones que se ejecuten en la vivienda de la víctima, pero no se consumen ahí, o no requieran la presencia del agresor en su interior, vendrán agravadas por la circunstancia del nº 16 del art. 10 y no determinarán el concurso de delitos. También es verdad, que no toda ejecución de un delito en morada ajena implica que automática-

mente se aplique la circunstancia agravante, debe existir cierto agravio al respeto que merece el hogar ajeno (250). Es inaplicable cuando el lugar de comisión del hecho es totalmente intrascendente en relación con la naturaleza del injusto cometido "y no impliquen Profanación del hogar, como sucedería en el caso de verificar un préstamo usurario en la casa de la víctima" (251).

En el delito de allanamiento de morada es necesario que la conducta (ingreso o permanencia) se realice contra la voluntad del sujeto pasivo. Pero este requisito no es necesario que concurra en la agravante de morada. En el supuesto que señalábamos al principio, si un amigo de la familia tiene relaciones sexuales con una hija del matrimonio anfitrión menor de doce años, el sujeto comete un delito de violación con la agravante del art. 10,16º, pues no cabe duda que no corresponde su conducta con el tipo del allanamiento aunque sí que se produce esa falta de respeto que representa la sacralidad del hogar ajeno. De igual forma, el invitado que hurta en la casa donde tiene lugar una fiesta de sociedad, tampoco comete el delito del art. 490 del C.p., pues su presencia física ha sido consentida, y sin embargo podría entrar en juego la agravante genérica.

Ahora bien ¿Qué ocurre cuando el supuesto de hecho encaja en ambas calificaciones? En el ejemplo que veníamos examinando, si el autor entra violentamente y sin permiso en el domicilio de la moradora, la cual es violada, ¿Se califica como simple delito de violación agravado por el elemento genérico o como concurso de delitos entre allanamiento de morada y violación?. Habría que preguntarse entonces, si se aplicaría el primer o el segundo enjuiciamiento.

Una posibilidad sería el entender que las dos subsumciones son idénticas, es decir, que el hecho de referencia puede admitir indistintamente una u otra calificación, y aplicar en consecuencia el principio de subsidiariedad o consunción impropia conforme viene recogido en el art. 68 (252) del C.p., tomando aquella alternativa que fuese incriminada más gravemente.

Pero ello supone asimismo admitir que es absolutamente igual la connotación valorativa desde el punto de vista jurídico penal de un delito agravado por una circunstancia genérica que un concurso de delitos. Y ello no es cierto. En el primer supuesto, trasladado a nuestro ejemplo, en la violación con la agravante de morada, el acento se pone en el delito base, siendo la circunstancia una mera nota accesorias y accidental al delito que representa el menosprecio que tuvo el autor a la habitación de la víctima, la falta de consideración a valores como éste de la santidad del hogar. En cambio, aceptando la vía del concurso aparecen dos infracciones sin que necesariamente exista accidentalidad y accesoriedad de una sobre otra. De ese menosprecio e irreverencia al lugar donde se desarrolló el hecho antijurídico principal, se pasa a la ofensa de un bien jurídico autónomo como es la vida privada doméstica ajena en conexión con otros valores atropellados por el delito que concorre con el allanamiento de morada. La significación valorativa, si bien similar, no es idéntica según se opte por una subsumción o por otra; de ahí que tengamos que desechar la posible aplicación del art. 68 del vigente Código penal (253).

Cuando concurren todos los presupuestos típicos de la figura de allanamiento de morada, se ha de aplicar ésta junto al delito de referencia, desplazando a la circunstancia agravante

(254), pues la calificación del concurso contempla de forma más completa la desvalorización del comportamiento que la estimación de la simple figura agravada. El principio a aplicar no es el de subsidiariedad o consunción relativas o impropias sino el de consunción propia, que formulado en palabras de COBO - VIVES se describe de la siguiente forma: "El precepto que contemple de modo total el desvalor que el ordenamiento jurídico atribuye a una determinada conducta prevalece sobre el que lo contempla solo de una manera parcial" (255).

En resumen, siempre que el hecho enjuiciado reúna todos los requisitos exigidos por el tipo de allanamiento de morada, deberá aplicarse esta figura en concurso ideal o real con la infracción que acompañe. Solamente cuando el hecho se ejecute en la morada del ofendido pero no se pueda aplicar (por falta de tipicidad) la infracción contenida en el art. 490, podrá entrar en juego la agravante genérica de morada como circunstancia accidental del delito básico. No cabe duda que el mero hecho de ejecutarse el delito en morada del ofendido no implica la automática imposición de la agravante (por ejemplo, si el domicilio es también el propio). Es necesario que se den los propios requisitos que determinan la aplicación de la circunstancia (ejecución en morada, ajenidad, mínimo conocimiento del desprecio al hogar ajeno, falta de provocación).

La duda y ausencia de criterio delimitador ha sido la constante que ha subyacido en esta materia tanto en nuestra doctrina como en la misma jurisprudencia del TS. En reiteradas ocasiones, el Tribunal de Casación ha aplicado la agravante cuando se daban todos los elementos necesarios integrantes del delito de allanamiento

to, especialmente en el delito de robo con violencia e intimidación (256), quizás con la pretensión de establecer un paralelismo con el robo con fuerza en las cosas que viene agravado específicamente cuando el hecho se perpetró en casa habitada (art. 506 en relación con el 508). De igual forma, también se aplicó con frecuencia al delito de hurto, sin establecer criterio diferenciador con el allanamiento (257). Es curioso, que incluso entendió el TS que debía imponerse en aquellos supuestos donde el delito se cometía en la morada del agente, que a su vez era el hogar del ofendido, como ocurrió en alguna resolución que enjuició el delito de adulterio (258).

Fue aplicada la circunstancia también en los delitos de índole sexual (259) y en las infracciones que atentan contra la integridad física y la vida de las personas (260), si bien es cierto que en la mayoría de estas resoluciones se enjuician hechos en los que no existía una voluntad contraria al ingreso. De aquí se desprende que el TS en ciertos delitos intuitivamente aplica la circunstancia genérica de forma subsidiaria, esto es, cuando el tipo de allanamiento de morada no encaja en la conducta realizada.

Y este fue el criterio que expresamente siguió la STS de 28 de febrero de 1902, cuyo supuesto de hecho lo constituía la entrada del agresor fracturando una ventana e hiriendo con una navaja a la moradora que se hallaba durmiendo en ese momento. La Audiencia provincial calificó la conducta como un delito de lesiones menos graves con la agravante de morada. El TS casó la Sentencia por entender que el Tribunal de instancia había incurrido en uno de los supuestos de infracción de ley. El argumento fue el siguien

te: "...la aludida sentencia infringe el art. 10 núm. 20 (actual 10,16º), del Código penal por indebida aplicación y el 504, párrafo segundo (actual 490,2º), del mismo, por no haberlo aplicado, toda vez que lo que la Sala sentenciadora considera como circunstancia agravante de ofensa á la morada ajena es elemento constitutivo del delito de allanamiento de morada, el cual fué medio necesario de cometer el de lesiones, formando ambos por esta razón una sola entidad penal á los efectos del art. 90 del citado Código (art. 71 en la actualidad)".

Lástima que el propio TS no haya exteriorizado en más ocasiones este principio delimitador, pues en él se deduce de forma clara que se estaba utilizando (aunque en aquella época no estuviese incardinado aún en la doctrina jurídicopenal) el principio de consunción, como único criterio válido, según hemos propugnado. No obstante, implícitamente el Tribunal de casación ha seguido en bastantes ocasiones esta pauta.

Más desconcertante es la posición de nuestra doctrina que desiste de tan siquiera intentar buscar una solución con fundamento dogmático a la cuestión planteada. QUINTANO tan solo afirmó, ambiguamente, que en materia de concursos la única vía de solución era el del dolo finalista, reconociendo que se solía resolver en esta materia un tanto empíricamente, sin atenerse a criterios generales (261). RODRIGUEZ MOURULLO, después de criticar el principio delimitador del "dolo específico", se limita a señalar cómo ha resuelto la jurisprudencia el tema en la práctica (262). Y, en fin, tampoco otros autores que han trabajado más recientemente el tema se han decidido por una interpretación que establezca las fronteras entre la agravante y el delito de allanamiento (263).

En segundo lugar, se debe dar respuesta a la cuestión que surge cuando nos enfrentamos ante un supuesto cuya calificación corresponde a un robo en casa habitada tentado o frustrado. Imaginemos que un sujeto, aprovechando la ausencia de los moradores, penetra utilizando una ganzúa en una vivienda ajena con el propósito de apoderarse de las joyas que allí encuentre, pero es sorprendido por un funcionario de la policía y detenido sin que el reo haya logrado su objetivo. Aparece entonces un conflicto sobre qué ley debe aplicarse.

En efecto, pues en principio la calificación del hecho puede encuadrarse bajo el marco del robo en casa habitada, en proceso ejecutivo de tentativa, con arreglo a los arts. 3, 500, 504.4º, 505, 506,2º y 508. La pena aplicable, si se bajan dos grados la sanción base, puede llegar a una simple multa. En cambio, si se tiene en cuenta que el autor entró en casa ajena contra la voluntad tácita de sus habitantes, el comportamiento delictivo también se incardinaría bajo los presupuestos exigidos por el tipo de allanamiento de morada, siendo la pena de arresto mayor y multa. Ello ha llevado a algún autor (264) a estimar que el delito de robo en casa habitada es una infracción compleja que absorbe al allanamiento, el cual recobra su sustantividad "si se desiste del delito fin o si por la aplicación del concurso de leyes resulta más gravemente penado que el delito que se pretendía". En tal caso, se prefiere aplicar el art. 68 del Texto sancionatorio, y calificar el supuesto por la vía del art. 490 si este sanciona más gravemente el hecho (265).

Esta interpretación, sin embargo, no puede ser compartida, pues confunde el plano políticocriminal con el dogmático. Es cierto que resulta ilógico que una conducta que entraña una mayor

lesividad (tentativa de robo en casa habitada) lleve aparejada una menor sanción que el delito de allanamiento de morada. Pero esta razón, apoyada en una comparación valorativa y de justicia material, no puede desvirtuar la naturaleza del art. 68 del C.p.

Como señalábamos líneas atrás, el mentado precepto entra en juego cuando exclusivamente existe un presupuesto valorativo que puede ser enjuiciado de forma idéntica por diferentes preceptos penales. La valoración jurídica del hecho es captada de forma indiferente se opte por una subsunción preceptiva o por otra. Y, en efecto, el comportamiento objetivo y externo puede ser calificado también como delito de allanamiento de morada, pero no cabe duda que dicha calificación sería incompleta, pues se está olvidando un elemento esencial del cual no se puede prescindir; el ánimo de lucro. Por ello, la consideración del presupuesto fáctico externo e interno bajo la valoración jurídica de la tentativa del robo en casa habitada contempla mejor y sin ningún tipo de laguna toda la significación antijurídica que el hecho comporta, pues la subsunción bajo el allanamiento consumado dejaría sin cubrir la intención de apoderamiento de las cosas muebles ajenas, componente interno y subjetivo que solo la infracción contra la propiedad puede abarcar.

De todo lo expuesto se deduce que no es de aplicar el principio de subsidiariedad relativa determinado en el artículo 68 del C.p. sino el de consunción, y en consecuencia la tentativa de robo en casa habitada desplaza el delito de allanamiento de morada.

El TS, con buen criterio, desechó también la virtualidad subsuntiva del art. 68 (266), señalando que es de lege ferenda cuando debe reformarse esta disociación valorativa, pero la letra

y el espíritu de la ley, a este respecto, no ofrece muchas dudas en este sentido.

En tercer lugar, teníamos que responder a algunas ques tiones en relación al subtipo agravado. Hay que significar a este respecto que las violencias empleadas para conseguir el ingreso o lograr la permanencia forzosa no constituirán infracciones independientes puesto que son absorbidas en el injusto típico en atención a la grave penalidad que acompaña al mismo. Así, quien intimi da al dueño de una casa con una navaja para que éste le permita la introducción, no será castigado por delito de coacciones y además allanamiento de morada, pues el salto del primer al segundo párrafo del art. 490 justifica, merced a la diferencia de penalidad, la consunción de aquél en éste, de igual forma quedan absorbidos los delitos de lesiones o daños que a tal fin se produzcan (267). Claro está, que si esa violencia supera con creces la ejercida para rebasar la resistencia al acceso o mantenimiento en la morada ajena (por ejemplo, se mata para introducirse en el local), constitui rá un delito independiente en concurso medial (268).

En cambio, todos aquellos actos intimidatorios o violentos que no estén dirigidos directamente a superar la resistencia opuesta por el morador para evitar la presencia física del agen te, quedarán fuera del ámbito típico del allanamiento y pasarán a formar parte de las infracciones correspondientes (coacciones, amenazas, lesiones) que normalmente estarán en concurrencia real de delitos con el allanamiento de morada; pues los bienes jurídicos lesionados son diferentes y existe además una pluralidad de hechos.

3º) Concurso de infracciones; El carácter medial del
allanamiento de morada

Hemos significado en varias ocasiones la naturaleza de delito permanente del allanamiento de morada. En consecuencia, desde que se consuma el delito se inicia un estadio antijurídico que perdura constantemente mientras el intruso continúe estando presente ilícitamente en el lugar objeto de la tutela penal. En este tramo temporal, esto es, desde la perpetración hasta la terminación del delito, se está prolongando una situación contraria a Derecho que puede ser coetánea temporalmente con la comisión de otras infracciones penales. Pues bien, cada uno de los hechos punibles que se cometan en ese periodo se encontrará en relación de concurso real con el allanamiento de morada (269).

El allanamiento de morada suele actuar como delito instrumental, o sea, como medio del que se vale el autor para perpetrar un hecho punible que desde un inicio se ha propuesto como primer objetivo. Especial mención merecen las infracciones que atentan a la libertad sexual, como la violación o los abusos deshonestos, no solo por la frecuencia de esta conexión delictiva sino también por una importante contradicción técnica y valorativa que ha surgido en alguna ocasión. En efecto, con anterioridad a la Reforma de 1983, en los delitos de violación, abusos deshonesto, estupro y raptó, el perdón del ofendido pronunciado antes de que recayese sentencia, extinguía la acción penal y con ella la responsabilidad criminal del ofendido. Tras la Reforma del 83, el art. 443 eliminó esta peculiar causa de extinción de la acción penal en el supuesto del delito de violación, ampliando la exclusión del perdón

del ofendido en los atentados sexuales la Ley Orgánica 3/1985, de 21 de junio, de actualización del Código penal (BOE núm. 148, de 22 de junio) (270).

Pues bien, se producía con anterioridad a la Reforma de 1983 la paradoja de que en el delito cometido en la morada de la ofendida, ésta perdonase la violación (infracción amenazada con la pena de reclusión menor), extinguiéndose tan grave sanción y sin embargo el reo tuviese que cumplir condena por el allanamiento, dado que dicho hecho punible es de naturaleza totalmente pública sin que la voluntad del ofendido pueda interrumpir el proceso evitando el fallo judicial. Estas consecuencias derivadas estrictamente de exigencias determinadas por el derecho positivo fueron nítidamente expuestas en la STS de 16 de diciembre de 1872 (JC nº: 1405) "...el allanamiento de morada es un delito público; y aun cuando haya sido medio para ejecutar otro más grave que deba castigarse en conformidad al art. 90 del Código penal vigente y 77 del anterior (actual art. 71), extinguida la acción penal ó pena impuesta del segundo con el perdón de la parte agraviada por ser de los que solo a instancia de la misma pueden perseguirse, no queda extinguida también la persecución y pena del primero por ser hecho distinto, sobre el que no tiene influencia la voluntad del ofendido" (271).

Ello nos conduce a formular una pequeña reflexión (aun que sistemáticamente no sea éste el lugar más adecuado) sobre el requisito de perseguibilidad exigido en otras legislaciones.

El allanamiento de morada, al menos a nivel técnico, es un delito perseguible de oficio y por tanto, de naturaleza pública,

cierto es que, en sentido estricto, no existen delitos privados, pero en este contexto el carácter público de la infracción expresa el hecho de que, iniciado el proceso penal por cualquiera de las instancias legitimadas para ello, éste no se puede detener por la voluntad de la víctima, que no tendrá influencia alguna en la resolución judicial. Pero esta naturaleza procesal de la infracción no encaja bien con su peculiar idiosincrasia atendiendo al bien jurídico protegido. El interés tutelado en el párrafo 1º del art. 490 tiene, sin duda alguna, un carácter personal evidente que irradia también la nota de disponibilidad. El hecho antijurídico se asienta fundamentalmente en la voluntad contraria del morador a la presencia física del intruso en el local determinado legalmente. Ese que rer opositivo es presupuesto típico fundamental que convierte la conducta del autor (de ser irrelevante e insignificante con la anuencia del titular) en antijurídica con independencia de cualquier otro sujeto o instancia social. Es más, señalábamos que la acción contraria a Derecho lesionaba los presupuestos formales al respeto a la vida privada doméstica del morador, antesala del libre desarrollo de su personalidad. Y desde esta perspectiva, se menoscaba un valor ideal cual es la proyección espacial de su misma personalidad. Por ello, como vimos en la introducción histórica, no es de extrañar que en el Derecho Romano la violación de la paz doméstica fuese concebida como una modalidad de injurias, si bien es cierto que tan solo se castigaba cuando la entrada se realizaba violentamente; pues el ultraje personal constituía el núcleo fundamental del comportamiento ilícito.

Con estas observaciones queremos poner de manifiesto que el delito de allanamiento de morada, al igual que ocurre en

otras legislaciones extranjeras (272), no debería formar parte de aquellos hechos que son perseguibles de oficio, sino que la acción penal conjugaría mejor atendiendo a su peculiar naturaleza si ésta fuese excitada a instancia de parte por medio de denuncia. Evidentemente, estas consideraciones no son válidas en lo que se refiere a la figura agravada, pues la violencia o la intimidación escapan del estrecho marco de disposición meramente individual.

Quedaba dicho que el allanamiento de morada suele ser, con bastante frecuencia, delito medio utilizado instrumentalmente para perpetrar otra infracción. En tal supuesto, según un sector doctrinal relevante (273), el concurso medial es un auténtico concurso real de delitos, pues aunque la dirección final de la voluntad se presenta unitariamente, no existe unidad de hecho en sentido estricto. De todas formas, a niveles de determinación penal se aplica la regla establecida para el concurso ideal dado que el concurso medial viene regulado junto a aquél en el art. 71 del C. p. (274).

Tampoco se debe olvidar que el Código exige que el hecho sea medio "necesario" para cometer el delito fin. La necesidad instrumentalizadora del delito medio no puede ser contemplada en abstracto, esto es, de tal forma que el hecho fin necesite siempre, atendiendo a su naturaleza típica, del hecho medio, pues en tal supuesto se confunde el plano del concurso de delitos con el del conflicto de normas. Como señala MIR PUIG (275), la necesidad se interpreta bajo los presupuestos del caso concreto, es decir, que situados en el punto temporal de la ejecución criminal, en las condiciones que determinan el hecho punible perseguido por el autor, es éste de imposible realización sin la plena consumación del deli

to medio que actúa como una fase parcial de la total progresión delictiva que culmina en el delito fin.

Por ello no es de extrañar el frecuente carácter medial que presenta el allanamiento de morada, pues en numerosas situaciones la habitación del ofendido es el único lugar posible de perpetración criminal, de tal forma que el intruso no habría podido consumar la acción antijurídica perseguida sin violar el domicilio ajeno. Y ejemplos los encontramos en la jurisprudencia del TS.

Especial mención merecen los delitos sexuales, móvil importante que necesitó de la violación domiciliaria para que el autor pudiese alcanzar su objetivo criminal; y así, el tipo descrito en el art. 490 del Código penal fué delito medio para ejecutar hechos punibles como la violación (276), estupro (277) y abusos deshonestos (278).

También se calificó el concurso medial en los delitos contra la integridad física. Así, en el delito de lesiones (279), si bien, como vimos en el número anterior, en aquellos delitos que siegan la vida del ofendido (homicidio, asesinato, parricidio...) el Tribunal de casación prefirió aplicar la agravante genérica de morada.

Incluso fué aplicado el concurso en los delitos de amenazas (280) y coacciones (281), ahora bien, cuando éstos estaban totalmente desligados de la acción típica, o sea, cuando no fueron empleados para entrar en la morada ajena o permanecer en la misma, al igual que aplicó también concurrencia con el delito de daños con los mismos límites (282).

Finalmente, señalar que, como es evidente, no puede existir concurso entre la modalidad de allanamiento activa y la pasiva, pues como vimos al estudiar la naturaleza jurídica del delito, es éste una infracción de carácter permanente cuyos efectos antijurídicos se extienden temporalmente durante todo el periodo de la presencia física ilícita del sujeto activo en la morada ajena. En consecuencia, quedó señalado que el régimen que determinaba la conducta omisiva era el de subsidiariedad y no el de concurso (283).

NOTAS CAPITULO III

(1) - COBO DEL ROSAL - VIVES ANTON; Derecho Penal, Parte General ...cit; pág. 249. MIR PUIG, siguiendo a Antolisei, señala que el sujeto pasivo es el titular o portador del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito. MIR PUIG, S.; Derecho Penal, Parte General, 2ª edic. Barcelona 1985; pág. 163.

(1bis)- RODRIGUEZ RAMOS; Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)...cit.;pág. 156.

En este sentido se manifiesta BODENDORF; Der Hausfriedensbruch,...cit.; pág. 25. En Italia, sin embargo, cierto sector doctrinal y jurisprudencial se muestra partidario de la solución contraria, esto es, de considerar también como sujeto pasivo del delito a la persona jurídica. Así, ANTOLISEI; Manuale di Diritto Penale... cit.; pág. 182. GARAVELLI, M.; en AAVV. Codice Penale. Parte Speciale...cit.; pág. 1106.

(2) - SUAREZ MONTES; El delito de allanamiento de morada... cit.; pág. 885.

En terminos similares, señala BAJO FERNANDEZ que el sujeto pasivo es el que habita como morador, coincidiendo con el que tiene la facultad de exclusión. BAJO FERNANDEZ, M.; Manual de Derecho Penal (Parte Especial), Delitos contra la libertad y seguridad, honestidad, honor y estado civil. Madrid 1989; pág. 86. núm. 14.

(3) - QUINTANO; Tratado... cit.; pág. 976.

- (4) - Esta posición ha sido mantenida tradicionalmente por los autores italianos antes de la reforma del derecho de familia operada en aquél país por Ley de 19 de mayo de 1975 n. 151, que modificó numerosos artículos del Código civil italiano, entre ellos el art. 144. A partir de esta ley se reconoce legalmente que a la mujer y al marido compete, de igual modo, el derecho de exclusión. Representantes de esta corriente doctrinal son MANZINI; Tratatto...cit.; pág. 862. MAGGIORE; Derecho Penal. Parte Especial...cit.; pág. 488. MONACO en AAVV. Comentario breve al Codice penale...cit.; pág. 614. SINISCALCO; ...cit.; pág. 876.

En nuestra doctrina, se ha de destacar a CUELLOCALON; Derecho Penal. Tomo II. Vol. II...cit.; pág. 789. PELLISE PRATS; Allanamiento de morada...cit.; pág. 620. SUAREZ MONTES; El delito de allanamiento de morada...cit.; pág. 885. GARCIA VITORIA; El derecho a la intimidad...cit.; pág. 77. Si bien esta última autora mantiene una posición menos radical. RODRIGUEZ DEVESA; Derecho Penal Español. Parte Especial...cit.; pág. 324, si bien el autor admite que la mujer casada también pueda ser cotitular del derecho de exclusión. En igual sentido, SAINZ CANTERO; Derecho Penal. II...cit.; pág. 61.

- (5) - Así, tanto la jurisprudencia española: SSTs de 10 de julio de 1896 (JC nº: 22) 1 de diciembre de 1931 (JC nº: 116) 20 de febrero de 1965 (JC nº: 284), como en la italiana (Cas. 4 de abril de 1934, 17 de junio de 1938) los juzgadores respectivos han negado la facultad de

admisión a la mujer, hija o criada del jefe de familia cuando la persona que se introducía era el amante. No obstante, existe alguna otra resolución de la cual puede también desprenderse otra opinión.

- (6) - Sin duda alguna, la solución que se opte sobre la cuestión del conflicto de titularidades depende de la peculiar concepción de la familia que se defienda atendiendo, en cierta medida, a la propia configuración jurídico-política que emane de las diferentes disposiciones normativas según el lugar y el momento histórico considerado.
- (7) - QUINTANO; Tratado...cit.; pág. 977.
- (8) - Esta posición es mantenida también por MUÑOZ CONDE; Derecho Penal, Parte Especial...cit.; pág. 155. COBO - CARBONELL (Derecho Penal, Parte Especial...cit.; pág. 731) parece que admitan una igualdad total entre todos los miembros del círculo familiar, dando especial relevancia al ius prohibendi de cualquiera de ellos. En la STS de 29 de abril de 1963 (JC nº: 701) se admitió la condición de "morador" referida a un menor expresamente, y por tanto, se valoró positivamente la facultad de exclusión del mismo ejercida ante la irrupción en un chalet propiedad de sus padres de unos intrusos.
- (9) - Opinión muy extendida entre nuestros autores. Así, a título de ejemplo RODRIGUEZ DEVESA; Derecho Penal Español, Parte Especial...cit.; pág. 324. COBO - CARBONELL

en ...Parte Especial...cit.; pág. 731. SAINZ CANTERO; Derecho Penal.II...cit.; pág. 61. JASO ROLDAN; Derecho Penal.II...cit.; pág. 319. Recientemente, se adhiere a este principio BAJO FERNANDEZ; Manual de Derecho Penal (Parte Especial) Delitos contra la libertad y seguridad...cit.; pág. 91 núm. 37.

Curiosamente, BUSTOS RAMIREZ, adopta el criterio contrario, esto es, que prima la voluntad de aquél que permite la entrada; puntualizando, que en caso de divisiones de la morada, solo tiene tal derecho respecto de los lugares de uso común y de su propia habitación dentro de la morada. BUSTOS RAMIREZ; Manual de Derecho Penal.Parte Especial...cit.; pág. 102.

- (10) - Criterio doctrinal casi unánime en la R.F. de Alemania. SHÄFER; LK...cit.; pág. 25 rn. 57. RUDOLPHI; en SK...cit.; pág. 5 rn. 16. MAURACH - SCHROEDER; Strafrecht. B.T. ...cit.; pág. 257. WELZEL; Das Deutsche Strafrecht ...cit.; pág. 333. SCHMIDHÄUSER; Strafrecht B.T. ...cit.; pág. 75. DREHER - TRÖNDLE; Strafgesetzbuch...cit. pág. 714. PREISENDANZ; Strafgesetzbuch...cit.; pág. 468. WESSELS; Strafrecht.B.T.-1...cit.; pág. 116. LENCKNER en Strafgesetzbuch Kommentar... cit.; pág. 998 rdn. 18.

Sin embargo, existen autores (grupo minoritario) que no siguen el criterio de la exigibilidad, y por tanto, acogen favorablemente el principio "melior est conditio prohibendi". Entre ellos; OSTENDORF; AK ...cit.; pág. 368 rn. 36. KAGELER; Die gemeinsame... cit.; pág. 235.

- BERNSMANN; Tatbestandsprobleme... cit.; pág. 344.
- (11) - ANTOLISEI; Manuale di Diritto Penale... cit.; pág. 182 y con las lógicas reservas derivadas de una traducción un tanto libre.
- (12) - MONACO; en AAVV. Commentario breve al Codice penale... cit.; pág. 614.
- (13) - MANZINI; Trattato. VIII...cit.; pág. 865.
- (14) - MANZINI ; ... cit.; pág. 858.
- (15) - Vid. por todos, JORGE BARREIRO; El allanamiento de morada... cit.; pág. 72.
- (16) - Vid. Infra, en este mismo capítulo, apartado C. 3º).
- (17) - Nuestra Jurisprudencia, al igual que la italiana, ha sido muy proclive a sancionar esta conducta como delito de allanamiento de morada. Acertadamente QUINTANO (Tratado. Tomo I. Vol. II...cit.; pág. 978) criticó enérgicamente esta forma de resolver, siendo entonces y hoy su posición minoritaria . El célebre tratadista daba el mismo valor a la voluntad de admisión de la asistente doméstica que a la opuesta del jefe o superior jerárquico (criterio que no compartimos exactamente), de tal forma que el consentimiento, la aquiescencia de aquélla era suficiente para destruir la antijudicialidad de la conducta. Sin embargo, el autor supo desvelar la verdadera razón que guiaba al intérprete en la adopción de semejante solución. Incriminando este tipo de entradas clandestinas se estaba sancionando no la ilicitud

de la entrada en sí misma, sino la inmoralidad del acto que se realizaba en el interior del habitáculo. Se atentaba así a la sacralidad del hogar. Desde luego, el allanamiento de morada no es un delito que proteja la honestidad o la moral sexual; de ahí que se confundiesen perniciosamente los planos del Derecho y de la Moral, obteniendo como resultado una injusta pérdida de la Libertad en favor de valores que quedan fuera del marco jurídico.

- (18) - La solución adoptada es similar a la postulada por la mayoría de la doctrina alemana, si bien el razonamiento anterior es diferente. Vid. supra nota 10.
- (19) - JORGE BARREIRO ; El allanamiento de morada...cit.; págs. 73 y 74 fundamentalmente.
- (20) - JORGE BARREIRO ; El allanamiento de morada...cit.; pág. 75.
- (21) - Coincidimos sustancialmente con JORGE BARREIRO; El allanamiento de morada...cit.; págs. 76 y 77.
- (22) - GROIZARD ; El Código penal de 1870. Tomo V. ...cit.; pág. 665.
- (23) - En similares términos se manifiesta JORGE BARREIRO, si bien en la expresión del bien jurídico las coincidencias no son idénticas. JORGE BARREIRO ; El allanamiento ...cit.; pág. 78.
- (24) - QUINTANO ; Tratado. Tomo I. Vol. II. ...cit.; pág. 979.

- (25) - A título representativo, citamos los siguientes: En la doctrina alemana, SCHALL ; Die Schutzfunktionen der Strafbestimmung gegen den Hausfriedensbruch...cit.;pág. 138. BODENDORF ; Der Hausfriedensbruch...cit.; pág. 42. OSTENDORF ; AK...cit.; pág. 365 rdn. 34. En la doctrina italiana, MONACO en Commentario breve al Codice penale ...cit.; pág. 614. MANZINI ; Trattato. VIII ...cit.; pág. 859. En la doctrina española, QUINTANO ; Tratado Tomo I. Vol. II. ...cit.; pág. 979. JASO ROLDAN en Derecho Penal. Parte Especial,II ...cit.; pág. 319. BUSTOS RAMIREZ ; Manual de Derecho Penal. Parte Especial...cit.; pág. 102. CUELLO CALON ; Derecho Penal. Parte Especial... cit.; pág. 786. MUÑOZ CONDE ; Derecho Penal. Parte Especial. ...cit.; pág. 155. También es cierto que los citados anteriormente no expresan de forma idéntica la razón de la conclusión apuntada en el texto.
- (26) - SHÄFER ; LK ...cit.; pág. 23, (nº: 52 y 53), 24 (nº: 54) y 25 (nº: 56). En términos similares,LENCKNER en Strafgesetzbuch Kommentar...cit.; pág. 997, rdn. 17.
- (27) - Vid por todos. JORGE BARREIRO ; El allanamiento de morada...cit.; pág. 43. En nuestra jurisprudencia, el TS bien expresa bien implícitamente, ha mantenido idéntico criterio desde la jurisprudencia más antigua hasta la más reciente. Esta línea interpretativa se observa, entre otras, en las siguientes: 14 de julio de 1871 (JC nº: 467), 14 de diciembre de 1872 (JC nº: 1402), 6 de

febrero de 1985 (JC nº: 2577), 2 de junio de 1875 (JC nº: 2803), 22 de febrero de 1879 (JC nº: 4759), 19 de octubre de 1883 (JC nº: 7319), 11 de octubre de 1912 (JC nº: 58), 11 de octubre de 1982 (JC nº: 1198) y 7 de febrero de 1987 (CA nº 1214).

(28) - Art. 119 del C.p.:

"A los efectos penales, se reputará autoridad al que por sí solo o como individuo de alguna corporación o tribunal tuviere mando o ejerciese jurisdicción propia.

Se reputarán también autoridades los funcionarios del ministerio fiscal.

Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley, o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas".

- (29) - Señala COBO DEL ROSAL que el concepto legal y doctrinal de funcionario público procedente del Derecho administrativo es mucho más estricto que el proporcionado por el párrafo 3º del art. 119 del Código penal. COBO DEL ROSAL, M.: Examen crítico del párrafo 3º del art. 119 del Código penal español, (Sobre el concepto de "funcionario público" a efectos penales) . RGLJ nº 212 (1962); pág. 237 y ss. El autor pone de manifiesto que, si bien es cierto que en ambas disciplinas se exige la ejecución o participación de la función pública, en materia penal no es necesario que se den las notas de incorporación y permanencia.

- (30) - Así se manifiesta QUERALT JIMENEZ, J.: El concepto penal de funcionario público. CPC nº : 27 (1985). pág. 485. Dicho autor, en oposición al citado en nota anterior, se muestra contrario a admitir al colaborador administrativo como funcionario público en el sentido expresado en el art. 119 del C.p. Significativa en esta problemática la obra de OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: La prevaricación del funcionario público. Madrid 1980; pág. 139 y ss.
- (31) - Señala GRIMA LISANDRA, a estos efectos, que el elemento de la participación es el esencial, siendo el del título, accesorio. GRIMA LISANDRA, V.: El delito de torturas. En preparación.
- (32) - El art. 191, 1º establece:
- "Incurrirán en las penas de suspensión y multa de 100.000 a 200.000 pesetas:
- 1º El funcionario público que, no siendo autoridad judicial, entrare en el domicilio de un súbdito español sin su consentimiento, fuera de los casos permitidos por las leyes ..."
- (33) - De igual forma, pero para el supuesto del delito de detenciones ilegales cometidas por funcionario público, se ha manifestado que: "... la estimación de la condición de funcionario público, solamente será posible si el funcionario de que se trata ostenta un genérico poder de detención, aun cuando, en el caso concreto, se haya extralimitado" VIVES ANTON, T.S.: Detenciones ile-

gales en La detención por VIVES ANTON, T.S. y GIMENO SENDRA, J.V., Barcelona 1977; pág. 54. Pues bien, en materia de inviolabilidad de domicilio puede también ser tenida en cuenta esta consideración.

(34) - OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: Revisión de algunos aspectos de los delitos contra la inviolabilidad del domicilio. ADPCP (1987)...cit.; pág. 324. Similar posición adoptan JORGE BARREIRO ; El allanamiento de morada ...cit.; pág. 94 y CORDOBA RODA, J.: Comentarios al Código penal. Tomo III (arts. 120 - 340 bis.C.) Barcelona 1978; pág. 345.

(35) - CORDOBA RODA ; Comentarios al Código penal. Tomo II,,, cit.; pág. 346. OCTAVIO DE TOLEDO ; op. loc. ult. cit.

(36) - La cuestión, sin embargo, es muy discutida en nuestra doctrina, que se plantea las siguientes soluciones:

a) En el sentido expresado en el texto, CORDOBA RODA ; op. cit. loc. ult. VIVES ANTON en AAVV; Derecho Penal, Parte Especial...cit.; pág. 100, quien entiende que a lo sumo puede existir una sanción disciplinaria.

b) Otra opinión entiende que cuando la autoridad judicial competente entra en el domicilio ajeno en uso ilícito de su competencia, comete (en concurso con prevaricación) el delito del art. 191 del Código penal, quedando exceptuado mentado agente. (en tanto que ha de entenderse autoridad judicial a los efectos de este delito) cuando éste no ejerza su función dentro del ámbito de su competencia. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO; Re-

visión de algunos aspectos...cit.; pág. 324.

c) Otro sector doctrinal piensa que la comisión de la conducta por parte de la autoridad judicial no integra el delito de violación de domicilio sino el de allanamiento de morada. FERRER SAMA, A.: Comentarios al Código penal. Tomo III. Murcia 1948; pág. 143. CUELLO CALON, E.: Derecho Penal. Tomo II. Vol. II... cit.; pág. 100.

d) Por último, otra opinión mantiene que dicho supuesto no puede ser incriminado por vía del art. 191, 1º, pero sí por el art. 194 o 496 del Texto punitivo. JORGE BARREIRO; El allanamiento...cit.; pág. 95. MUÑOZ CONDE : Derecho Penal, Parte Especial ...cit.; pág. 614.

- (37) - Vid. por todos, JORGE BARREIRO : El allanamiento...cit. pág. 97.
- (38) - MIR PUIG, S.: Derecho Penal, Parte General...cit.; pág. 103.
- (39) - COBO - VIVES : Derecho Penal, Parte General...cit.; pág. 251.
- (39bis)- Señala QUINTANO que el elemento típico "morada" constituye el más inmediato objeto material del delito... QUINTANO : Tratado. Tomo I. Vol. II...cit.; pág. 955.
- (40) - MUÑOZ CONDE, F.: Teoría General del Delito. Bogotá 1984. pág. 45.
- (41) - Art. 490: "El particular que entrare en morada..."

Art. 491: "La disposición del artículo anterior no es aplicable al que entra en la morada...".

Art. 10.16: "Ejecutar el hecho... en su morada".

Art. 8,4º: "...Primero. Agresión ilegítima... En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

- (42) - Estos elementos fueron y son señalados por la doctrina italiana y española. Si bien no coinciden los autores totalmente en la diferente significación de cada uno de ellos, es cierto que las opiniones al respecto mantienen pocas divergencias. A título representativo se pueden señalar las siguientes: MANZINI ; Tratatto.VIII ...cit.; págs. 846 y ss. SUAREZ MONTES, R.E.: El delito de allanamiento de morada...cit.; págs. 869 y ss. GARCIA VITORIA, A.: El derecho a la intimidad...cit.; pág. 70. JORGE BARREIRO ; El allanamiento de morada... cit.; pág. 47. Implícitamente admite estos elementos estructurales MAGGIORE ; Derecho Penal. Parte Especial. Vol. IV...cit.; pág. 485. LUCAS VERDU, sin embargo mantiene tres principios en materia de domicilio que se aproximan a los componentes que determinan la noción de morada:
- a) Aspecto material, como prolongación espacial de la personalidad de sus ocupantes.
 - b) Aspecto espiritual, pues al morador ha de guiarle el fin de habitar en la morada como propia.
 - c) Principio de defensa; o facultad que tiene el morador de excluir a terceros.

LUCAS VERDU ; Inviolabilidad de domicilio. NEJ...cit.
págs. 669 y ss.

- (43) - BUSTOS RAMIREZ ; Manual de Derecho Penal, Parte Especial...cit.; pág. 102. Algunos autores, en este sentido han señalado que el concepto de morada, desde el punto de vista físico, se asienta sobre la idea de cerrabilidad del local. Así QUINTANO RIPOLLES, A.; Comentarios al Código Penal. Tomo II. Madrid 1966. pág.358. PELLISE PRATS ; Allanamiento de morada...cit.; pág. 619.
- (44) - QUINTANO RIPOLLES ; Tratado...Tomo I. Vol. II...cit.; pág. 936, donde el autor puntualiza que el sustantivo en cuestión refleja algo más que una mera realidad topográfica y arquitectónica, un valor que la jurisprudencia desde antiguo ha designado santidad del hogar.
- (45) - Existe una norma interpretativa, que si bien es cierto que tiene rango inferior a Ley (y mucho menor, a Ley Orgánica), no menos cierto es que su publicación con anterioridad a la Constitución y la propia interpretación literal derivada del art. 490, son reflejo de la afirmación expresada en el texto. Así el Decreto de 14 de diciembre de 1956 (en materia de campamentos de turismo), declara en su art. 4º: "A todos los efectos, incluso los del art. 490 del Código penal, se estimarán como morada las tiendas de campaña, remolques habitables o construcciones similares. Nadie podrá penetrar en los mismos en ausencia del propietario o sin ser invitado por él".

Esta consideración es aceptada unánimemente por toda la doctrina, especialmente en la R.F. de Alemania. Así, PREISENDANZ ; Strafgesetzbuch...cit.; pág. 464, como representante de esta opinión, a título de ejemplo. En España, entre otros, SUAREZ MONTES ; El delito de allanamiento...cit.; pág. 870. En la doctrina italiana, MANZINI ; Tratatto...cit.; pág. 851.

Igualmente, nuestra jurisprudencia ha manifestado constantemente que el carácter de morada le corresponde también a lugares tan diferentes como coches-remolque, chozas, barracas, casetas, tiendas de campaña, barcos y vagones de tren. Al respecto, puede examinarse la completa recopilación de resoluciones del TS recogida por JORGE BARREIRO ; El allanamiento de morada...cit.; pág. 48 notas 43 a 47, ambas inclusive.

- (46) - Opinión casi unánime entre los autores españoles: JORGE BARREIRO ; El allanamiento...cit.; pág. 49. SUAREZ MONTES ; Op. cit. loc. ult. cit. PELLISE PRATS ; Allanamiento de morada...cit.; pág. 619. MORALES PRATS ; Delitos contra la intimidad; Privacy y reforma penal...cit.; pág. 387. JASO ROLDAN en Derecho Penal. Parte Especial...cit.; pág. 321. MUÑOZ CONDE ; Derecho Penal. Parte Especial...cit.; pág. 154. SAINZ CANTERO ; Derecho Penal. II...cit.; pág. 60. RODRIGUEZ DEVESA ; Derecho Penal Español. Parte Especial...pág. 323. COBO - CARBONELL ; Derecho Penal. Parte Especial...cit.; pág. 730. En Italia, se han de destacar MANZINI ; Tratatto. VIII...cit.; pág. 847; si bien en el país latino la ads-

cripción exclusiva al uso doméstico se predica del término típico "l'abitazione", entendiéndose comprendida la actividad profesional dentro de un "luogo di privata dimora" en los artículos 614 y 615 del Código penal italiano. Así, ANTOLISEI : Manuale di Diritto Penale. Parte Especial...cit.; págs. 177 y 178.

- (47) - SAINZ CANTERO ; Op. cit. loc. ult. cit.
- (48) - JORGE BARREIRO ; El allanamiento de morada...cit.; pág. 49, especialmente nota 55.
- (49) - A este respecto, señalaba MAGGIORE; "El Código derogado amparaba únicamente la habitación (y sus pertenencias), por lo cual la jurisprudencia se veía forzada a ampliar el sentido de este término hasta hacer entrar en él, fuera de los lugares en que se realiza lo que es esencial de la vida doméstica (dormir, comer, etc.), también otros lugares donde permanecemos de ordinario por razones profesionales y genéricas o por ocupaciones deleitables" Derecho Penal, Parte Especial. Vol.IV ...cit.; pág. 483. Este "forzamiento" se produce sin duda en nuestra actual doctrina científica.
- (50) - En el art. 123 del Código penal alemán se hace expresa referencia a los "locales de negocio" y en el 109.3 del Código penal austriaco al "local destinado al ejercicio de una profesión o industria". En el Código penal italiano, en su art. 614 se hace mención del "lugar de permanencia privada", que ha sido interpretado unánimemente por la doctrina italiana como un concepto que com

prende los locales profesionales y otros similares. Por su claridad, que no necesita de traducción alguna, reflejamos esta idea en palabras de ANTOLISEI: "Trattasi di un concetto di genere, comprensivo dello stesso concetto di abitazione e più ampio di questo in quanto idoneo a comprendere ambienti ove non si sviluppa una vera e propria vita doméstica. Tali sono lo studio professionale, il laboratorio commerciale, la camera d'albergo, la cabina di una nave, una biblioteca o un circolo privato, la sede di un partido, ecc." Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale...cit.; pág. 178.

- (51) - QUINTANO RIPOLLES en nuestro país mantiene un concepto estricto de morada, como lugar donde efectivamente se mora, prestando especial atención al hecho de que el local esté destinado a pernoctar. QUINTANO RIPOLLES : Tratado... Tomo I. Vol. II...cit.; pág. 957. Cercanos a esta tesis se encuentran RODRIGUEZ MOURULLO, G.: Comentarios al Código penal. Tomo I. por CORDOBA RODA, J. y RODRIGUEZ MOURULLO, G. Barcelona 1972; pág. 766, MORILLAS CUEVA, L.: El lugar como circunstancia agravante. Boletín de Información del Ministerio de Justicia. nºs. 1293 y 1294 (1982); pág. 14; y BAJO FERNANDEZ : ...delitos contra la libertad y seguridad...cit.; pág. 91 núm. 24.
- (52) - Definición muy reiterada por el TS, recogida en la STS de 23 de septiembre de 1891 (JC nº: 71). En este grupo de resoluciones, el Juzgador ha añadido a la definición

el requisito de la legitimidad: "...cualquiera que sea el título legítimo por virtud del cual se halle disfrutando de la habitación". SSTS de 23 de septiembre de 1891 (JC nº: 71); 11 de diciembre de 1952 (JC nº: 650); y 14 de junio de 1958 (JC nº: 655).

- (53) - STS de 3 de abril de 1883 (JC nº: 7014).
- (54) - SSTS de 5 de octubre de 1974 (JC nº: 1270) y 18 de mayo de 1979 (JC nº: 616), entre muchas otras.
- (55) - SSTS de 11 de abril de 1887 (JC nº: 276) y 7 de febrero de 1889 (JC nº: 123).
- (56) - STS de 18 de abril de 1916 (JC nº: 89).
- (57) - Señala MORALES PRATS como elementos definitorios de la actualidad del uso los siguientes:
 - a) Debe quedar constatada la prolongación espacial de la voluntad del sujeto dirigida a autodeterminarse en esta esfera ("privacy" de la esfera íntima).
 - b) El lugar debe constituir el soporte fáctico en el cual se ostente un dominio del contexto de la acción, que en términos jurídicos, se expresa en facultades de exclusión de terceros.
 - c) La relación individuo ambiente debe ser de tal calidad que constituya una condición ambiental adecuada para el libre desarrollo de la personalidad del individuo.

- MORALES PRATS : "Privacy" y reforma penal...cit.; pág. 587.
- (58) - JORGE BARREIRO; El allanamiento...cit.; pár. 50 y la doctrina que cita el autor en nota 60.
- (59) - Cuestión pacífica en nuestra doctrina. A título representativo, LARRAURI PIJOAN : Allanamiento de morada y el derecho a la vivienda...cit., pág. 298. GARCIA VITORIA : El derecho a la intimidad...cit.; pág. 71. MORILLAS CUEVA (El lugar como circunstancia agravante...cit. pág. 15), sin que expresamente niegue esta posición, entiende que la ausencia debe ser transitoria.
- (60) - SUAREZ MONTES : El delito de allanamiento de morada...cit.; pág. 871.
- (61) - MANZINI : Tratatto.VIII...cit.; pág. 849, y las SSTs citadas en nota 52: "...cualquiera que sea el título legítimo por virtud del cual se halla disfrutando de la habitación".
- (62) - MAGGIORE; Derecho Penal, Parte Especial. Vol. IV...cit.; pág. 486. MANZINI : Tratatto...cit.; pág. 849.
- (63) - MANZINI : Op. cit. loc. ult.
- (63bis)- Pese a que el art. 123 del Código penal alemán distingue expresamente entre la morada y los locales de negocio (entre otros lugares protegidos), la opinión dominante interpreta aquel término de forma un tanto ambigua, como el local o conjunto de locales que unidos e interrelacionados entre sí sirven a una o varias per

sonas de alojamiento, o están destinados a la libre disposición de las mismas. La voluntad dispositiva sobre el espacio físico considerado es, como se ha señalado en el capítulo anterior, nota dominante en la doctrina germánica. Así, son de destacar: RUDOLPHI . SK... cit.; pág. 3. MAURACH - SCHRÖDER ; Strafrecht, BT... cit. pág. 254. OTTO, H.; Grundkurs Strafrecht... cit.; pág. 127. LENCKNER en Strafgesetzbuch Kommentar... cit.; pág. 993. OSTENDORF ; Alternativ Kommentar... cit.; pág. 361. PREISENDANZ ; Strafgesetzbuch... cit.; pág. 464. SHÄFER; LK... cit.; pág. 5.

No obstante, existe alguna opinión que entiende que la morada designa el ámbito local en cuyo interior tiene lugar la vida doméstica. Así, BODENDORF ; Der Hausfriedensbruch... cit.; págs. 22 y ss.

En España, recientemente BAJO FERNANDEZ ha establecido un concepto material de morada, definiendo este término típico como "todo espacio cerrado destinado a desarrollar una vida privada con posibilidades de exclusión de otras personas para el desarrollo de la propia intimidad". BAJO FERNANDEZ ; Manual de Derecho Penal (Parte Especial), Delitos contra la libertad y la seguridad... cit.; pág. 88 núm. 23.

- (64) - JORGE BARREIRO ; El allanamiento... cit.; pág. 46. QUINTANO RIPOLLES ; Tratado. Tomo I. Vol. II.... cit.; pág. 955. RODRIGUEZ DEVESA ; Derecho Penal Español, Parte Especial... cit.; pág. 323, como muestra de lo que es una opinión unánime. En cuanto a la doctrina francesa e

italiana, véase Cap. I, apartado C, 1º), especialmente los autores citados en la nota 73. Los autores citados señalan que el domicilio civil como concepto jurídico funcional en el Derecho privado es mucho más amplio que la definición penal de morada, y por ello, de imposible identificación con la misma.

(65) - Es un ejemplo representativo de esta pacífica opinión la STS de 11 de junio de 1958 (JC nº: 655).

(66) - RODRIGUEZ DEVESA : Derecho Penal Español.P.E...cit.; pág. 793.

(67) - Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 554:

"Se reputarán domicilios para los efectos de los artículos anteriores:

1º. Los Palacios Reales, estén o no habitados por el Monarca al tiempo de la entrada o registro.

2º. El edificio o lugar cerrado, o la parte de él destinada principalmente a la habitación de cualquier español o extranjero residente en España y de su familia.

3º. Los buques nacionales mercantes".

Mantiene esta línea interpretativa autores como JASO ROLDAN : Derecho Penal. Tomo II...cit.; pág. 53 y CUELLO CALON : Derecho Penal. Tomo I. Vol. I...cit.;pág.100.

(68) - Hemos señalado algunos representativos; CORDOBA RODA : Comentarios al Código penal. Tomo III,.cit.; pág. 347. VIVES ANTON : Derecho Penal.Parte Especial...cit.; pág.

101. JORGE BARREIRO : El allanamiento...cit.; pág. 97. Este último autor señala dos importantes observaciones al respecto: 1º). Que el entendimiento de lo que sea domicilio debe de plasmar la finalidad perseguida por el art. 191 del Código penal, que es proteger la inviolabilidad del domicilio como garantía jurídica fundamental del ciudadano. 2º). Que dicha finalidad de la norma penal determina que el domicilio sea el lugar de residencia de una persona.

- (69) - Así lo ha reconocido expresamente el TC en Sentencia 22/1984, de 17 de febrero (FJ nº ; 2). Vid. supra cap. II. Apartado A), 7º.
- (70) - Estimamos oportuno repetir la puntualización de CASAS VALLES (Inviolabilidad domiciliaria y derecho a la intimidad, RJC (1987)...cit.; pág. 193) El autor señala que el concepto constitucional de domicilio abarcaría el civil y el administrativo, y aquellos otros que, sin ser comprendidos por aquellos, entrarían dentro de la protección del art. 18.2 siempre que fuesen locales destinados al desarrollo de la vida privada de sus ocupantes.

También se criticó respecto de esta opinión (que intentaba justificar la posición del Tribunal Constitucional) el hecho de mantener un concepto constitucional de domicilio que puede llegar a caer, en algunos supuestos, incluso en el formalismo de aceptar dentro de esta noción locales en los que ni siquiera se desarrolla un mínimo de vida privada.

(71) - Con ironía desmesurada, señala QUINTANO RIPOLLES: "Muy afortunada en su concisión es la fórmula del allanamiento de morada propuesta por el art. 490; tanto, que hace superfluos a los dos siguientes; al 491, porque existiendo ya en el Código el estado de necesidad existente del núm. 7º, del art. 8º, no hay precisión alguna de la redundancia; y al 492, porque es obvio que los establecimientos públicos abiertos no son moradas". QUINTANO RIPOLLES : Comentarios al Código penal...cit.; pág. 357. El mismo autor, en otra ocasión, manifestó: "Pasando del examen de los lugares privados a los públicos, no habría ocasión quizás de suscitarse problema alguno al carecer de la condición de morada, a no mediar un precepto en el art. 492, que queriendo zanjar el asunto lo complica parte". Tratado. Tomo I. Vol. II...cit.; pág. 959. En cambio, los comentaristas del siglo pasado entendieron que el precepto plasmaba la positivización de un principio lógico. Prueba representativa son las palabras de GROIZARD: "El artículo 506 (actual 492) enuncia una idea, que es consecuencia lógica de cuanto hemos manifestado... El principio es, pues, de evidente justicia; su limitación prudente, y aquél y esta están consignados con la necesaria claridad". GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA : El Código penal de 1870, Tomo V...cit.; pág. 668.

Incluso algún autor recientemente considera acertada la puntualización realizada por el art. 492. QUERALT JIMENEZ: Derecho Penal Español. Parte Especial.VI...cit.; pág. 202, y la famosa STS de 13 de marzo de 1895 (JC nº: 144).

- (72) - JASO ROLDAN en Derecho Penal, Parte Especial...cit.;
pág. 321.
- (73) - CUELLO CALON; Derecho Penal. Tomo II. Vol. II...cit.;
pág. 786. RODRIGUEZ DEVESA; Derecho Penal Español...cit.,
pág. 323.
- (74) - MAS FORNS, S.; Proyección penal de la casa. RGLJ (199)
...cit.; págs. 49 y 50.
Sobre la problemática del derecho de admisión y su re-
gulación reglamentaria, vid. JORGE BARREIRO; El allana-
miento...cit.; pág. 53, especialmente nota 83.
- (75) - En contra de la opinión de MAS FORNS se pronuncian ex-
presamente COBO-CARBONELL ; Derecho Penal, Parte Especial
...cit.; pág. 730. JORGE BARREIRO ; Op. loc. ult. cit.
- (76) - La actividad relacionada con la prostitución ha sufrido
constantes cambios en la regulación jurídica de la
misma (tolerancia, reglamentación, prohibición, etc.)
a lo largo de la historia. El Decreto-Ley de 3 de mar-
zo de 1956, siguiendo las directrices del Convenio de
21 de marzo de 1950, para la represión de trata de blan-
cas y de la explotación de la prostitución ajena (si
bien es cierto que España no se adhirió al mismo hasta
el 18 de junio de 1962), declaró: "tráfico ilícito la
prostitución, prohibiendo en todo el territorio de la
Nación las mancebías y casas de tolerancia", ordenando
además el cierre de éste tipo de establecimientos. En
el Código penal, los delitos relativos a la prostitución
vienen regulados en el Capítulo VI del Título IX del
Libro II.

Con estas medidas legales se ha pretendido perseguir la conducta de sujetos que rodean a la persona que se prostituye, auténticos parásitos que fenestran a la persona y la convierten en un mero objeto con un determinado valor en un mercado sumergido. Las casas de citas, pues, a nivel legal, están prohibidas; pero la realidad de su existencia en la vida cotidiana es innegable. Vid. al respecto, con una minuciosidad exhaustiva, SOBREMONTÉ MARTINEZ, J.E.: Prostitución y Código penal. Valencia, 1983; págs. 12 y 13.

- (77) - PACHECO : El Código penal. Tomo III...cit.; pág. 263.
- (78) - GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA : El Código penal de 1870 Tomo V...cit.; pág. 668. VIADA Y VILASECA : El Código penal reformado de 1870. Tomo III. 4ª edic. Madrid 1890; pág. 307. En cuanto a la jurisprudencia del TS, vid. supra notas 82 y 83.
- (79) - PELLISE PRATS : Allanamiento de morada...cit.; pág. 620. MAS FORNS . Proyección penal de la casa...cit; pág. 50. CUELLO CALON : Derecho Penal. Tomo II. Vol.II ,...cit.; pág. 786. PUIG PEÑA; Derecho Penal, Parte Especial. Tomo IV...cit.; pág. 213.
JORGE BARREIRO; Op. cit.; pág. 54, realiza una brillante exposición doctrinal y jurisprudencial de la problemática, pero no se pronuncia al respecto.
- (80) - Es curioso, pero de un examen personal de toda la jurisprudencia del TS en materia de allanamiento de morada, hemos observado que multitud de allanamientos de morada

tienen su causa en motivaciones de índole sexual.

- (81) - GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA ; El Código penal de 1870. Tomo V...cit.; pág. 670.
- (82) - El Considerando primero de la Sentencia de 13 de marzo de 1895 establece: "que la sentencia reclamada no infringe las disposiciones legales invocadas en el recurso, porque castigándose por el art. 504 (actual 490) del Código penal al particular que con violencia ó intimidación, y contra la voluntad de sus moradores, entra en morada ajena, y comprendiendo este artículo el allanamiento de los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas cuando no se da la excepción señalada en el 506 (actual 492) , ó sea cuando no están abiertas, los procesados recurrentes incurrieron en la responsabilidad que se ha declarado, ya que empeñados en penetrar en la casa de que se trata en hora tardía y cuando su puerta estaba cerrada y no se les abría, la violentaron y abrieron á la fuerza y dentro de la casa amenazaron á las personas que la habitaban y causaron un corto daño; y ...".
- (83) - SSTS de 20 de diciembre de 1904 (JC nº:232), 26 de febrero de 1929 (JC nº: 164) y 26 de julio de 1934 (JC nº: 38). MAS FORNS, sin embargo, se muestra totalmente disconforme con la interpretación del TS fundamentalmente por dos razones: a) porque objetivamente carecen de la nota distintiva de vivienda y b) por la fugacidad de la permanencia en ellas y la ausencia de intención

en los ocupantes en así considerarlas. MAS FORNS ; Proyección penal de la casa...cit.; pág. 50.

- (84) - En contra de estimar morada los casinos, círculos de recreo, sedes de partidos políticos, clubs de socios, etc. se pronunciaron GROIZARD ; El Código penal de 1870. Tomo V...cit.; pág. 670. QUINTANO ; Tratado. Tomo I. Vol. II...cit.; págs. 959 y 960.

A favor de la inclusión, se pronuncian el TS (SSTS de 11 de abril de 1887 y 18 de abril de 1916), JASO ROLDAN; Derecho Penal. Parte Especial...cit.; pág. 322. SAINZ CANTERO; Derecho Penal, II...cit.; pág. 60.

- (85) - Presentamos tan solo un esbozo doctrinal de lo que es opinión doctrinal unánime; En España; JORGE BARREIRO ; El allanamiento...cit.; pág. 52, MORALES PRATS ; Privacy y reforma penal...cit.; pág. 587, QUINTANO ; Tratado Tomo I. Vol. II...cit.; pág. 980. En Alemania; RUDOLPHI ; SK...cit.; pág. 3, BERNSMANN ; Tatbestandsprobleme del Hausfriedensbruch...cit.; págs. 339 y 340, OSTENDORF ; AK...cit.; pág. 321, PREISENDANZ ; Strafgesetzbuch (1978)...cit.; pág. 464, SCHALL ; Die Schutzfunktionen der Strafbestimmung gegen den Hausfriedensbruch...cit.; pág. 141, BODENDORF ; Der Hausfriedensbruch...cit.; pág. 21. En la doctrina italiana; ANTOLISEI ; Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale...cit.; pág. 177, L. MONACO en Commentario breve al Codice penale...cit.; pág. 1004.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en tre otras, SSTS 20 de julio de 1935 (RA nº: 1638) y 14

de junio de 1958 (JC n°: 655).

- (86) - La realización de cualquier actividad privada en un local destinado al desarrollo de la vida doméstica no es elemento suficiente para constituir dicho lugar en morada a efectos del art. 490 del Código penal. Y ello lo ha manifestado claramente el TS en la Sentencia de 5 de octubre de 1974 (JC n°: 1269 bis), quien no consideró morada un piso que solía ser utilizado por una pareja exclusivamente para mantener contactos sexuales. En el Considerando noveno señala: "...estuvo acertada la Audiencia, al absolver del segundo delito de allanamiento de morada acusado, por las dos acusaciones populares, que estaban legitimadas en este caso, por tratarse de piso propio de una persona que la ejercitaba y que accidental y momentáneamente ocupaba el otro accionante, por tratarse de un ático desarrendado, utilizado por su dueño para fines no precisados, ocasionalmente, pues vivía en otro lugar, y que dejaba usar en ocasiones aisladas al señor..., desconociéndose su concreto destino, y no constituyendo hogar o residencia de familia o persona, como dice en sus considerandos la sentencia recurrida, con apreciaciones fácticas, ni satisfaciendo necesidades ordinarias de la vida doméstica, por lo que es de entender, que en el instante de acceder su allanamiento, se encontraba desde momentos antes episódicamente ocupado por el nombrado señor y la esposa adúltera, para realizar su encuentro carnal, durante breves instantes, faltando las condiciones neces-

rias para estimar que este destino ocasional y raudo, constituyese en morada lo que era albergue fugaz e in-moral de dos personas, no pudiendo ampararse dentro de tal concepto y norma, dado el criterio de interpretación estricta a adoptar...".

- (87) - QUINTANO, curiosamente, muestra sus dudas en cuanto a la consideración de morada de los lugares señalados, atendiendo fundamentalmente a la accidentalidad del lugar, y sobre todo, su condición de públicos. (Tratado Tomo I. Vol. II...cit.; pág. 958).

En cuanto a la accidentalidad, no se entiende muy bien como el ilustre tratadista acepta las habitaciones de hoteles como posibles moradas y luego su elemento definitorio, la perentoriedad de la estancia, se utiliza como objeción para enjuiciar supuestos similares.

En cuanto al carácter de públicos, esta afirmación puede predicarse en el sentido de expresar que cualquier persona pagando su utilización (en los casos correspondientes) puede hacer uso de los mismos, pero ello no impide la estricta consideración de privado que adquiere el área físicamente delimitada cuando el usuario toma en posesión el ~~cam~~rote o cochecama en cuestión.

- (87bis) - GROIZARD ; El Código penal de 1870. Tomo V...cit. pág. 658.

- (88) - JASO ROLDAN ; Derecho Penal, Parte Especial. (Tomo II).. cit.; pág. 320.

Aceptan esta objeción PELLISE PRATS ; Allanamiento...

cit.; pág. 619. LARRAURI PIJUAN : Allanamiento de morada y el derecho a la vivienda...cit.; pág. 297.

- (89) - CASTRO DE OROZCO, A. y ORTIZ DE ZUÑIGA, M.: Código penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones. Tomo II. Granada, 1848; pág. 417. VIZMANOS, T.M. y ALVAREZ MARTINEZ, C.: Comentarios al Código penal. Tomo II. Madrid, 1848; pág. 407.
- (90) - PACHECHO : El Código penal concordado y comentado. Tomo III, 3ª edición. Madrid, 1867.
- (91) - Al respecto, BORJA JIMENEZ, E.: Algunos aspectos críticos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el robo en casa habitada. Poder Judicial. 2ª época nº 6 (1987); pág. 112.
- (92) - RODRIGUEZ DEVESA, J.M. en Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial, por ANTON ONECA, J. y RODRIGUEZ MUÑOZ, J. A. Madrid, 1949; pág. 389.
- (93) - Argumento utilizado por GROIZARD Y OMEZ DE LA SERNA; El Código penal de 1870. Tomo VO. Salamanca, 1896; pág. 202 y QUINTANO RIPOLLES, A.; Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. Tomo II. 2ª edición revisada y puesta al día por GARCIA VALDES, C. Madrid 1977; pág. 330.
- (94) - El art. 508 señala:
- "Se considera casa habitada todo albergue que constituyere la morada de una o más personas, aunque se encontraren accidentalmente ausentes de ella

cuando el robo tuviere lugar.

Se consideran dependencias de casa habitada o de edificio público destinado al culto sus patios, corrales, bodegas, graneros, pajares, coheras, cuadras y demás departamentos o sitios cerrados y contiguos al edificio y en comunicación interior con el mismo, y con el cual formen un solo todo.

No están comprendidas en el párrafo anterior las huertas o demás terrenos destinados al cultivo o a la producción, aunque estén cercados, contiguos al edificio y en comunicación interior con el mismo".

- (95) - El TS también se ha manifestado en multitud de ocasiones en favor de esta "ratio". A título de ejemplo se señalan las siguientes sentencias: 27 de junio de 1963 (JC nº: 982), 16 de junio de 1969 (JC nº: 1348) y 9 de octubre del mismo año (JC nº: 1734).
- (96) - RUIZ ANTON, L.F.: Los robos con fuerza en las cosas: nuevos módulos para determinar la pena. Comentarios a la legislación penal. Tomo V. Vol. II. Madrid, 1985; pág. 1114. Para el autor, las dependencias de casa habitada, al igual que esta misma, participan de un fundamento cercano a la santidad del hogar más que al peligro personal.
- El Tribunal Supremo ha considerado este fundamento en alguna sentencia aislada, tal como en la de 16 de Noviembre de 1960 (JC nº: 917) y la de 16 de mayo de

1962 (JC n° 523), si bien en la mayoría de sus fallos en que menciona este parecer, acompaña en primer lugar aquél que hacía referencia al peligro para las personas de los moradores.

- (97) - GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA : El Código penal de 1870. Tomo V; pág. 659.
- (98) - Curioso el argumento derivado de JASO ROLDAN. El autor se muestra contrario en admitir la equiparación del término morada del art. 490 con el de casa habitada, del art. 508, entre otras razones: "Porque de aceptarse habría lógicamente que afirmar que las dependencias de casa habitada no pueden incluirse en el concepto legal, de morada, puesto que para que hayan podido ser parificadas en orden a la protección en el caso del robo, han tenido que ser específicamente incluidas : "en casa habitada... o en alguna de sus dependencias" (art. 506, n° 2°)" (JASO ROLDAN : Derecho Penal. Tomo II... cit.; pág. 320). Como salta a primera vista, el error del razonamiento es notable; se niega a toda costa incluso la posibilidad de que las dependencias caigan fuera de la protección del art. 490 (sin justificación alguna) y luego se utiliza este presupuesto, cuan axioma indemostrable, para negar la paridad de concepto. No se puede aceptar las reglas de la Dogmática penal, de un lado, y basar el razonamiento jurídico-penal en las consecuencias jurídicas examinadas previamente, de otro. La doctrina mayoritaria en nuestro país se muestra par-

tidaria de considerar allanamiento de morada la entrada o permanencia ilícita en las dependencias de la morada ajena. PELLISE PRATS; Allanamiento...cit.; pág. 619. SUAREZ MONTES . El delito de allanamiento...cit.; págs. 871 y ss. MORALES PRATS ; Privacy y reforma penal ...cit.; pág. 587. MUÑOZ CONDE ; Derecho Penal. Parte Especial...cit.; pág. 154. JORGE BARREIRO . El allanamiento...cit.; pág. 57 aunque el autor admite que el legislador debiese de adoptar una fórmula más clarificadora.

(99) - Dice así ese párrafo 1º del art. 8.4º:

"Art. 8º. Están exentos de responsabilidad criminal.

...4º. El que obre en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

1º. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes; en caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

(El subrayado es nuestro).

(100) - En este sentido se pronunció por primera vez SUAREZ MONTES (El delito de allanamiento de morada...cit.; pág. 872).

- (101) - En alguna ocasión, y puede que aun inconscientemente, el TS ha rechazado ciertos lugares como idóneos para constituir el objeto material del delito que venimos examinando. De ahí que se negase el carácter delictivo de la entrada ilícita en un patio en las SSTA de 3 de abril de 1883 y 2 de abril de 1884 (JC nºs.: 7014 y 7867 respectivamente) o en un zaguán en la STS de 28 de octubre de 1887 (JC nº: 270).
- (102) - Este parecer es compartido por QUINTANO RIPOLLES ; Tra-
tado. Tomo I. Vol.II...cit.,; pág. 856. RODRIGUEZ MOURU-
LLO ; Comentarios al Código penal...cit.; pág. 766 y
MORILLAS CUEVA ; El lugar como circunstancia agravante
...cit.; pág. 16.
- (103) - Así, el Código penal portugués establecido por Decreto-
Ley nº 400/82, de 23 de septiembre, en su art. 177, ru-
bricado bajo el título de "introducción en lugar veda-
do al público" se castiga a quien entra o permanece con
tra la voluntad de quien tiene derecho a impedirlo en
patios, jardines o espacios vedados anexos a una habi-
tación, barcos u otros medios de transporte, lugares
vedados o destinados a un servicio o empresa pública,
a un servicio de transporte o al ejercicio de profesión
o actividades o en cualquier otro lugar reservado o no
accesible libremente al público.
- El art. 186 del Código penal suizo castiga de igual for-
ma a quien, contra la voluntad del titular, entra ilí-
citamente o permanece en una vivienda, en un espacio
cerrado (o aislado) de una casa o en un lugar, campo,

o jardín cercado, perteneciente a una casa de forma contigua, o en un garaje.

Semejante fórmula utiliza el Código penal austríaco, el cual incrimina la conducta consistente en entrar por determinados medios (con violencia y/o amenazas, con armas, en cuadrilla, etc.), entre otros lugares, en aquél que pertenece al edificio y que se halla comunicado y contiguo a él de forma directa (art. 109, párrafo 3º). Por último, señalar que el Código penal italiano hace expresa referencia a las dependencias de la habitación o de la estancia privada en su art. 614.

(103bis)- MAGALDI, M.J.: La legítima defensa en la jurisprudencia española. Análisis de los apartados 4º, 5º y 6º del art. 8º del Código penal. Barcelona, 1966. págs. 98 y 99. Mantiene esta autora que en el supuesto de allanamiento de morada pasivo, por exigencias legales, no cabe la legítima defensa. En tal caso, considera ésta, no quedaría otra solución que invocar la eximente 11 del art. 8º "en la que se reconoce la adecuación a derecho de la conducta de aquél que actúa en el ejercicio legítimo de un derecho, en este caso, de un derecho legítimo reconocido en las leyes fundamentales de salvaguardar su propia intimidad".

Para otro importante monografista en tema de legítima defensa, la eximente no alcanzaría a la modalidad omisiva y además ello estaría, según el autor, justificando porque dicha acción no supone un ataque tan grave como la entrada indebida. En tal supuesto se opta por

la aplicación del estado de necesidad. LUZON PEÑA, D. M.: Aspectos esenciales de la legítima defensa. Barcelona, 1978; págs. 491 y 492.

Olvidan ambos autores, que si la agresión en cuestión solo deriva de un delito de allanamiento de morada, no se explica entonces, tal y como se señala en el texto, la idéntica equiparación punitiva y valorativa que realiza el art. 490 respecto de las dos modalidades de conducta, bien sea la entrada indebida, bien sea la permanencia contra la voluntad del morador. Y ello nos indica que la defensa de la morada puede admitir como polo opuesto en la agresión ataques diferentes del delito de allanamiento de morada.

- (104) - Es este también el principal argumento que recoge la única sentencia del Tribunal Supremo que rompe con su doctrina tradicional de extender las dependencias el concepto de morada. Resaltar que, como en tantas otras ocasiones de ruptura en la homogeneidad interpretativa jurisprudencial, el ponente era el propio QUINTANO RIPO LLES. Por su gran interés transcribimos literalmente algunos párrafos de la citada resolución de 13 de noviembre de 1961 (JC nº: 1068), CDO. primero: "... no es procedente acoger indiscriminadamente la tesis sostenida por el fiscal en el único motivo de su recurso lo que equivaldría a una extensión desmesurada del término "morada" en perjuicio del reo, vedada a la hermenéutica penal, puesto que ni el portal ni las escaleras de un inmueble de vecindad pueden ser incluibles en dicho con

cepto que tanto en el orden jurídico como en el vulgar es reservado al ámbito estricto del hogar donde efectivamente se mora, y las extensiones que a veces se han admitido por alguna jurisprudencia que en el recurso se cita, lo fueron respecto a dependencias que formaban un todo con el domicilio y destinadas al servicio interno y exclusivo de él, tales como corrales o patios, no a lugares de uso común para moradores y extraños cuales son portales y escaleras, cuyo acceso es libre incluso durante la noche, pues si se cierran ordinariamente las puertas es más bien por razones de seguridad que por las ideales de signo de hogar que los accesos a la morada ostentan, estén o no cerrados efectivamente, constituyendo el forzamiento de aquellas un mero comienzo de ejecución que no alcanzó el rango de consumada como rectamente entendió el Tribunal sentenciador".

- (105) - JORGE BARREIRO (El allanamiento...cit.; pág.57) señala que en todo caso se podrá apreciar la existencia de moradas en tales dependencias analizando cada caso en concreto y teniendo en cuenta que estos lugares deben formar parte (como un todo con la morada) de la esfera privada de la víctima.

Esta misma pauta de examinar en concreto cada dependencia, pero esta vez atendiendo a si en efecto se llevan a cabo en él diferentes procesos funcionales (descarga de tensiones y auto-representación personal) sigue SCHALL : Dis Schutzfunktionen der Strafbestimmung

gegen den Hausfriedensbruch...cit.; pág. 136.

BODENDORF, utiliza otro criterio para la distinción de aquellas dependencias que forman parte del ámbito de la morada con las que quedan fuera de esta noción.

Según dicho autor, para que un local que sea una dependencia de una vivienda (nebenraum) pueda ser incluido dentro de la esfera de protección de la ley penal, debe satisfacer dicho espacio dos requisitos: En primer lugar, el espacio físico debe estar destinado a fines domésticos y; en segundo lugar, debe guardar una estrecha relación local con la vivienda, y esta estrecha relación local se produce en todo caso si la dependencia se halla bajo el mismo techo que la vivienda.

Claro está, que si no se cumplen estos requisitos, la entrada o permanencia ilícita en estos espacios físicos siempre estaría incriminada bajo el término típico del art. 123 "pacífica posesión" (befriedetes Besitztum), esto es, un espacio cercado que exterioriza la voluntad de su titular de excluir de la superficie delimitada a personas extrañas. BODENDORF ; Der Hausfriedensbruch. Sein Rechtsgut und Tatbestand in neuerer Entwicklung...cit.; pág. 23.

Similar posición ostenta RUDOLPHI en Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch...cit.; pág. 3

- (106) - Pacífica opinión. En España, entre otros LARRAURI PIJOAN ; Allanamiento de morada y el derecho a la vivienda. CPC nº 23 (1984); págs. 296 y 297. JORGE BARREIRO ;

El allanamiento de morada...cit.; pág. 58. HUERTA TO-
CILDO, S.: Protección penal del patrimonio inmobiliario.
Madrid, 1980; pág. 97.

(107) - HUERTA TOCILDO : Op. loc. cit.

(108) - Art. 517 del C.p.:

"Al que con violencia o intimidación en las per-
sonas ocupare una cosa inmueble o usurpare un de-
recho real de ajena pertenencia se impondrá, ade-
más de las penas en que incurriere por las violen-
cias que causare, una multa del cincuenta al cien
por ciento de la utilidad que haya reportado, sin
que pueda bajar de 100.000 pesetas.

Si la utilidad no fuere estimable, se impon-
drá la multa de 100.000 a 200.000 pesetas."

(109) - El art. 496 dispone:

"El que sin estar legítimamente autorizado impi-
diere a otro con violencia hacer lo que la Ley no
prohibe o le compeliere a efectuar lo que no quie-
ra, sea justo o injusto, será castigado con las
penas de arresto mayor y multa de 100.000 a
1.000.000 de pesetas."

(110) - JORGE BARREIRO : El allanamiento...cit.: pág. 59, sin
embargo el autor citado no descarta la posibilidad de
que la ocupación de viviendas deshabitadas pueda ser
calificada, si cumple las exigencias de los respecti-
vos tipos, como delito de usurpación o coacciones.

(111) - Señala MIR PUIG que: "En el Estado social y democráti-

co de Derecho del que arranca nuestro sistema político y, por tanto, jurídico, la pena ha de cumplir una misión (política) de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes de los ciudadanos. Ello supone la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos que atenten a estos bienes, y no basar su cometido en una hipotética necesidad ético-jurídica de no dejar sin respuesta, sin retribución, la infracción del orden jurídico".MIR PUIG, S.: Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, Barcelona, 1979: pár. 25.

(el subrayado es nuestro).

- (112) - La inclusión de la fuerza en las cosas dentro del concepto de violencia en el delito de coacciones es rechazada casi unánimemente por nuestra doctrina científica, si bien la Jurisprudencia del Tribunal Supremo la admite con mayor facilidad. Sobre esta cuestión se puede examinar, por todos, el interesante trabajo de MIRA BENAVENT, J.: El concepto de violencia en el delito de coacciones. CPC nº 22 (1984), especialmente, pág. 162.
- (113) - En el Ordenamiento jurídico italiano viene recogida expresamente la incriminación de esta conducta en el art. 633 del Código penal, donde se castiga a quien invade arbitrariamente terreno o edificio ajeno, público o privado con el fin de ocuparlo o de obtener cualquier otro provecho.

El Código penal alemán presenta mayores problemas en la definición de la actuación de ocupación de viviendas, pues el problema social está bastante acentuado y la posible calificación de dicha actividad dentro del delito de allanamiento de morada no es totalmente rechazable. Véase, por todos, SCHALL, H.: Hausbesetzungen im Lichte der Auslegung des par. 123 StGB. NSTZ nº 95 (1983) págs. 24 y ss.

(114) - En este sentido se expresan JORGE BARREIRO : El allanamiento de morada...cit.; pág. 60. MORALES PRATS; La tutela...cit.; pág. 165.

(115) - El art. 615 bis. del C.p. italiano, rubricado bajo el título "interferencia ilícita en la vida privada" castiga la conducta de apropiamiento indebido de imágenes y datos concernientes a la vida privada de las personas a través de instrumentos de reproducción visual o sonora.

El art. 179 del C.p. portugués, rubricado bajo el título de "grabaciones y fotografías ilícitas" establece una forma distinta de tipificación respecto al anterior, pues tras establecer que la conducta se ha de llevar a cabo sin justa causa y sin consentimiento de quien tiene derecho para otorgarlo, establece casuísticamente los supuestos a inculpar (grabar palabras de otro no dirigidas al público; utilizar o dejar utilizar las grabaciones; fotografiar, filmar o registrar aspectos de la vida particular de otro; utilizar o permitir que se utilicen esos materiales). El art. 180 del mismo

texto incrimina conductas relacionadas con la intercepción de conversaciones y comunicaciones particulares, así como otras actividades de intromisión parejas.

Esta misma forma casuística emplea el Code francés en sus arts. 368 a 372, introducidos por la famosa ley nº 70-643 de 17 de julio de 1970 en su art. 23.

Sobre esta problemática se puede ver especialmente y con gran abundancia de datos a JORGE BARREIRO ; El allanamiento...cit.; págs. 60 y 61.

En la doctrina extranjera los siguientes: NERSON, R.; La protección de la vie privée en droit positive français. Der. int. der. comp. (1971) págs. 739 y ss.

ZAGNONI ; Sulla tutela penale del diritto alla riservatezza. Rivista italiana di diritto e procedura penale (1982); págs. 978 y ss. BRICOLA ; Prospettive e limiti della tutela penale alla riservatezza. Rivista italiana di diritto e procedura penale (1967) págs. 1079 y ss.

En cuanto a la regulación en el Código penal portugués, puede examinarse los recientes comentarios a los arts. 179, 180 del texto de 1982; GONÇALVES, M.M.; Código penal portugués. 4ª edic. Coimbra, 1988; págs. 426 y ss. y PEREIRA, V.; Código penal. Lisboa, 1987; págs. 230 y ss.

- (116) - Salvo GARCIA VITORIA (El derecho a la intimidad...cit. pág. 75) quien incomprensiblemente aboga en favor de la destipificación del delito de allanamiento de morada, acudiendo en sustitución al siempre omnicomprensivo delito de coacciones. Sin duda alguna la autora ol-

vida una laguna importante que podría quedar de admitirse su propuesta; el supuesto de ausencia del morador que en la mayoría de los casos implicaría una modalidad delictiva no violenta, y por lo tanto, no recogida en la figura típica del art. 496 del Código penal. Por otro lado la razón que apunta GARCIA VITORIA sobre la escasa incidencia del delito en la práctica, se cae por su propio peso. Una simple ojeada a los repertorios de jurisprudencia harían cambiar de opinión a dicha autora.

- (117) - Opinión pacífica entre nuestros autores ; RODRIGUEZ DEVESA ; Derecho Penal Español. Parte Especial...cit.; pág. 324, QUINTANO RIPOLLES ; Tratado. Tomo I. Vol. II cit.; pág. 973. SUAREZ MONTES ; El delito de allanamiento...cit.; pág. 875. JASO ROLDAN ; ...Parte Especial... cit.; pág. 322. PELLISE PRATS ; Allanamiento...cit.; pág.; 618. CUELLO CALON ; Derecho Penal. Tomo II. Vol. II...cit.; pág. 784. BAJO FERNANDEZ ; ... Delitos contra la libertad y seguridad ...cit.; pág. 87 núm. 19. Unicamente COBO - CARBONELL (Derecho Penal, Parte Especial...cit.; pág. 731) mantienen en nuestro país que no es necesario entrar totalmente, pues con el ingreso parcial ya se viola la intimidad del morador.
- (118) - ANTOLISEI ; Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale.. cit.; pág. 179. MANZINI ; Tratatto. Vol. VIII...cit.; pág. 866. MONACO ; Commentario breve al Codice penale.. cit.; pág. 614. MAGGIORE ; Derecho Penal. Parte Especial. Vol IV...cit.; pág. 484.
- Sin embargo, mantiene la posición contraria por el ar-

gumento que hemos señalado anteriormente, SINISCALCO ; Domicilio (violazione di)...cit.; pág. 875.

- (119) - Esta posición es unánime en la RF de Alemania. A título de ejemplo mencionamos a BODENDORF ; Der Hausfriedensbruch...cit.; pág. 52. WELZEL ; Das Deutsche Strafrecht. 11ª ed. ...cit.; págs. 323 y 324.
Crítico con esta solución BERNSMANN ; Tatbestandsprobleme des Hausfriedensbruchs...cit.; pág. 340.
- (120) - Opinión muy extendida en la doctrina germánica. Así, OSTENDORF ; Alternativkommentare...cit.; pág. 363, rdn. 26. PREISENDANZ ; Strafgesetzbuch (1978)...cit.; pág. 466. SCHÄFER ; Leipziger Kommentar...cit.; pág. 11 (rdn. 4). LENCKNER en Strafgesetzbuchkommentar...cit.; pág. 997 rdn. 14.
- (121) - Son partidarios de esta calificación; LENCKNER en Strafgesetzbuchkommentar...cit.; pág. 997, rdn. 15. WESSELS ; Strafrecht - Besonderer Teil-1 (1987)...cit.; pág. 118. SCHÄFER ; LK... cit.; pág. 12 rdn. 29. DREHER-TRÖNDLE ; Strafgesetzbuch (1986); pág. 717. JANISZWESKY, U.; Eindringen durch Unterlassen? Juristische Arbeitsblätter (1985) pág. 572. BODENDORF ; Der Hausfriedensbruch...cit.; pág. 60.
- (122) - Establece el art. 123 del StGB, en su modalidad pasiva: "...oder wer, wenn er ohne Befugnis darin verweilt, auf die Aufforderung des Berechtigten sich nicht entfernt." (o quien allí permanece sin permiso y sin marcharse tras el requerimiento del titular)".

- (123) - Una exposición sobre el estado actual de la doctrina en Alemania puede verse en BERNSMANN : Tatbestandsprobleme des Hausfriedensbruchs...pág. 404.
- (124) - STOIBER : Der Hausfriedensbruch im Lichte aktueller Probleme...cit.; pág. 116.
- (125) - El StGB en su art. 13 regula expresamente la comisión por omisión, y en dicho precepto se hace referencia a la evitación "de un resultado" (...einen Erfolg abzuwenden). Nuestro sistema legal carece de una regulación expresa de la comisión por omisión y ello plantea notables problemas en relación con la aplicación del principio de legalidad, aunque algún autor manifiesta su disconformidad de mantener una cláusula general semejante al art. 13 del StGB, prefiriendo "las cláusulas múltiples con expresión de las posiciones de garantía" HUERTA TOCILDO, S.: Problemas fundamentales de los delitos de omisión. Madrid, 1987; pág. 186.
- (126) - A diferencia de otros verbos típicos, "entrar" limita las posibles formas de llevar a cabo la perpetración del delito. En otros verbos típicos, como el que designa la acción en el art. 407 ("matar"), los medios comisivos no están predeterminados, de ahí que se den ya los presupuestos legales básicos para poder admitir la comisión por omisión. La estructura lógica del vocablo básico del comportamiento típico implica, como tantas veces se ha repetido, ese necesario desplazamiento que por su propio dinamismo en ningún caso puede admitir un no hacer.

Esta objeción se ha planteado, aún por un sector minoritario, en la RF de Alemania. Así, HERZBERG, R.D.: Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip. Berlín, 1972; pág. 31. STOIBER : Der Hausfriedensbruch im Lichte...cit.; pág. 118. OSTENDORF : AK...cit.; pág. 363 rdn. 27.

- (127) - BERNSMANN : Tatbestandsprobleme des Hausfriedensbruch.. cit.; pág. 405. RUDOLPHI : SK...cit.; pág. 6 rdn. 22.2, si bien este último autor admite una comisión por omisión en el supuesto de que alguien tenga la obligación de impedir el acceso público a un determinado local, y sin embargo, permite éste la entrada prohibida a un tercero.
- (128) - El Tribunal Supremo alemán ha admitido en más de una ocasión esta tesis. Así, en la sentencia nº 63, de 14 de diciembre de 1966 (tomo 21 de la Colección Oficial, pág. 225) señala: "...El primer tipo puede ser también satisfecho por omisión (delito de omisión impropia) si el autor, que en la entrada ilícita no actuó culpablemente, toma conciencia con posterioridad a dicha entrada ilícita y permanece en el lugar no obstante...".
- (129) - Admite expresamente que existe esta laguna en el art. 123 del Código penal alemán ARMKNECHT : Hausfriedensbruch. Eine Strafrechtliche und Kriminologische Studie über die par. 123, 124, 342 StGB...cit.; pág. 89.
- (130) - STOIBER : Der Hausfriedensbruch...cit.; pág. 119.

- (131) - GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA : El Código penal de 1870
Tomo V...cit.; pág. 665. Esta misma crítica la había
realizado con anterioridad respecto del artículo 184
del Código penal francés GARRAUD, quien señaló: "...
el hecho de mantenerse pese a la oposición de aquél
no constituye un delito. Esta solución, que viene de-
terminada por el estado actual del texto, no nos pare-
ce razonable, porque el segundo hecho supone, como el
primero, un atentado de igual naturaleza, a la indepen-
dencia y tranquilidad del ciudadano en su morada".
Traite theorique et pratique du Droit Pénal Francais.
Tomo IV. 2ª edic. París, 1900; págs. 105 y 106, nº 1204.
- (132) - El mentado autor se mostró contrario a la equiparación
legal de las modalidades activa y pasiva aun antes de
la reforma de 1952, porque entendía que los bienes jurí-
dicos tutelados en una y otra eran diferentes (Comenta-
rios al Código penal. Vol. II...cit.; pág. 358). En otras
ocasiones daba a entender que dicha conducta podría
quedar cubierta por el delito de coacciones (Curso de
Derecho Penal...cit.; pág. 123, Tratado. Tomo I. Vol.
II...cit.; pág. 972).
- El Tribunal Supremo en la Sentencia de 16 de abril de
1951 (JC nº 195) en un supuesto de modalidad omisiva,
para integrar la laguna legal entendió que la entrada
no habría sido permitida de conocerse las circunstan-
cias del caso. Presumiendo, pues, la voluntad contra-
ria de la primera modalidad.
- (133) - SUAREZ MONTES : El delito de allanamiento...cit.; pág.

817. COBO - CARBONELL : Derecho Penal. Parte Especial..
pág. 731. JORGE BARREIRO : El allanamiento de morada..
cit.; pág. 62. MUÑOZ CONDE : Derecho Penal. Parte Es-
pecial...cit.; pág. 154. CUELLO CALON : Derecho Penal.
Tomo II. Vol. II...cit.;. SAINZ CANTERO : Derecho Pe-
nal.II...cit.; pág. 61. BUSTOS RAMIREZ : Manual de De-
recho Penal. Parte Especial...cit.; pág. 902. QUERALT
JIMENEZ : Parte Especial. Vol. I...cit.; pág. 200.

- (134) - Como actividad de agotamiento de la conducta activa es considerada esta alternativa por BUSTOS RAMIREZ ; Op. loc. cit.).

El Tribunal Supremo, en las poquísimas ocasiones que ha aplicado el allanamiento pasivo, ha actuado en la práctica interpretando el verbo típico "mantenerse" de forma subsidiaria en sentido también procesal, esto es, cuando no había pruebas suficientes para demostrar que en los hechos probados la entrada fué ilícita, pero constando sin embargo que hubo oposición del morador a la permanencia del particular. Esta forma de aplicación del delito fué utilizada en las resoluciones de 18 de mayo de 1968 (JC nº: 791), 27 de enero de 1975 (JC nº: 101) y 8 de marzo de 1979 (JC nº: 278).

- (135) - Respecto del Código penal alemán, ya se han ido apuntando las correspondientes críticas a lo largo del presente apartado. El Código penal italiano presenta el inconveniente de que exige típicamente que en el comportamiento omisivo la permanencia se lleve a cabo contra la voluntad expresa de quien tiene el derecho de exclusión.

Con el adjetivo "expresa", el texto italiano presenta los mismos problemas que el germánico para poder incriminar una conducta como la que señalábamos cuando examinábamos el problema de la entrada por omisión, pues exige que el titular se dirija o haya dirigido con anterioridad directamente al intruso, que es el gran defecto que presenta el StGB con la determinación legal del requerimiento del titular.

- (136) - En contra de la totalidad de la doctrina española, especialmente JORGE BARREIRO propone que se formule una descripción típica diferenciada siguiendo el modelo de otros países como el C.p. suizo, italiano o portugués, donde se exige que esta conducta se lleve a cabo contra la voluntad expresa o inequívoca del morador (El allanamiento de morada...cit.; pág. 64). Bajo nuestro particular punto de vista, es éste precisamente un gran defecto de estos Códigos; y, al contrario, el nuestro se presenta en este aspecto como modelo a seguir.
- (137) - RODRIGUEZ DEVESA ; Derecho Penal Español. Parte Especial...cit.; pág. 325. Acepta esta interpretación BAJO FERNANDEZ ; ...Delitos contra la libertad y la seguridad...cit.; pág. 87 núm. 20.
- (138) - Recordemos la declaración señalada en esta ley:
- "Asimismo se hace preciso recoger en tal modificación la fórmula más adecuada para orillar las dificultades de una interpretación extensiva repudiada por la Ley Penal y que pudiera dar lugar a que, en los casos de permanencia en la morada

contra la voluntad del propietario de los que se hallaren vinculados con él por alguna relación jurídica, se pretendieran deducir de una mera cuestión de carácter civil las graves consecuencias de una responsabilidad penal".

Preámbulo de la Ley de 7 de abril de 1952.

- (139) - Aunque no lo hemos señalado expresamente, la segunda alternativa del art. 490 es entendida por toda la doctrina como un delito de omisión propia, si bien algún autor ha señalado que es una forma de comportamiento positivo puesto que cumple el tipo de forma idéntica que la conducta activa en la lesión del bien jurídico protegido. SILVA SANCHEZ, J.M.: El delito de omisión, concepto y sistema. Barcelona, 1986; págs. 354 y 355.
- (140) - El examen de los tipos de voluntad que son relevantes para el Derecho penal no acaba, como es lógico, en esta clasificación. Se puede hablar también de la voluntad real e hipotética, viciada y "sana", permisiva e impeditiva, especial y general, etc. Sin rechazar alguno de estos conceptos, nuestro análisis se centra principalmente en los tipos señalados en el texto.
- (141) - En sentido similar se manifiesta BOHNERT, J.: Die Willensbarriere als Tatbestandsmerkmal des Hausfriedensbruchs. Goldammer's Archiv für Strafrecht (1983) pág. 6.
- (142) - Así se expresa ANTOLISEI : Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale...cit.; pág. 179.

- (143) - Como hemos señalado en el texto, no nos encontramos ante diferentes tipos de voluntad sino ante diferentes formas de manifestación del acto volitivo. En este sentido se expresaba BATTAGLINI, E.: La manifestazione tacita di volontà contraria a la introduzione nella abitazione, da parte del titolare dello "ius proibendi", nel reato di violazione di domicilio. La Giustizia Penale n° 39 II (1933); pág. 489.
- (144) - BATTAGLINI ; La manifestazione tacita di volontà...cit, pág. 490.
- (145) - ANTOLISEI ; Op. loc. ..cit.; pág. 180.
- (146) - MANZINI ; Trattato.Vol. VIII...cit.; pág. 869.
- (147) - En términos similares, BATTAGLINI, E.: Ancora sulla manifestazione tacita di volontà da parte del titolare "dell'ius prohibendi" nell reato di violazione di domicilio. Giustizia Penale n° 55, II (1950): pág. 1102. Señalaba MAGGIORE (Derecho Penal, Parte Especial. Vol. IV...cit.; pág. 487) que: "se tiene manifestación expresa de la voluntad cuando esta se confía a medios sensibles que, por el uso de la vida cotidiana o por acuerdo entre las partes, están destinados a revelar la determinación interna del sujeto, como el lenguaje hablado, escrito, mímico, etc. En cambio, la manifestación es tácita cuando resulta de facta concludentia, o sea de una conducta unívoca, comisiva u omisiva (como el silencio), incompatible con una voluntad contraria. En este caso, por no estar los hechos destinados por sí mismos a expresar la voluntad, ésta tiene que ser inducida o dedu

cida del comportamiento específico, y si es el caso, de toda la personalidad moral y social del titular". SUAREZ MONTES (El delito de allanamiento de morada... cit.; pág. 881) se adhiere a esta definición.

- (148) - DE CASTRO Y OROZCO, J. y ORTIZ DE ZUÑIGA, M.: Código penal explicado, Tomo II. Granada, 1848; pág. 593. PACHECO, J.F.: El Código penal. Concordado y comentado. Tomo III, 2ª edic. Madrid, 1856; pág. 261.
- Un interesante análisis histórico-legislativo llevan a cabo SUAREZ MONTES : El delito de allanamiento...cit. págs. 778 a 780. JORGE BARREIRO; El allanamiento de morada...cit.; págs. 64 y 65.
- (149) - VIADA Y VILASECA : Código penal reformado de 1870. Tomo III. 4ª edic. Madrid, 1890; pág. 294. Entendía el autor que el Código empleaba la preposición "contra" y no esta otra de "sin".
- (150) - Sin embargo, otro comentarista de gran prestigio, GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, daba igual valor a una y a otra (El Código penal de 1870. Tomo V...cit.: pág.660) Esta posición fue adoptada por el TS en un gran número de resoluciones, nos remitimos al capítulo primero B), 3ª.
- (151) - El art. 669 del Código penal de 1928 establecía: "Se entenderá que la entrada en el domicilio ajeno se verifica contra la voluntad del morador, no solo cuando este manifieste su oposición a que esa entrada se realice, sino cuando de algún modo conste o se suponga fun-

dadamente su oposición o no proceda su expreso o tácito asentimiento".

- (152) - Así, existe una copiosa jurisprudencia que exige como presupuesto incriminatorio del delito de allanamiento de morada el que no haya precedido el asentimiento expreso o tácito del morador. Citamos, como más representativas, las siguientes resoluciones : STS de 17 de noviembre de 1888 (JC nº: 337), 5 de abril de 1890 (JC nº: 222) ("considerando que el mero hecho de estar cerrada con cerrojo la puerta exterior de una habitación significa bien claramente la voluntad de su morador de que nadie penetre en aquélla sin su consentimiento y permiso..."); En este mismo sentido, señala la STS de 5 de noviembre de 1896 (JC nº: 136) que la voluntad se entiende opuesta a la entrada "cuando no la permite (el morador) por manifestación expresa o cuando la revela el cerramiento de las puertas".

La STS de 24 de abril de 1901 (JC nº: 124) en términos similares indicaba que la voluntad contraria podía apreciarse "...con arreglo a la jurisprudencia constante de este Tribunal, por expresa manifestación o por actos o circunstancias que revelen la prohibición". Esta misma declaración viene recogida en la STS de 8 de julio de 1904 (JC nº: 13). Se pronuncian en favor de la tácita voluntad también las SSTS de 9 de mayo de 1952 (JC nº: 248), 28 de abril de 1953 (JC nº: 278), 27 de marzo de 1958 (JC nº: 330), 30 de enero de 1965 (JC nº: 129), 14 de mayo de 1970 (JC nº: 623) y, en fin, la re-

ciente Sentencia de 2 de febrero de 1988 (RA nº: 845) que claramente establece "...siempre que se verifique contra la libre voluntad del que la ocupa, condición que no es menester se haya puesto de relieve de una manera expresa y directa, bastando que lógicamente y racionalmente pueda deducirse de las circunstancias del hecho o de otros antecedentes".

- (153) - BOHNERT ; Die Willensbarriere als...cit.; pág. 6
- (154) - BOHNERT ; Op. loc. ult. cit.
- (155) - JORGE BARREIRO ; El allanamiento...cit.; pág. 68. SUAREZ MONTES ; El delito de allanamiento...cit.; pág. 882. MUÑOZ CONDE ; Derecho Penal.Parte Especial...cit.; pág. 155, entre otros.
- (156) - En parecidos términos, pero en otro contexto, se manifiesta BOHNERT ; Die Willensbarriere als Tatbestandsmerkmal des Hausfriedensbruchs...cit.; pág. 7.
- (157) - MAGGIORE ; Derecho Penal. Vol IV...cit.; pág. 492.
- (158) - Señala DIEZ RIPOLLES que la oposición presunta se diferencia de la tácita en que no se atiende a si se ha producido una manifestación de voluntad contraria, sino que se supone su producción, DIEZ RIPOLLES, J.L.; El exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras (La frontera del Derecho Penal sexual). Barcelona, 1982; pág. 405, y ANTOLISEI (Manuale di Diritto Penale.Parte Speciale...cit.; pág. 181) declara que en el disenso presunto se prescinde de la manifes-

tación de la voluntad obstativa.

- (159) - Bajo el Código penal de 1889 (art. 157), que empleaba la fórmula: "contra la prohibición del que tenga derecho a excluir a otro de su casa" se discutió enérgicamente la relevancia punitiva de la voluntad presunta.

El legislador italiano de 1930, entendió que la manifestación del disenso debía ser "expresa o tácita" (en la conducta activa) y, aún con esta clara alusión típica, la discusión se ha mantenido viva en el país vecino hasta hace muy poco tiempo.

- (160) - MAGGIORE ; Derecho Penal, Parte Especial. Vol. IV... cit.; pág. 493. Se adhiere a esta interpretación BRASIELLO, T.: Domicilio (Violazione di) Novissimo Digesto Italiano Tomo VI. (1960); pág. 182.

- (161) - Recordemos que el art. 619 del Código penal italiano castiga al que se introdujere en habitación ajena (y otros determinados lugares) "contra la voluntad expresa o tácita del que tiene derecho a impedirlo". Como señalábamos en el texto, la mayoría de la doctrina se pronuncia en contra de la admisión de la voluntad presunta. BATTAGLINI ; La manifestazione tácita di volontà ...GP (1933)...cit.; pág. 490. Del mismo; Ancora sulla manifestazione tácita di volontà...GP (1950)...cit.; pág. 1103. GIUFRIDA, A.: Volontá contraria tacita e devieto presunto nel reato di violazione di domicilio. Rivista italiana di Diritto Penale. nº 7, I (1935); pág. 265. MANZINI ; Trattato. Vol. VIII...cit.; pág.

870. ANTOLISEI ; Manuale di Diritto penale.Parte Speciale...cit.; pág. 181. SINISCALCO ; Domicilio (Violaciones di)...cit.; pág. 875.

(162) - CUELLO CALON ; Derecho Penal. Tomo II. Vol. II...cit.; pág. 787. También admitieron la voluntad presunta SAINZ CANTERO ; Derecho Penal.II...cit.; pág. 61, RODRIGUEZ DEVESA ; Derecho Penal Español.Parte Especial...cit.; pág. 325.

(163) - Esta línea jurisprudencial fué seguida por las SSTs de 20 de marzo de 1888 (JC nº: 232), 17 de noviembre de 1888 (JC nº: 337), 29 de abril de 1892 (JC nº: 219), y 7 de diciembre de 1906 (JC nº 175). Sin embargo, también existen resoluciones que exigen un efectivo contraste de voluntades y así, en la STS de 28 de junio de 1876 (JC nº: 3456) negó la calificación de allanamiento de morada el hecho de penetrar el procesado en la casa del morador con la anuencia de su hija pero ignorándolo aquél, dado que no existía una oposición real a la entrada. Y más contundentemente, en la STS de 18 de septiembre del mismo año, (JC nº: 3510) declara "que el art. 504 del Código penal (actual 490) define el delito de allanamiento de morada ""cuando un particular entrare en morada ajena contra la voluntad de su morador""; y esta preposición ""contra"" de que se vale dicho artículo significa negativa, oposición manifiesta á que se haga alguna cosa" (CDO. 2º).

Un profundo análisis jurisprudencial es llevado a cabo en la monografía de JORGE BARREIRO, pág. 65 nota 155.

- (164) - Una exposición representativa de lo señalado en el texto en ESER, A.: Strafrecht.III.Schwerpunkte: Delikte gegen die Person und Gemeinschaftswerte. München, 1978; pág. 162 rdn. 22 y 23.
- (165) - Entienden que es necesario que la conducta se realice "contra" la voluntad del titular; WELZEL . Das Deutsche Strafrecht...cit.; pág. 333. PREISENDANZ . Strafgesetzbuch (1978)...cit.; pág. 466. SHÄFER ; LK...cit.;pág. 10 rdn. 24. WESSELS ; Strafrecht.BT.-1...cit.; pág.118. LENCKNER ; Strafgesetzbuch Kommentar...cit.; pág. 996 rdn. 12. MAURACH - SCHROEDER ; Strafrecht.B.T.-1...cit. pág. 255. DREHER - TRÖNDLE . Strafgesetzbuch (1986)... cit.; pág. 717 rdn. 10.
- Sin embargo, opinan que el tipo tan solo requiere una acción "sin" la voluntad del titular ; SCHALL ; Die Schutzfunktionen der Strafbestimmung gegen den Hausfriedensbruch...cit.; pág. 142. SCHMIDHÄUSER; Strafrecht.BT...cit.; pág. 75 rdn. 14. RUDOLPHI . SK...cit. pág. 4 rdn. 13.
- Por el contrario, considera la distinción inútil OSTENDORF ; AK...cit.; pág. 363 rdn. 29. Este autor junto con RUDOLPHI y SCHÄFER opina que no existen diferencias en la práctica entre una y otra locución. Sin embargo, el Proyecto Alternativo de 1962 en su art. 172, bajo el número 90, habla de entrada contra la voluntad del morador.
- (166) - Resultado de esta confusión, es que la mayoría de los autores (citados en la nota anterior) que no aceptan la

tesis de que la simple falta del consentimiento es suficiente para integrar la locución típica, admiten sin embargo (incoherente y contradictoriamente) que existe el delito de allanamiento de morada cuando el consentimiento ha sido obtenido subrepticamente o con engaño.

- (167) - DIEZ RIPOLLES ; Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras...cit.; pág. 404.
- (168) - En este sentido STOIBER ; Der Hausfriedensbruch im Lichte aktueller Probleme...cit.; pág. 88.
- (169) - SUAREZ MONTES ; El delito de allanamiento de morada...cit.; pág. 683.
- (170) - JORGE BARREIRO ; El allanamiento de morada...cit.; pág. 69.
- (171) - Crítica formulada por JORGE BARREIRO ; Op. loc. ult. cit. y SUAREZ MONTES ; El delito de allanamiento...cit. pág. 879. Estas consecuencias, recordemos, fueron aceptadas, entre otras, por las SSTs de 7 de diciembre de 1906 y 10 de enero de 1927. Recientemente, la STS de 25 de marzo de 1985 (RA nº: 2031) señala: "...destacándose, como elementos esenciales, que a la vez son diferenciadores de otros tipos penales, la voluntad contraria del morador, que se presume siempre, salvo que se pruebe lo contrario...".
- (172) - Además de los autores que en notas anteriores han sido citados, se expresaron de este modo PELLISE PRATS ; Allanamiento de morada...cit.; pág. 620. JASO ROLDAN;

Derecho Penal, Parte Especial...cit.; pág. 323. Recientemente ; BAJO FERNANDEZ ; Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos contra la libertad y seguridad... cit. ; pág. 90 núm. 32.

- (173) - Esta decisión se halla íntegramente recogida en Neue Juristische Wochenschrift (1972), págs. 2275 y ss.
- (174) - Esta crítica a la sentencia de la OLG München también la exponen STÜCKEMANN, W.: Der getäuschte Hausrechtinhaber. Juristische Rundschau (JR) pág. 414. OTTO, H.: Anmerkung zu OLG München. NJW (1973) pág. 668 y 669. Por el contrario, encuentran irrelevante la distinción AMELUNG, K. y SCHALL, H.: Zum Einsatz von Polizeispitzeln; Hausfriedensbruch und Notstandrechtfertigung, Wohnungsgrundrecht und Durchsuchungsbefugnis; OLG München DVBI 1973, 221. Juristische Schulung (1975); pág. 566.
- (175) - Sobre el consentimiento como causa de atipicidad, puede verse, por todos, CASAS BARQUERO, E.: El consentimiento en el Derecho Penal. Córdoba, 1987. págs. 31 y 32.
- (176) - Por todos puede verse JESCHECK, H.H.: Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción y adiciones de Derecho español a la 3ª edición por S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE. Vol. I. Barcelona, 1981; pág. 512. Aunque el autor no se muestra partidario tajantemente y acepta una distinción radical, señala expresamente: "... Del todo distinto es la situación jurídica respecto

del allanamiento de morada (par. 123), en el cual el elemento de entrada indebida se realiza si concurre cualquier presión por parte del autor sobre la voluntad en contrario del morador, mientras que el acuerdo conseguido subrepticamente hace desaparecer el tipo".

- (177) - En este sentido se expresa BERNSMANN : Tatbestandsprobleme del Hausfriedensbruch...cit.; pág. 403. En la doctrina alemana, la posición doctrinal que niega la tipicidad de la conducta que obtiene el consentimiento por engaño, es minoritaria. Junto al anterior, pueden citarse: SCHILD, W.: Eindringen (par. 123 StGB) bei individuellem Betretungsuerbot. NstZ (1986); pág. 350. STÜCKEMANN : Op. loc. ult. cit. BOHNERT . Die Willensbarriere...cit.; pág. 20. SCHLINK, B.: Das nachrichtendienstliche Mitteln. NJW (1980); pág. 557, todos ellos, manifestando expresamente su disconformidad con la sentencia de la OLG München. Por el contrario, en Italia esta interpretación negativa es mayoritaria (véase los citados en nota 161) al igual que en España, que por regla general los autores no admiten la equiparación expresada (con excepción de los citados en nota 162).
- (178) - Conviene recordar ciertas palabras de un gran penalista; "Prescindir de enjuiciar conductas tal como realmente han tenido lugar, es infringir el principio de la tipicidad y destrozar la garantía que dicho principio ofrece al ciudadano... Ante un Derecho penal así concebido nadie estaría a salvo. La conducta no necesitaría

ser típica para ser punible; bastaría para imponer la pena asignada a un delito que el tribunal llegase a la conclusión de que el sujeto muy bien hubiera podido actuar típicamente. Para el principio de legalidad, por fortuna inequívocamente acogido en nuestro Derecho positivo, una tesis tal es intolerable". GIMBERNAT ORDEIG, E.: Autor y cómplice en Derecho Penal. Madrid, 1966.

- (179) - A este respecto, debe tenerse en cuenta la importante STS de 2 de febrero de 1988 (RA nº: 845). El procesado se hizo pasar por empleado de la Compañía Sevillana de Electricidad para poder acceder al interior de la vivienda pretextando la necesidad de revisar la instalación eléctrica, obteniendo así la anuencia de la propietaria para que éste entrase en la vivienda y realizase la revisión declarada. Una vez en el interior de la casa, el individuo lanzó una ofensiva y obscena frase a la propietaria, la cual salió corriendo.

El TS argumenta, en primer lugar, en favor de la tesis aquí rechazada de que el consentimiento viciado anula su virtualidad como elemento que elimina la tipicidad penal, pues, "la simulación de que se valió para penetrar en la morada de la ofendida, vició el consentimiento prestado por ésta dejándolo sin efecto, lo que tanto quiere decir como que realizó la acción sin la anuencia de la dueña que de haber sabido la realidad de la situación no le hubiese franqueado la entrada...".

Pero, como el propio TS no parece muy convencido de su

propio argumento, establece de forma indirecta la posibilidad de admisión de esa voluntad contraria tácita, que la llevó al elemento activo pero que, de haber continuado el sujeto en el lugar del hecho, tendría su referencia en el elemento omisivo.

- (180) - Véase, por todos, JORGE BARREIRO : El allanamiento,... cit.; pág. 67.
- (181) - Así, la STS de 25 de febrero de 1985 (RA nº: 1538) en su Considerando primero establece: "...porque si efectivamente existen o se producen en la vida multitud de situaciones existenciales en las que determinadas personas penetran en los domicilios ajenos, sin el consentimiento expreso de sus dueños, sin que tales conductas se consideren delictivas como son entre otras los representantes de casas comerciales, vendedores ambulantes, mendigos, agentes farmacéuticos, bancarios o de seguros, carteros, etc. ello se debe no solo a una costumbre social consuetudinaria existente en tal sentido que hace presumir el consentimiento tácito del morador, sino también el desconocimiento por parte del sujeto activo de la voluntad contraria del mismo...".
- (182) - Tras el acto de revocación, por supuesto, la voluntad impeditiva se prolonga a lo largo del tiempo y el sujeto, de no ser que vuelva a obtener la anuencia del morador, se convierte en un extraño sometido al principio de prohibición general. Estas consecuencias fueron ya plasmadas en una antigua STS de 12 de abril de 1885

(JC nº: 8422).

- (183) - Esta sería la calificación de la locución normativa conforme a la clasificación de los términos típicos que utilizan COBO - VIVES ; Derecho Penal, Parte General...cit.; pág. 230.
- (184) - Esta ha sido la interpretación más relevante en la Sala segunda del Tribunal Supremo. Implícita o explícitamente ha sido recogida en las SSTs de 7 de junio de 1887 (JC nº: 14), 18 de noviembre de 1985 (JC nº: 135), 10 de julio de 1896 (JC nº: 26), 8 de febrero de 1899 (JC nº: 74), 27 de marzo de 1899 (JC nº: 122), 30 de Septiembre de 1907 (JC nº: 57), 14 de febrero de 1908 (JC nº: 84), 27 de abril de 1915 (JC nº: 149), 23 de octubre de 1964 (JC nº: 1596), 23 de octubre de 1969 (JC nº: 1837), 14 de enero de 1974 (JC nº: 36), 29 de enero de 1975 (JC nº: 117), 20 de junio de 1975 (JC nº: 956), y la reciente de 7 de febrero de 1987 (RA nº: 12 14), con una interesantísima referencia sobre la evolución jurisprudencial en dicha materia.
- (185) - PELLISE PRATS ; Allanamiento...cit.; pág. 621. RODRIGUEZ DEVESA ; Derecho Penal Español, Parte Especial...cit.; pág. 327. CUELLO CALON ; Derecho Penal, Tomo II, Vol. II. SAINZ CANTERO ; Derecho Penal, II...cit.; pág. 62.
- (186) - Aún en contra, esta es la justificación que QUINTANO encuentra a esta posición doctrinal y jurisprudencial (QUINTANO RIPOLLES ; Tratado de la Parte Especial...

Tomo I.Vol.II...cit.; pág. 989).

(187) - Recordemos que el artículo 504 del C.p. establece:

"Son reos del delito de robo con fuerza en las cosas los que ejecutaren el hecho concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

1º. Escalamiento.

2º. Rompimiento de pared, techo, suelo, o fractura de puerta o ventana.

3º. Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o de sus cerraduras, o su sustracción para fracturarlos o violentarlos fuera del lugar del robo.

4º. Uso de llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos semejantes".

(188) - La doctrina ha señalado como decisiones que mantenían esta postura jurisprudencial las SSTS de 14 de abril de 1886 (JC nº: 333), 5 de abril de 1890 (JC nº: 222), 8 de febrero de 1899 (JC nº: 74), 10 de diciembre de 1900 (JC nº: 172), 3 de enero de 1945 (RA nº: 80), 23 de septiembre de 1947 (JC nº: 336), 1 de febrero de 1956 (JC nº: 103), y 23 de octubre de 1964 (JC nº: 1596).

De todas las sentencias señaladas, solo dos admiten que el escalamiento "per se" sea forma de ejecución que ca

lifica el allanamiento violento. Estas son las SSTS de 3 de enero de 1945 y 23 de octubre de 1964. En la primera, en su primer Considerando señala: "...porque la entrada en casa ajena, por una ventana del granero de la misma y contra la voluntad de quien la habita, vale tanto como realizarla con escalamiento, que por sí solo constituye un medio violento de ejecución del delito, en el caso actual doblemente calificado al afirmarse además, que la ventana fué forzada por el culpable...". En la segunda resolución, se declara: "...El escalamiento en materia penal suele ser signo de violencia en cuanto con él se quebrantan las medidas de seguridad adoptadas para la defensa de las casas al cerrar muros o puertas".

Por ello, hay que evitar falsas exageraciones, dado que esta desmesurada y extensa interpretación es insignificante en el Tribunal de casación.

- (189) - Así, para el delito de coacciones del art. 496 del Código penal, entienden que el término violencia es un concepto técnico-jurídico MIRA BENAVENT ; El concepto de violencia en el delito de coacciones...cit.; pág. 147. GARCIA PABLOS ; Sobre el delito de coacciones...cit. pág. 134 ("la violencia, por último, es un concepto "normativo", no descriptivo. Su ponderación requiere de criterios axiológicos que desbordan el ámbito de lo naturalístico."). Sin embargo, postula un entendimiento gramatical del término MIR PUIG; El delito de coacciones en el Código penal...cit.; pág. 277.

(190) - SUAREZ MONTES ; El delito de allanamiento de morada...
cit.; pág. 887. JORGE BARREIRO ; El allanamiento de
morada...cit.; pág. 78.

(191) - Art. 411 n° 2:

"...Si se hubiere empleado violencia, intimidación, amenaza o engaño para realizar el aborto en el primer caso, o para obtener el consentimiento, en el segundo, se impondrá en su grado máximo la pena de prisión mayor".

Art. 500:

"Son reos del delito de robo, los que, con ánimo de lucrarse, se apoderan de las cosas muebles ajenas con violencia o intimidación en las personas o empleando fuerza en las cosas".

Art. 514:

"Son reos de hurto los que con ánimo de lucro y sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas toman las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño".

Art. 516 bis. párrafo 4º:

"Si en la ejecución del hecho se empleare violencia o intimidación en las personas, se impondrán las penas señaladas en el art. 501".

Art. 517:

Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un

derecho real de ajena pertenencia, se impondrá.."

- (192) - QUINTANO RIPOLLES : Tratado. Tomo I. Vol. II...cit.; pág. 989.
- (193) - QUINTANO RIPOLLES : Op. loc. cit. y admite,asimismo, todos estos argumentos JORGE BARREIRO : El allanamiento...cit.; pág. 78.
- (194) - Junto a los citados SUAREZ MONTES, QUINTANO RIPOLLES y JORGE BARREIRO, se han de destacar MUÑOZ CONDE : Derecho Penal.Parte Especial...cit.; pág. 155. BUSTOS RAMIREZ; Manual de Derecho Penal.Parte Especial...cit.; pág. 103. GARCIA VITORIA : El derecho a la intimidad..cit.; pág. 78 y BAJO FERNANDEZ : Delitos contra la libertad y seguridad...cit.; pág. 95 núm. 56.
- Se muestran vacilantes, sin embargo, COBO CARBONELL : Derecho Penal.Parte Especial...cit.; pág. 731 y QUERALT JIMENEZ : Derecho Penal Español.Parte Especial...cit.; pág. 203.
- (195) - La STS de 20 de marzo de 1888 (JC nº; 232) en su considerando tercero señala: "...En cuanto al tercero y último motivo de los aducidos en el de ..., no puede dudarse que tienen su apoyo en la ley, porque esta no determina la violencia sino cuando se ejerce contra las personas...". De igual forma la STS de 27 de noviembre de 1888 (JC nº; 374), entendió que la entrada de los procesados forzando una puerta tan solo constituía el delito de allanamiento de morada simple.

Pero donde con toda rotundidad se expresa esta línea hermenéutica es en las SSTS de 11 de marzo de 1964 (JC nº: 484) y 19 de febrero de 1966 (RA nº: 892), cuyo ponente, el profesor QUINTANO RIPOLLES, expuso todos los argumentos señalados en favor de la interpretación restrictiva, siendo coherente, una vez más, con su pensamiento científico expuesto en sus obras.

(196) - Recordemos que el art. 496 del Código penal establece:

"El que sin estar legítimamente autorizado impidiera a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe o le compeliere a efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto, será castigado con las penas de arresto mayor y multa..."

TORIO LOPEZ ; La estructura típica del delito de coacciones...cit.; pág. 24. En Alemania, fué BINDING quien contempló la violencia exclusivamente como vis absoluta. Véase, al respecto, KNODEL ; Der Begriff der Gewalt im Strafrecht. München y Berlin, 1962; pág. 29.

(197) - MIR PUIG ; El delito de coacciones...cit.; pág. 274.

Se muestra afín a esta interpretación; HIGUERA GUIMERA J.F.; El delito de coacciones. 2ª ed. Barcelona, 1983; pág. 100.

(198) - TORIO LOPEZ ; La estructura típica del delito de coacciones...cit.; pág. 28.

(199) - Recordemos algunos párrafos del art. 564:

"Están exentos de responsabilidad criminal y su-

jetos únicamente a la civil por los robos sin violencia o intimidación en las personas, hurtos, defraudaciones, apropiación indebida o daños que recíprocamente se causaren:

1º. Los cónyuges, ascendientes y descendientes o afines en la misma línea.

2º. El consorte viudo respecto de..."

(200) - Podría pensarse, dado la literalidad del art. 500 del C.p. que se equiparan la fuerza en las cosas y la fuerza en las personas, pues ambas formas de ejecución integran la figura del robo frente al hurto. Pero tras la reforma de 1983, el robo con fuerza en las cosas siempre está menos penado que el robo con violencia o intimidación según establece la regla punitiva del art. 501, 5º. Ello implica, una vez más, que existe una valoración muy diferente según el reo emplee un medio comisivo u otro; la violencia personal es más grave que la fuerza material sobre las cosas. Equipararlos, pues, supone no distinguir axiológicamente cuando la ley ha diferenciado con toda claridad, errando, en definitiva, en el planteamiento postulado.

(201) - No estamos de acuerdo con MIR PUIG, cuando manifiesta que para el tipo agravado del allanamiento de morada del art. 490, 2º, no es evidente que deba restringirse la violencia a la "fuerza física ejercida sobre las personas", como lo indica el hecho de que, siguiendo una dirección iuscomparatista representada por el Có-

digo penal italiano, la jurisprudencia haya considerado necesario incluir en el art. 490,2º supuestos de forzamientos de puertas, ventanas, etc. MIR PUIG ; El delito de coacciones en el Código penal....cit.; pág. 277 nota 31.

En efecto, el Código penal italiano en su art. 614 párrafo último establece el allanamiento de morada agravado "cuando el hecho es cometido con violencia sobre las cosas o sobre las personas", pero, a diferencia de nuestro Texto punitivo, se recoge expresamente la equiparación. De otra parte habría que reformar en el C.p. español ciertas instituciones (parte de los robos con fuerza en las cosas) para que la ampliación de lege ferenda no supusiese un mar de contradicciones lógicas y valorativas tal y como se señala en el texto. Críticamente con la postura de MIR PUIG, (de lege lata) JORGE BARREIRO ; El allanamiento. .cit.; pág. 80 nota 250.

- (202) - Señalamos algunas sentencias a título representativo: 7 de julio de 1887 (JC nº: 112), 26 de febrero de 1892 (JC nº: 113), 21 de marzo de 1893 (JC nº: 88), 20 de abril de 1906 /JC nº: 187), 26 de febrero de 1929 (JC nº: 164), 1 de febrero de 1956 (JC nº: 103), 29 de abril de 1963, 29 de septiembre de 1967 (JC nº: 979), 23 de febrero de 1968 (JC nº: 302), 18 de noviembre de 1969 (JC nº: 2016), 8 de mayo de 1973 (JC nº: 694), 5 de febrero de 1975 (JC nº: 158), 13 de diciembre de 1979 (JC nº: 1301) y 11 de mayo de 1983 (JC nº: 693).

- (203) - Señala VIVES ANTON que, sin negar el significado normativo del término "hecho" en nuestro Código penal, este se emplea también en un sentido naturalístico que hace referencia al sustrato de la valoración típica, y no a la valoración misma. VIVES ANTON, T.S.: La estructura de la teoría del concurso de infracciones. Valencia, 1981; pág. 10. En sentido más estricto, entendiendo hecho como acción restringida a los actos de ejecución ; SANZ MORAN, A.J.: El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa. Valladolid, 1986; pág. 212.
- (204) - La partícula prepositiva "con" viene definida en el Diccionario de la Lengua Española (20ª Edición, Tomo I, pág. 951) "preposición que significa el modo, medio o instrumento que sirve para hacer alguna cosa".
- (205) - MUÑOZ CONDE ; Derecho Penal, Parte Especial...cit.; pág. 155. QUINTANO RIPOLLES ; Tratado...; pág. 990. SUAREZ MONTES ; El delito de allanamiento de morada... cit.; pág. 892. JORGE BARREIRO ; El allanamiento... cit.; pág. 80. Confusa, no obstante, la posición de GARCIA VITORIA ; El derecho a la intimidad...cit.; pág. 79.
- (206) - STS 26 de febrero de 1892 (JC nº: 113) y 21 de marzo de 1898 (JC nº: 88). En estas dos sentencias el TS afirma que las violencias posteriores a la entrada no integran el tipo agravado. Evidentemente, esta tesis solo se podía defender cuando todavía no existía la mo

dad pasiva.

De hecho en las SSTs de 8 de mayo de 1973 (JC nº: 694) y 22 de junio de 1979 (JC nº: 832) se contemplan los medios violentos y coactivos como constitutivos del delito de allanamiento de morada también cuando éstos fueron aplicados después de producirse el ingreso.

- (207) - Una exposición de la evolución doctrinal y su admisión en los últimos tiempos sobre el presente tema puede encontrarse en la obra de POLAINO NAVARRETE, M.: Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español. Sevilla, 1972.
- (208) - En palabras de COBO y VIVES: "Se incorporan, por tanto, los elementos subjetivos, como elementos del tipo de injusto, siendo imprescindible su concurrencia cuando la norma positiva lo exija, para que este pueda ser afirmado y pueda articularse así ... el primer eslabón del juicio de antijuridicidad". Derecho Penal. Parte General...cit.; pág. 276.
- (209) - En este sentido GUALLART Y DE VIALA, A.: ¿Existe un elemento de lo injusto en el delito de allanamiento de morada? ADPCP, Tomo XXXIV (1981); pág. 547.
- (210) - QUINTANO RIPOLLES : Tratado...cit.; pág. 986. Esta misma posición mantiene el autor en Curso de Derecho Penal...cit.; pág. 125.
- En la doctrina española, esta tesis tan solo ha sido seguida por MORALES PRATS : Delitos contra la intimi-

dad, privacy y reforma penal...cit.; pág. 587, por GARCIA VITORIA ; El derecho a la intimidad...cit.; pág. 74 y BAJO FERNANDEZ ; Manual de Derecho Penal (Parte Especial)...cit.; pág. 91 núm. 40. El resto de los autores nacionales rechazan esta interpretación.

- (211) - Véase nota anterior autor, obra y páginas citadas.
- (211bis)- Argumento básico utilizado por BAJO FERNANDEZ ; Op. cit.
- (212) - Un profundo examen sobre las diversas corrientes que han existido en el seno del TS puede verse en GUALLART Y DE VIALA ; ¿Existe un elemento subjetivo de lo injusto en el delito de allanamiento de morada?...cit.; págs. 552 y ss. JORGE BARREIRO ; El delito de allanamiento de morada...cit.; pág. 82 y ss.
- (213) - Esta incomprensible excepción fue señalada por QUINTANO RIPOLLES, autor más relevante (como hemos señalado) que defiende la tesis del dolo específico; "Claro es que cuando el delito-fin no ha podido ser acreditado y sí tan solo la materialidad del allanamiento, es procedente atenerse a la calificación de este" (Tratado. Tomo I Vol.II...cit.; pág. 986).
- (214) - Como representativas, señalamos las siguientes resoluciones: 4 de febrero de 1873 (JC nº: 1523), 18 de diciembre de 1893 (JC nº: 221), 10 de octubre de 1912 (JC nº: 55). 8 de febrero de 1957 (JC nº: 134), 12 de noviembre de 1958 (JC nº: 995) y 30 de abril de 1968 (JC nº: 689).

- (215) - Posición defendida tácitamente por COBO - CARBONELL;
"Aunque la interpretación jurisprudencial carece de
base en el texto legal, las consecuencias a que conduce
son perfectamente compatibles desde la óptica político-
criminal" Derecho Penal, Parte Especial...cit.; pág.
732.
- (216) - SUAREZ MONTES ; El delito de allanamiento de morada...
cit.; págs. 895 y 896. Este argumento es aceptado por
GUALLART Y DE VIALA; ¿Existe un elemento subjetivo de
lo injusto.. cit.; pág. 552. MUÑOZ CONDE ; Derecho Pe-
nal, Parte Especial...cit.; pág. 156. BUSTOS RAMIREZ ;
Manual de Derecho Penal, Parte Especial...cit.; pág.
103. JORGE BARREIRO ; El allanamiento...cit.; pág. 84.
- (217) - RODRIGUEZ MOURULLO ; Comentarios al Código penal...
cit.; pág. 772.
- (218) - En la doctrina extranjera no se suele ni tan siquiera
plantear el problema de la existencia del elemento
subjetivo del injusto en el delito de allanamiento de
morada, y las pocas manifestaciones que se han reali-
zado ha sido en sentido negativo. Dirán DREHER y TRÖND
LE que: "no es necesario la intención o el propósito
de romper la paz del hogar" (Strafgesetzbuch mit Ne-
bengesetze. 43 edic...cit.; pág. 720 rdn. 19), y
MAURACH - SCHROEDER; que "no se presuponen especiales
motivos o tendencias" (Strafrecht, BT...cit.; pág. 253).
En el mismo sentido, WESSELS ; Strafrecht, BT-1...cit.;
pág. 119 rdn. 5 y SCHÄFER; LK...cit.; pág. 32 rdn. 79.

En la doctrina italiana, postulan en contra de la necesidad del dolo específico MANZINI ; Trattato. Vol. VIII...cit.; pág. 884. SINISCALCO ; Domicilio (Violazione di)...cit.; pág. 877 n.7. GARAVELLI en Codice Penale.Parte Speciale.II. coordinado por ZAGREBELSKY, V. Torino, 1984; pág. 1107. BRASIELLO ; Domicilio (Violazione di)...cit.; pág. 182.

Fué sin embargo FLORIAN quien mantuvo en Italia la doctrina del dolo específico. FLORIAN, E.; Trattato di Diritto penale. (Delitti contra la libertá individuale) 4ª edic. Milán, 1936; pág. 406.

(219) - Decía así el art. 8.7º;

"art. 8º. Están exentos de responsabilidad criminal:

...7º El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

1º. Realidad del mal que se trate de evitar.

2º. Que sea mayor que el causado para evitarlo.

3º. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo."

(220) - Véase Cap. I, nota 47.

(221) - El art. 60 del C.p. de 1928 establecía:

"Tampoco delinque el que para evitar un mal propio o ajeno en la salud, vida, honor, libertad o intereses, ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad o derechos ajenos, si concurren los requisitos siguientes: 1º., Ralidad del mal que se trata de evitar; 2º., que sea mayor que el causado para evitarlo y 3º., que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

El que, hallándose en el caso del párrafo anterior..."

(222) - El art. 8, en su nº 7 del C.p. de 1932 disponía:

"Art. 8º. Están exentos de responsabilidad criminal;

...7º; El que en estado de necesidad lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero. Que el mal causado sea menor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido intencionadamente provocada por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse."

(223) - SUAREZ MONTES : El delito de allanamiento...cit.; pág. 898. MUÑOZ CONDE: Derecho Penal.Parte Especial...cit.;

pág. 156. JORGE BARREIRO : El allanamiento...cit.; pág. 86. BUSTOS RAMIREZ : Manual de Derecho Penal.Parte Especial...;pág. 104.

- (224) - QUINTANO RIPOLLES; Tratado de la Parte Especial.Tomo I Vol. II...cit.; pág. 991. Muy crítico también, BAJO FERNANDEZ : Delitos contra la libertad y seguridad... cit.; págs. 93 y 94, núm. 50.
- (225) - SUAREZ MONTES : Op. loc. ult. cit.
- (226) - En la práctica jurisprudencial tampoco ha sido aplicado este precepto (al menos no nos consta que el Tribunal Supremo haya recurrido a él en alguna ocasión). Tan solo la STS de 5 de octubre de 1974 (JC nº: 1269 bis) entendió que el estado de necesidad ex lege recogido en el art. 491 no era aplicable al caso enjuiciado, donde un marido separado entró ilícitamente en una casa ajena creyendo que allí se hallaba su mujer cometiendo adulterio, cosa que era cierta pero un piso más arriba. El TS no aplicó el art. 491 por los problemas interpretativos que rodean a la mentada disposición "de muy difícil solución y de confrontación de penalidades diversas, que se eliminan acudiendo a la norma general de la exención, con todo el libre juego interpretativo que el mismo, que su indudable mayor amplitud, permita.". Al final absolvió al acusado aplicando el estado de necesidad putativo genérico.
- (227) - En este sentido se expresan las SSTS de 26 de mayo de 1970 (JC nº: 704), 22 de abril de 1978 (JC nº: 374)

y 10 de noviembre de 1982 (JC nº: 1364), si bien ésta última refleja escaso rigor científico al confundir el campo de la culpabilidad con la naturaleza del elemento subjetivo del injusto.

(228) - RODRIGUEZ DEVESA ; Derecho Penal Español, Parte Especial...cit.; pág. 326. BUSTOS RAMIREZ . Manual de Derecho Penal, Parte Especial...cit.; pág. 104. PELLISE PRATS ; Allanamiento de morada. NEJ...cit.; pág. 621. SAINZ CANTERO ; Derecho Penal. II...cit.; pág. 62. JASO ROLDAN ; Derecho Penal, Parte Especial. Tomo II...cit.; pág. 323. También la STS de 22 de abril de 1978 (JC nº 374).

(229) - En este sentido COBO - VIVES ; Derecho Penal, Parte General...cit. pág. 230, siguiendo su particular entendimiento del concepto "objetivo" en el marco del Derecho penal.

(230) - TORIO LOPEZ, A.; Sobre los límites de la ejecución por imprudencia. ADCPC nº XXV (1972); pág. 58. Admite también esta posibilidad conceptual de comisión imprudente en el delito de allanamiento de morada, CEREZO MIR, J. en Notal a ; El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. de WELZEL, H. Barcelona, 1964; pág. 110. Nota 29.

En otro delito que presenta controversias en el ámbito de la culpabilidad, las detenciones ilegales, CORDOBA RODA admite ambas posibilidades (conceptual y jurídica) de ejecución imprudente. CORDOBA RODA, J.; El delito de detenciones ilegales en el Código penal espa-

ñol. ADCPC nº XVIII (1965); pág. 23.

(231) - A título de ejemplo, el art. 42 párrafo II del Código penal italiano y el art. 15 del StGB ("Solo es punible el actuar doloso, si la ley no amenaza bajo pena expresamente el actuar imprudente") establecen cláusulas generales que determinan específicamente el delito imprudente. Esto es, solo cuando la concreta figura de delictiva culposa venga expresamente señalada, al igual que la dolosa, en un precepto de la Parte Especial. Ni el art. 614 del C.p. italiano, ni el 123 del StGB mencionan el allanamiento de morada culposo, de ahí que solo se admita en estas legislaciones el doloso (De igual forma que en los Textos punitivos de Francia, Portugal, Suiza o Austria). Asimismo, tanto el Proyecto de 1980 como la PANCP de 1983 excluyen la comisión culposa.

(232) - De igual forma MUÑOZ CONDE (Parte Especial...cit.; pág. 156) admite la posibilidad teórica de incriminar la imprudencia "que solo por la naturaleza del delito en sí o por razones político-criminales puede ser excluída". Admite la posibilidad, de lege lata, de incriminación culposa JORGE BARREIRO ; El allanamiento.. cit.; pág. 81.

No tengo noticia de que nuestro Tribunal Supremo haya abogado en favor de esta interpretación.

(233) - Afirmaron la irrelevancia de este tipo de error las SSTS de 26 de enero de 1925 (JC nº: 27), 9 de junio

de 1982 (RA nº 3511) y 18 de enero de 1983 (JC nº: 27).

(234) - Consecuencia de la aplicación del art. 6 bis a):

"El error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso.

Si el error a que se refiere el párrafo anterior fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso, como culposa.

La creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el art. 66."

(235) - Este fundamento que subyace en la forma de resolver en algunas decisiones del TS se deduce, por ejemplo, en la STS de 14 de diciembre de 1933 (JC nº: 146) (ponente ANTON ONECA), donde se señaló: "Considerando que aun en el supuesto de que el reo creyera ejercitar un derecho incurriría en responsabilidad criminal por lo que se refiere al allanamiento de morada por no reclamarlo por vía lícita, y pretender imponerlo por la fuerza, con evidente infracción de las normas que protegen la libertad y seguridad del domicilio, pues nadie está autorizado a ejercitar arbitrariamente sus de rechos e imponerlos por vías de hecho".

- (236) - MIR PUIG define de forma similar el delito permanente. (Derecho Penal, Parte General...cit.; pág. 165). De igual calificación JESCHECK ; Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol. I...cit.; pág. 357.
- (237) - Así WELZEL; Das Deutsche Strafrecht...cit.; pág. 334. WESSELS ; Strafrecht.BT.1. pág. 120. SCHÄFER ; LK... cit.; pág. 32 rdn. 80. Como representantes más notables en la R.F. de Alemania. En España podemos citar a COBO - CARBONELL ; Derecho Penal, Parte Especial... cit.; pág. 732. SUAREZ MONTES; El delito de allanamiento de morada...cit.; pág. 878 y GARCIA VITORIA ; El derecho a la intimidad...cit.; pág. 73. BUSTOS RAMIREZ ; Manual de Derecho Penal. Parte Especial...cit. pág. 105.
- (238) - Esencial para entender la diferencia entre ambas clases de delitos el trabajo de HRUSCHKA, J.; Die Dogmatik der Dauerstraftaten und das Problem der Tatbeendigung. GA (1968); págs. 193 y ss.
- (239) - GEERDS, G.; Zum Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht. Hamburg, 1961; pág. 266. STREE, W. en Strafgesetzbuch Kommentar por SCHÖNKE - SCHRÖDER, 23 edi. Munich 1988, pág. 617 rdn. 81.
- (240) - MEZGER, E.; Strafrecht, I Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch. Puesto al día por BLEI, H. 14ª edic. Munich, 1970; pág. 115. WINKLER, G.; Vollendung und Beendigung des Vorsätzlichen Verbrechens. Diss. Munich, 1965; pág. 68.

- (241) - STOIBER ; Der Hausfriedensbruch im Lichte Aktueller Probleme...cit.: pág. 126.
- (242) - Ello tiene importantes consecuencias, por ejemplo, mientras que dure el estado antijurídico la víctima puede actuar bajo el amparo de una causa de justificación, o en el ámbito de la prescripción, que comienza a contar desde que finaliza ese estado antijurídico. También entre la consumación y la terminación se pueden producir las diversas formas de participación criminal.
- (243) - Incomprensiblemente, en este punto un sector doctrinal opina de forma muy confusa y se señala que son admisibles tanto la tentativa como la frustración; GARCIA VITORIA (El Derecho a la intimidad...cit.; pág. 78) y QUERALT JIMENEZ (Derecho Penal Español, Parte Especial...cit.; pág. 202), también sin ningún fundamento, mantiene que al tratarse de un delito de simple actividad, no se admiten las formas imperfectas de ejecución.
- (244) - Vid, por todos, JORGE BARREIRO ; El allanamiento de morada...cit.; pág. 88.
- (245) - SUAREZ MONTES ; El delito de allanamiento de morada...cit.; págs. 889 y 890.
- (246) - SUAREZ MONTES ; Op. loc. cit. JORGE BARREIRO ; El allanamiento de morada...cit.; pág. 88.
- (247) - QUINTANO RIPOLLES ; Tratado de la Parte Especial. Tomo

- I. Vol. II...cit.; pág. 993. De la misma opinión GARCIA VITORIA ; El derecho a la intimidad...cit.; pág. 85. FERRER SAMA, A.: Comentarios al Código Penal. Tomo I. Murcia, 1946; pág. 435.
- (248) - RODRIGUEZ MOURULLO en Comentarios al Código penal. Tomo I...cit.; pág. 766. Seguido en este punto también por MORILLAS CUEVA ; El lugar como circunstancia agravante. Boletín Informativo del Ministerio de Justicia. n° 1293; pág. 16.
- (249) - Así lo entendió la STS de 20 de noviembre de 1912 (JC n°: 128), que aplicó la agravante de morada al acusado que dió muerte a la víctima en su propia casa disparando aquél desde el exterior a través de una ventana.
- (250) - Señala RODRIGUEZ MOURULLO que esta agravante presupone una causa de mayor antijuridicidad fundamentada en el ultraje y profanación que recibe el hogar ajeno (Comentarios al Código Penal...cit.; pág.770).
- (251) - MORILLAS CUEVA ; El lugar como circunstancia agravante...cit.; pág. 11.
- (252) - El art. 68 dispone:
- "Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, lo serán por aquel que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos".
- (253) - En el comentario al art. 68 del C.p., señala CORDOBA

RODA que; "la certidumbre de la aplicación del Derecho hace deseable el reducir, en virtud de una cuidadosa y clara redacción de la ley en las figuras particulares, el número de casos de subsidiariedad tácita por concurrencia." CORDOBA RODA; Comentarios al Código penal. Tomo II. (arts. 23 a 119). Barcelona, 1972; pág. 335.

- (254) - GUALLART Y DE VIALA ; ¿Existe un elemento subjetivo de lo injusto en el delito de allanamiento de morada?... cit.; pág. 552. El autor adopta este criterio.
- (255) - COBO DEL ROSAL - VIVES ANTON ; Derecho Penal. Parte general... cit.; pág. 121. Con una expresión similar, pero no idéntica SANZ MORAN . El concurso de delitos... cit.; pág. 125.
- (256) - Señalamos tan solo las sentencias más recientes, que siguen este criterio en materia de robos con violencia o intimidación: SSTS de 16 de febrero de 1988 (RA nº; 1089), 14 de marzo de 1988 (RA nº; 2004), 29 de marzo de 1988 (RA nº; 2116) y 31 de octubre de 1988 (RA nº; 8254).
- (257) - SSTS 15 de octubre de 1966 (JC nº; 1417), 26 de octubre de 1966 (JC nº; 1502) y 21 de enero de 1967 (JC nº; 58).
- (258) - STS de 19 de febrero de 1965 (JC nº; 262).
- (259) - Así, acompañó la circunstancia al delito de abusos deshonestos en los supuestos enjuiciados por las SSTS 16 de octubre de 1964 (JC nº; 1546), 2 de abril de 1969

(JC nº 688), 19 de mayo de 1971 (JC nº: 707) y 23 de junio de 1972 (JC nº: 1056).

En delito de violación, por ejemplo, las SSTS de 24 de marzo de 1971 (JC nº 468) y 28 de septiembre de 1981 (JC nº: 1059).

- (260) - Para el complejo robo con homicidio, SSTS de 30 de junio de 1961 (JC nº: 784) y 29 de febrero de 1988 (RA nº: 1338).

En el delito de lesiones, consideró la agravante del 10.16º la STS de 4 de julio de 1969 (JC nº: 1538); en el asesinato, la STS de 8 de mayo de 1970 (JC nº: 576) y en el parricidio, 28 de septiembre de 1988 (RA nº: 7171).

- (261) - QUINTANO RIPOLLES ; Tratado. Tomo I.Vol. II...cit.; pág. 992. Este criterio del dolo específico también fué tenido en cuenta por alguna resolución del TS. Así, las SSTS de 12 de septiembre de 1924 (JC nº: 248) y 11 de noviembre de 1965 (RA nº: 5028); esta última, actuando como ponente el propio QUINTANO RIPOLLES.
- (262) - RODRIGUEZ MOURULLO ; Comentarios al Código penal...cit. pág. 772.
- (263) - Así, exponen sin ofrecer solución MORILLAS CUEVA ; El lugar como circunstancia agravante...cit.; pág. 12 y 13. JORGE BARREIRO ; El delito de allanamiento...pág. 90.
- (264) - MUÑOZ CONDE ; Derecho Penal,P.E...cit.; pág. 157.

- (265) - BUSTOS RAMIREZ : Manual de Derecho Penal.P.E...cit.;
pág. 105. y COBO - CARBONELL : Derecho Penal.P.E...
cit.; pág. 732.
- (266) - La STS de 29 de mayo de 1974 (RA nº: 2444) establece:
"La aplicabilidad del art. 68, concerniente al conflicto
aparente de normas, dirimible a favor de la más se-
vera entre aquellas en que la conducta en cuestión re-
sulte indistintamente subsumible, requiere que el com-
portamiento enjuiciado se ajuste, por entero, sin di-
ferencia trascendente alguna, a cualquiera de los su-
puestos legales que sitúan al juzgador, en trance de
opción excluyente y exclusiva". Dicha resolución el
TS dió tres razones para aplicar la tentativa de robo
en casa habitada, y rechazar así el allanamiento de
morada:
- 1º. Entendió que había que estar al ámbito sub-
jetivo, proósito o intención que los auto-
res tenían en la comisión del hecho punible.
 - 2º. Por el principio de la consunción, el robo
cometido en casa habitada absorbe al de alla-
namiento de morada.
 - 3º. Si el art. 506 ha previsto una figura espe-
cial de robo cuya conducta en el allanamiento
de morada es integrada en el delito contra la
propiedad, tiene que mantenerse el principio
de especialidad, si bien por las circunstan-
cias del hecho, en el caso de tentativa, la

penalidad es inferior.

Esta doctrina ya había sido iniciada en la STS de 16 de diciembre de 1887 (JC nº: 450).

- (267) - Señala SUAREZ MONTES que los actos de fuerza que se ejerzan sobre la morada ajena no quedan consumidos en la figura agravada, admitiendo que los daños producidos para penetrar en la vivienda de otro pueden llegar a formar concurso de delitos con dicha figura agravada de allanamiento de morada, puesto que entiende el autor que la única violencia que integra el tipo del párrafo 2º del art. 490 es sobre las personas (El delito de allanamiento...cit.; pág. 900).

Esta interpretación, que es admitida por JORGE BARREIRO (El allanamiento...cit.; pág. 90), debe ser, sin embargo, matizada. Hemos señalado cuando examinábamos el tipo agravado que la fuerza en las cosas podía constituir elemento típico del mismo cuando a través del forzamiento de los objetos que constituyen las defensas del acceso del morador se producía la intimidación del morador. En tal supuesto, los daños producidos para lograr el ingreso quedan consumidos en el allanamiento intimidatorio y de ninguna forma entrarán en concurso con aquél.

- (268) - SUAREZ MONTES ; El delito de allanamiento...cit.; pág. 899.
- (269) - Esta afirmación es discutida entre los autores alema-

nes; RUDOLPHI ; SK...cit.; pág. 12. SCHÄFER ; LK...cit. pág. 34 rdn. 88. DREHER - TRÖNDLE ; Strafgesetzbuch... cit.; pág. 720 rdn. 20. SCHMIDHÄUSER ; Strafrecht.BT.. cit.; pág. 77 rdn. 20 y PREISENDANZ ; Strafgesetzbuch ...cit.; pág. 469 rdn 7, mantienen la aseveración realizada en el texto.

Sin embargo otros autores prefieren llevar a cabo una distinción. Si el allanamiento posibilita, aun parcialmente, la comisión de otro delito, coincidiendo los actos de ejecución; o el reo utiliza aquél delito con el fin de perpetrar otras figuras delictivas, la relación será de concurso ideal de delitos. Por el contrario, si éstos se cometieron ocasionalmente durante el tiempo que media entre la consumación y la terminación del delito, la calificación corresponderá al concurso real de infracciones. De este parecer son MAURACH -SCHRÖDER ; Strafrecht.BT....cit.; pág. 257. LENCKNER; Strafgesetzbuch Kommentar...cit.; pág. 1002 rdn. 37. STOGEL, G.: Das neue Strafrecht.Besonderer Teil. 2ª entrega. Munich, 1985; pág. 520. y OSTENDORF ; AK... cit.; pág. 370.

(270) - El actual art. 443 establece:

"Para proceder por los delitos de violación, agresiones sexuales, estupro y rapto bastará denuncia de la persona agraviada o del ascendiente, representante legal o guardador de hecho, por esta orden, o del Ministerio Fiscal cuando se trate de menores o incapaces.

En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal o guardador de hecho no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase".

(271) - Con idéntica doctrina, la STS de 16 de marzo de 1904 (JC nº: 143).

(272) - Así, el art. 614 del C.p. italiano establece en su párrafo 3º (No traducimos por su fácil comprensión);

"Il delitto é punibile a querella della persona offesa".

En parecidos términos, el párrafo 2º del art. 123 del StGB, señala:

"Die tat wird nur auf Antrag verfolgt ("El hecho solo es perseguible a instancia de parte", traducción no literal)".

(273) - VIVES ANTON, T.S.: La estructura de la teoría del concurso de infracciones...cit.; pág. 18. GIMBERNAT ORDEIG, E.: Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español. Madrid, 1979; pág. 155. Tácitamente MIR PUIG : Derecho Penal, Parte General...cit.; pág. 600.

(274) - El art. 71 dispone:

"Las disposiciones del artículo anterior no son aplicables en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro.

En estos casos se impondrá la pena correspondiente

te al delito más grave en su grado máximo, hasta el límite que represente la suma de las que pudieran imponerse, penando separadamente los delitos.

Quando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán los delitos por separado".

- (275) - MIR PUIG : Derecho Penal.P.G....cit.; pág. 601.
- (276) - SSTS, por ejemplo, 5 de noviembre de 1896 (JC nº: 136) y 8 de febrero de 1957 (JC nº: 134).
- (277) - STS de 10 de octubre de 1911 (JC nº: 55).
- (278) - STS de 7 de febrero de 1987 (RA nº: 1214).
- (279) - SSTS de 13 de abril de 1889 (JC nº: 315), 27 de abril de 1896 (JC nº: 307) y 18 de mayo de 1979 (JC nº: 616).
- (280) - SSTS de 19 de septiembre de 1872 (JC nº: 1185) y 12 de junio de 1980 (JC nº: 742).
- (281) - STS de 8 de abril de 1964 (JC nº: 658).
- (282) - STS de 13 de abril de 1889 (JC nº: 315).
- (283) - SUAREZ MONTES : El delito de allanamiento...cit.; pág. 878. En parecidos términos, señala SINISCALCO que la realización de un hecho excluye automáticamente la realización del otro (Domicilio, violazione di...cit.; pág. 880). Relaciona la naturaleza de delito permanente del allanamiento con el carácter subsidiario de la

conducta omisiva respecto a la activa BERNSMANN ; Tat-
bestandsprobleme des Hausfriedensbruchs...cit.; pág.

406.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES
=====

I
==

Se concibe el objeto de protección del delito de allanamiento de morada como el derecho al mantenimiento de las pretensiones formales al respeto de la vida privada doméstica ante intromisiones físicas ajenas.

II
====

En cuanto al sujeto pasivo, este viene designado legalmente como el morador, persona que desarrolla su vida privada doméstica dentro de la morada, espacio físico que proporciona las condiciones básicas para el libre desenvolvimiento de su personalidad.

El sujeto pasivo sólo puede ser una persona física.

En los supuestos de convivencia común se distinguen dos supuestos en la determinación del titular de la facultad de exclusión. En aquellos lugares donde existe varios sujetos morando en común y una relación jerárquica en la asunción de la responsabilidad del grupo, el jefe de la comunidad tiene una facultad preeminente sobre el resto de componentes en cuanto a la determinación de quien puede y quien no entrar en la morada común, salvo que la voluntad permisiva o prohibitiva sea arbitraria,

caprichosa o contraria a los intereses del grupo. Si en el local de convivencia común no existe relación de jerarquía, la voluntad del que prohíbe será decisiva a efectos punitivos respecto de la entrada o permanencia del tercero invitado por el comorador, cuando la presencia física de aquél no le sea exigible al que se opone.

III =====

El sujeto activo viene designado con la referencia típica de "el particular", término que designa a toda persona física que no sea funcionario o autoridad, o que, aún siéndolo, no actúa en el ejercicio propio de su función o se extralimita absolutamente.

IV =====

El concepto de morada viene definido por una serie de notas características que determinan tanto su contenido y naturaleza como el ámbito y alcance de los supuestos que comprende en su seno. Estas son las siguientes:

En primer lugar, se trata de un lugar cerrado, más o menos amplio, en el cual se desarrolla el propio existir humano manifestado en forma de vida privada doméstica.

En segundo lugar, un elemento funcional; el local debe estar destinado por sus moradores al desarrollo de actividades propias de la vida privada doméstica.

En tercer lugar se requiere la actualidad del uso, es decir, en el local se deben desarrollar, efectivamente y en el momento de enjuiciarse el hecho, actividades propias de la vida privada doméstica.

La última nota definitoria del concepto de morada es la libertad del uso, esto es, que el destino actual y legítimo del lugar al uso doméstico debe ser, además, libre; lo que quiere decir que ninguna otra voluntad legítima debe sustituir a la del morador en lo que concierne a la elección, la continuidad o la disponibilidad de la habitación.

V
===

El alcance del término típico morada se determina en nuestra toma de posición de la forma siguiente:

Tanto el concepto constitucional de domicilio regulado en el art. 18.2 del Texto Fundamental, como el jurídicoprivado del art. 40 del Código civil; tienen un contenido más amplio que el establecido en el art. 490 del Código penal bajo el término de morada.

Aquellos lugares que son el centro de reunión priva-

tivo de un grupo de personas asociadas para llevar a cabo ciertas actividades en común, como los casinos, centros culturales, círculos de recreo, etc; no son morada a efectos jurídicos penales. Tampoco lo son aquellos otros que están destinados al desarrollo en su seno de ciertas actividades profesionales o artísticas.

El concepto de morada coincide sustancialmente con la definición de casa habitada señalada en el art. 508 del vigente Código penal; si bien se diferencian en la calificación recaída sobre lugares que son habitados accidentalmente.

No toda dependencia anexa a la morada goza de la misma protección penal que ésta. Para que se produzca la equiparación es necesario que también en aquélla se desarrolle efectiva vida privada doméstica.

VI

El verbo típico entrar designa una acción dinámica a través de la cual el autor se desplaza con todo el cuerpo desde el mundo exterior al interior de la morada. No es posible, pues, perpetrar el delito a título de comisión por omisión.

VII

La voluntad contraria del sujeto pasivo adquiere re-

levancia punitiva en el delito de allanamiento de morada si se manifiesta expresa o tácitamente. Entradas con engaño o subrepticias, al igual que las realizadas contra la voluntad presunta del morador, no son abarcadas por la figura delictiva contemplada en el art. 490.

VIII
=====

Respecto del subtipo agravado contemplado en el párrafo segundo del art. 490, los términos típicos violencia e intimidación se interpretan en sentido estricto, lo que implica que aquél solo se aplicará cuando el hecho se ejecute empleando fuerza física o psíquica que doblega la voluntad obstativa que impide la entrada o requiere el abandono del lugar tutelado por la ley penal.

IX
=====

No existe en el delito de allanamiento de morada ningún elemento subjetivo del injusto de atentar especialmente al respeto de la vida privada doméstica ajena.

X
=====

En cuanto a la eximente específica contemplada en el art. 491, resulta superflua y anacrónica dado que todos los supuestos de justificación que puede abrazar la disposición penal son incardinables en el ámbito de aplicación del estado de necesidad genérico regulado en el art. 8º nº 7º con mejores criterios de técnica y valoración jurídica.

XI
=====

En el ámbito de la culpabilidad, solo es punible el allanamiento de morada doloso.

XII
=====

Cuando concurre el allanamiento de morada con otra infracción penal, se plantea el problema de calificar el supuesto, bien como concurso de delitos entre dicha infracción y la figura típica del art. 490 del C.p., bien tomando a aquél como delito único agravado con la circunstancia genérica de ejecutar el hecho en morada del ofendido, establecido en el nº 16 del art. 10.

Cuando se den todos los presupuestos típicos de la figura de allanamiento de morada, se ha de aplicar ésta en concurso con el delito de referencia, desplazando a la circunstan-

cia agravante. Si el hecho se ejecuta en morada del ofendido, pero no se puede aplicar (por falta de tipicidad) la infracción contenida en el art. 490, podrá entrar en juego la agravante genérica de morada como circunstancia accidental del delito base si se cumplen los requisitos que determinan la aplicación de esta (ejecución en morada ajena, mínimo conocimiento del desprecio al hogar de otro, falta de provocación).

B I B L I O G R A F I A

BIBLIOGRAFIA

- A.A.V.V. - "Codice Penale.Parte Speciale".
Dirigido por BRICOLA, F. y ZAGRE
BELSKY, V. Torino, 1984.
- A.A.V.V. - "Derecho Penal.Parte Especial".
Coordinado por VIVES ANTON, T.S.
2ª edic. Valencia, 1988.
- A.A.V.V. - "Enciclopedia Española del Dere-
cho y de la Administración" Voz
"Allanamiento de morada". Tomo II.
Madrid, 1849.
- ALBACAR LOPEZ, - "Contenido del derecho a la inti-
midad". Actualidad Jurídica (1981)
págs. 3-19.
- ALTERNATIV-ENTWURF EINES STRAF
GESETZBUCHES.BESONDERER TEIL. - "Straftaten gegen die Person".Ers
ter Halbband. Tubinga, 1970.
- ALVAREZ CID (Hnos.), J. y T. - "El Código Penal de 1870". Córdo
ba, 1908. págs. 299 a 305. Ref.
747.
- ALZAGA VILLAMIL, O. - "La Constitución Española de
1978. Comentario sistemático".
Madrid, 1978; págs. 206 y ss.

- AMATO, G.
- "Commentario della Costituzione" a cargo de BRANCA, G. (Comentario al art. 14). Bologna-Roma, 1977.
- AMELUNG, K.
- "Der Hausfriedensbruch als Missachtung physisch gesicherter Territorialität". ZStW n° 98 (1986); págs. 355-408.
- AMELUNG, K.
- "Rechtguterschutz und Schutz der Gesellschaft". Göttingen, 1972.
- AMELUNG, K.; SCHALL, H.
- "Zum Einsatz von Polizeispitzeln: Hausfriedensbruch und Notstandrechtfertigung, Wohnungsgrundrecht und Durchsuchungsbefugnis". OLG München DUBI 1973, 221 JuS 1975, Heft 9; págs. 565 y ss.
- ANTOLISEI, F.
- "Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale". 8ª edic. corregida por L. CONTI. Milano, 1982.
- ANTON ONECA, J. y RODRIGUEZ MUÑOZ, J.A.
- "Derecho Penal. Parte Especial!" Tomo II por JASO ROLDAN, T. y RODRIGUEZ DEVESA, J.M. Madrid, 1949.
- ARMKNECHT, M.
- "Hausfriedensbruch. Eine Strafrechtliche und kriminologische

Studie über die par. 123. 124 y
342 StGB". Berlin, 1970.

- ARZT, G. - "Der Strafrechtliche Schutz der Intimsphäre". Tübingen, 1970.
- BAJO FERNANDEZ, M. - "Protección del honor y de la intimidad" en AAVV. Comentarios a la legislación penal. Dirigidos por COBO DEL ROSAL, M. y coordinados por BAJO FERNANDEZ, M. Tomo I. Vol. I. Madrid, 1982; págs. 97-126.
- BAJO FERNANDEZ, M. - "Manual de Derecho Penal. (Parte Especial). Delitos contra la libertad y seguridad, honestidad, honor y estado civil". Madrid, 1989.
- BAJO FERNANDEZ, M. - "El secreto profesional en el Proyecto de Código penal". ADPCP. Tomo XXXIII (1980); págs. 595-610.
- BALDASSARRE, A. - "Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense". Roma, 1974.
- BARILE, P.; CHELI, E. - "Domicilio, (Libertá di)". Enciclopedia del Diritto. Tomo XIII (1964).

- BATTLE SALES, G. - "El derecho a la intimidad privada y su regulación". Alcoy, 1972.
- BATTAGLINI, E. - "La manifestazione tacita di volontà contraria a la introduzione nella abitazione, da parte del titolare dello "ius proibendi", nel reato di violazione di domicilio". La Giustizia penale n° XXXIX, II (1933); págs. 483-490.
- BATTAGLINI, E. - "Ancora sulla manifestazione tacita di volontà da parte del titolare "dell'ius prohibendi" nel reato di violazioni di domicilio". Giustizia Penale n° 55, II (1950); págs. 1101-1103.
- BERNSMANN, K. - "Tatbestandsprobleme des Hausfriedensbruchs". Jura (1981); págs. 337 y ss.
- BERTEL, C.H. - "Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch". Coordinados por FOREGGER, E. y NOWAKOWSKY, F. Par. 108-110. Viena, 1982.
- BETTIOL, G. - "L'odierno problema del bene Giuridico" en Scritti Giuridici. Tomo II. Padova, 1966; págs. 911 y ss.

- BETTIOL, G. - "Bene giuridico". Scritti Giuridici. Tomo I. Padova, 1966; págs. 318 y ss.
- BINDING, K. - "Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil", Band I. Reimpresión de la 2ª edic. de 1902. Leipzig, 1969.
- BODENDORF, T. - "Der Hausfriedensbruch. Sein Rechtsgut und Tatbestand in neuerer Entwicklung". Diss. Heidelberg, 1970.
- BOHNERT, J. - "Die Willensbarriere als Tatbestandsmerkmal des Hausfriedensbruchs". GA (1983); págs. 1 y ss.
- BOIX REIG, J. - "Protección penal de la intimidad y del honor e informática" en Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho nº 2 (1983); págs. 29 a 43.
- BOIX REIG, J.; ORTS BERENGUER, I.; VIVES ANTON, T.S. - "La Reforma penal de 1989". Valencia, 1989.
- BORJA JIMENEZ, E. - "Algunos aspectos críticos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el robo en casa ha-

- bitada". Poder Judicial 2ª época nº 6. (1987).
- BORJA JIMENEZ, E. - "El robo en casa habitada" Tesina inédita. Valencia, 1986.
- BRASIELLO, T. - "Domicilio (Violazione di)". Novissimo Digesto Italiano. Tomo VI (1960); págs. 180-183.
- BRICOLA, F. - "Prospettiva e limiti della tutela penale alla riservatezza". Riv. it.dir.proc. pen. (1967); págs. 1079-1141.
- BUENAVENTURA SELVA, N. - "Comentarios al Código Penal reformado". Madrid, 1870; págs. 226 y 227.
- BUENO ARUS, F. - "Los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución en la PANCP".
- BUSTOS RAMIREZ, J. - "Manual de Derecho Penal. Parte Especial". Barcelona, 1986; págs. 100 y ss.
- CAMAÑO ROSA, A. - "Delitos contra la libertad".

ADPCP n° XX (1967); págs. 57-95.

- CARRARA, F.
- "Programa de Derecho Criminal. Parte Especial". Vol. II. Traducción de ORTEGA TORRES, J.J. y GUERRERO, J. Bogotá, 1958.
- CASAS BARQUERO, E.
- "El consentimiento en el Derecho Penal". Córdoba, 1987.
- CASAS VALLES,
- "Inviolabilidad de domicilio y Derecho a la intimidad. Dos sentencias del Tribunal Constitucional sobre el art. 18,2º C.E.". Revista jurídica de Cataluña 1987. 1º; págs. 169 y ss.
- CASTEJON, F.
- "Génesis y breve comentario al Código penal de 23 de diciembre de 1944". Madrid, 1946.
- CASTRO Y BRAVO, F.
- "Los llamados derechos de la personalidad. Dos estudios provisionales". A.D.C. (1959); págs. 1237-73.
- CAVALLO, V.
- "La violazione di domicilio". Napoli, 1938.
- CEREZO MIR, J.
- "Notas al nuevo sistema de Derecho Penal. Una introducción a la

doctrina de la acción finalista".
Barcelona, 1964; Nota 29. 110 y
ss.

-CLAVERIA GOSALVEZ, L.H.

- "Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo". ADC (1983); págs. 1243-61.

-COBO DEL ROSAL, M.

- "Examen crítico del párrafo 3º del art. 119 del C.p. español (sobre el concepto de funcionario público a efectos penales)". R.G. L.J. nº 212 (1962); págs. 213 y ss.

-COBO DEL ROSAL, M.; CARBONELL
MATEU, J.C.

- "Derecho Penal.Parte Especial", coordinado por VIVES ANTON. 2ª edición. Valencia, 1988.

-COBO DEL ROSAL, M.; VIVES
ANTON, T.S.

- "Derecho Penal.Parte General". 2ª edición. Valencia, 1987.

-CORDOBA RODA, J.

- "El delito de detenciones ilegales en el Código penal español". ADPCP Tomo XVIII (1965); págs. 18 y ss.

-CORDOBA RODA, J.

- "Comentarios al Código Penal".

- Tomo III(arts. 120-340 bis c).
Barcelona, 1978; págs. 344-353.
- COUPIENNE, H. - Der Einfluss des Zivilrechts auf
das Delikt des Hausfriedensbruchs"
Diss. Heidelberg, 1926.
- CUELLO CALON, E. - "El nuevo Código Penal español
(Exposición y Comentarios)". To-
mo II. Barcelona, 1930.
- CUELLO CALON, E. - "Derecho Penal.Parte Especial"
Tomo II. Vol. II. 14ª edic. re-
visada y puesta al día por CAMAR
GO HERNANDEZ, C. Barcelona, 1980;
págs. 782 y ss.
- CHAVANNE, A. - "La protection de la vie privée
dans la loi du 17 de Julie de
1970". Rev. sc.crim. (1971);págs.
605-619.
- DALL'ORA, A. - "Codice penali annotato...".
Vol. II. Reimp. Torino, 1983.
- DE LA BALGOMA, M. - "Comentario a la Ley Orgánica
de Protección civil del Derecho
al honor, a la intimidad perso-
nal y familiar y a la propia ima-
gen". Anuario de Derechos Humanos,
2. Madrid, Marzo 1983; ágs. 647 y
ss.

- DE LA MAZA, P.
- "Observaciones a una sentencia del Tribunal Constitucional sobre la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad de las personas jurídicas". La Ley 1988 (3); págs. 811 y ss.
- DE MIGUEL CASTAÑO, A.
- "Derecho a la intimidad frente al derecho a la información, El ordenador y las leyes de protección de datos". RGLJ (1983); págs. 317 y 399.
- DESANTES, J.M.
- "Intimidad e información, derechos excluyentes". Madrid, 1976.
- DIEZ PICAZO, L.
- "Experiencias jurídicas y teoría del Derecho". Barcelona, 1973.
- DIEZ RIPOLLES, J.L.
- "Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras (La frontera del Derecho Penal sexual)". Barcelona, 1982.
- DREHER, E.; TRÖNDLE, H.
- "Strafgesetzbuch mit Nebengesetze". 43ª edic. München, 1986.
- ESCRIVA GREGORI, J.M.
- "La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal". Barcelona, 1976.

- ESER, A. - "Strafrecht III Schwerpunkte: Delikte gegen die Person und Gemeinschaftswerte". München, 1978.
- FARIÑAS MATONI, L.M. - "El derecho a la intimidad". Madrid, 1983.
- FERREIRA, D.M. - "El Derecho a la intimidad; Análisis del art. 1071 bis del Código civil a la luz de la doctrina, legislación comparada y la jurisprudencia". Buenos Aires, 1982.
- FERRER SAMA, A. - "Comentarios al Código penal". Tomo I. Murcia, 1946. Tomo III. Murcia, 1956.
- FERRINI, C. - "Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale". Estratto dall'Enciclopedia del Diritto Penale Italiano diretta dal prof. E. PESSINA. Roma, 1976.
- FLAQUER, L. - "Vers una sociología de la privacidad". Papers. Revista de Sociología. nº 17 (1982); págs. 108 y ss.
- FLORIAN, E. - "Trattato di Diritto Penale. (De-

- litti contra la libert  individua
le)". 4^a ed. Milán, 1936; págs.
155 y ss.
- GALLAS, W. - "Der Schutz del Pers nlichkeit
im Entwurf eines Strafgesetz-
buches (E.62)". ZStW n  75 (1963)
págs. 16 y ss.
- GALLEGOS MORENO, A. - "Inviolabilidad de domicilio,
entrada y registro". Jueces para
la democracia. Información y de-
bate. Abril 1987.
- GARAVELLI, M. - "Codice penale. Parte Speciale"
II. Coordinado por BRICOLA, F.
y ZAGREBELSKY, V. Torino, 1984.
- GARCIA HOZ, V. - "El nacimiento de la intimidad
y otros ensayos". Madrid, 1970.
- GARCIA MACHO, R. - "La inviolabilidad del domici-
lio" REDA, 32. 1982; págs. 855-
69.
- GARCIA PABLOS, A. - "Sobre el delito de coacciones".
Estudios penales y criminol gi-
cos, VI. Santiago de Compostela,
1983; págs. 103-151.
- GARCIA PABLOS DE MOLINA, A. - "El Derecho penal como límite
al ejercicio de las libertades

y derechos fundamentales. Protección penal del honor y la intimidad". Estudios penales. Barcelona, 1984; págs. 373-404.

-GARCIA TORRES, J.; JIMENEZ

BLANCO, A.

- "Derechos fundamentales y relaciones entre particulares". Madrid, 1986.

-GARCIA VITORIA, A.

- "El Derecho a la intimidad en el D. penal y en la C.E. de 1978. Pamplona, 1983.

-GARÇON, E.

- "Code pénal annoté". Tomo I. (art. 1 a 405). París 1901 a 1906.

-GARRAUD, R.

- "Traite theorique et pratique du Droit Pénal Francais". Tomo IV. 8ª edic. París, 1922.

-GEERDS, E.

- "Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht". Hamburg, 1961; pág. 266.

-GIMBERNAT ORDEIG, E.

- "Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español". Madrid, 1979.

-GIMBERNAT ORDEIG, E.

- "Autor y cómplice en Derecho Penal". Madrid, 1966.

- GIUFFRIDA, A.
- "Volontá contraria tácita e de vieto presunto nel reato di violazione di domicilio". Rivista italiana di Diritto Penale nº 7, I (1935); pág. 243-65.
- GOMEZ BENITEZ, J.M.
- "Sobre la teoría del bien jurídico. (aproximación al ilícito penal). RFDUC nº 69.
- GONÇALVES, M.M.
- "Código penal portugués" 4ª edic. Coimbra, 1988; págs. 426 y ss.
- GONZALEZ GUTIAN, L.
- "Protección penal de la intimidad y escuchas clandestinas. (Introducción a la Ley Orgánica 7/1984, de 15 de octubre, sobre tipificación penal de la colocación ilegal de escuchas telefónicas)" en: Comentarios a la Legislación Penal. Dirigidos por COBO DEL ROSAL, M. y coordinados por BAJO FERNANDEZ, M. Tomo VII. Madrid, 1986; págs. 49 a 85.
- GOYET, F.
- "Droit Peñal Espécial". 8ª edic. puesta al día por ROUSSELET, M; ARPAILLANGE, P. y PATIN, J. París, 1972.
- GRIMA LISANDRA, V.
- "El delito de tortura". En preparación.

- GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, A.- "El Código Penal de 1870. Concordado y comentado". Tomo V. Salamanca, 1896; págs. 637-671.
- GUALLART Y DE VIALA, A. - "¿Existe un elemento subjetivo de lo injusto en el delito de allanamiento de morada?" ADPCP (1981); págs. 541-560.
- HAHN, H. - "Der bewaffnete Hausfriedensbruch". Diss. Schönberg, 1919.
- HEIDEMANN, L. - "Die widerrechtlichen that und der schuldhafte Willé beim einfachen Hausfriedensbruch". Diss. Greifswald, 1896.
- HENKEL, H. - "Der Strafschutz des Privatlebens gegen Indiskretion". Gutachten für 42. Deutsche Juristichtag. Tubinga, 1959; págs. 61-145.
- HERZBERG, R.D. - "Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip". Berlin, 1972.
- HIGUERA GIMERA, J.F. - "El delito de coacciones". 2ª edición. Barcelona, 1983.
- HIGUERA GIMERA, J.F. - "El bien jco. de la intimidad personal". Boletín informativo del Ministerio de Justicia nº

1125. Madrid, 15 de marzo de
1978; págs. 3-6.

- HIS, R.
- "Das Strafrecht des deutschen Mittelalters. II Parte. Die einzelnen Verbrechen". Reimpresión Aalen, 1964.
- HRUSCHKA, J.
- "Die Dogmatik der Dauerstraftaten und das Problem der Tatbeendigung". GA (1968); pag. 193 y ss.
- HUEMANN, H.
- "Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion". Juristenzeitung (1957); págs. 521 y ss.
- HUERTA TOCILDO, S.
- "Protección penal del patrimonio inmobiliario". Madrid, 1980.
- HUERTA TOCILDO, S.
- "Problemas fundamentales de los delitos de omisión". Madrid, 1987.
- IGLESIAS CUBRIA, M.
- "El derecho a la intimidad". Universidad de Oviedo, 1970.
- JÄGER, J.
- "Hausfriedensbruch". Diss. Würzburg, 1885.
- JANISZEWSKY, U.
- "Eindringen durch Unterlassen?". Juristische Arbeitsblätter 1985

II. págs. 570-572.

-JARAMILLO GARCIA, A.

- "Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870". Vol. II. Salamanca, 1929.

-JASO ROLDAN, T.

- "Derecho Penal. Parte Especial" Tomo II. Coordinado por RODRIGUEZ MUÑOZ, A. Madrid, 1949.

-JESCHECK, H.H.

- "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción y adiciones de Derecho español a la 3ª edición por S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE. Vol. I. Barcelona, 1981.

-JIMENEZ DE ASUA, L. y ANTON

ONECA, J.

- "Derecho Penal conforme al Código de 1928". Vol. II (Parte Especial). Madrid, 1929.

-JORGE BARREIRO, A.

- "El delito de allanamiento de morada". Madrid, 1987.

-JORGE BARREIRO, A.

- "Descubrimiento y revelación de secretos. Un estudio de Derecho penal español". Revista de Derecho público nº 87 (1982) pág. 256.

-KAGELER, H.

- "Die gemeinsame und beschränkte

zivilrechtliche Inhaberschaft
des Hausrechts unter besonde-
rer Berücksichtigung der Bestim-
mung des Rechtsguts des 123 St
GB". Diss. Hamburg, 1974.

-KIELWEIN, G.

- "Die Straftaten gegen die per-
sönliche Freiheit oder Sicher-
heit". Materialien zur Straf-
rechtsreform. 2 Band. Rechtsver-
gleichende Arbeiten. Bonn, 1955.

-KIENAPFEL, D.

- "Grundriss des österreichischen
Strafrechts". Besonderer Teil.
Band I. 2^e edic. Wien, 1984.

-KLOTTET, J.C.

- "Criminal Law". 2^e edic. Crimi-
nal Justice Studies. Anderson
Publishing Co. 1986.

-KNODEL, K.D.

- "Der Begriff der Gewalt im
Strafrecht". Diss. München y
Berlin, 1962.

-KÜCHENHOFF, E.

- "Die Legende von einer hers-
chenden Meinung". JuS 1982
(Entrega 3); pág. 235.

-LAFAVE, W.R.; SCOTT, A.W.

- "Substantive criminal Law".
Vol. 2. Saint Paul. Minn. 1986.

- LARENZ, K. - "Metodología de la Ciencia del Derecho" 2ª edición definitiva. Barcelona, 1980.
- LARRAURI PIJOAN, E. - "Allanamiento de morada y el derecho a la vivienda". C.P.C. nº 23 (1984), págs. 291-309.
- LARRAURI PIJOAN, E. - "Libertad y Amenazas". Barcelona, 1987.
- LENCKNER, T. - "Strafgesetzbuch Kommentar" por SCHÖNKE, A. y SCHRÖDER, H. 23ª edición. München, 1988; págs. 932 y ss.
- LISZT, F. Von - "Lehrbuch des Deutschen Strafrechts". 21 y 22ª edic. Berlín y Leipzig, 1919; págs. 386 y ss.
- LOËS, CH. - "Der Hausfriedensbruch auf der Grundlage des Entwurfes zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch und unter Berücksichtigung der kantonalen Gesetzgebung". Diss. Frankfurt A.M. 1920.
- LOPEZ REY Y ARROYO, M.; ALVA REZ VALDES, F. - "El nuevo Código penal". Madrid, 1933.

- LUCAS VERDU, P. - "Inviolabilidad de domicilio".
N.E.J. Tomo XIII (1968); págs.
669-673.
- LUZON PEÑA, D.M. - "Aspectos esenciales de la le-
gítima defensa". Barcelona, 1978.
- LUZON PEÑA, D.M. - "Legítima defensa y estado de
necesidad defensivo", en Comen-
tarios a la Legislación Penal.
Tomo V. Vol. I. Dirigidos por
COBO DEL ROSAL, M. y coordina-
dos por BAJO FERNANDEZ, M. Ma-
drid, 1985; págs. 223 y ss.
- MADRID CONESA, F. - "Derecho a la intimidad, infor-
mática y Estado de Derecho".
Valencia, 1984.
- MAGALDI, M.J. - "La legítima defensa en la ju-
risprudencia española. Análisis
de los apartados 4º, 5º y 6º del
art. 8º del Código penal. Bar-
celona, 1966.
- MAGGIORE, G. - "Derecho Penal. Parte Especial".
Vol. IV traducido por ORTEGA TO-
RRES, J.J. en su 2ª edición. Bo-
gotá, 1972.
- MANZINI, U. - "Tratatto di Diritto Penale

- italiano". 5ª edición Vol. VIII
puesto al día por D. PISAPIA.
Torino, 1985; págs. 840-909.
- MAQUEDA ABREU, M.L. - "Los delitos contra la libertad
y la seguridad de las personas"
Granada, 1988.
- MARTIN BERNAL, - "Los derechos de la personali-
dad en la Constitución Española"
RGLJ nº 223 (1979); págs. 4 y
ss.
- MARTIN-RETORTILLO DE OTTO Y
PARDO, I. - "Derechos fundamentales y Cons-
titución". Madrid, 1978.
- MAS FORNS, R. - "La proyección penal de la ca-
sa". RGLJ nº 199 (1955); págs.
37-95.
- MAURACH, R.; SCHRÖDER, F.CH. - "Strafrecht. B.T." 6ª ed. Hei-
delberg-Karlsruhe, 1977.
- MEZGER, E. - "Tratado de Derecho Penal" tra-
ducción y notas de RODRIGUEZ MU
ÑOZ, A. Tomo I. Madrid, 1935.
- MEZGER, E. - "Strafrecht. I. Allgemeiner Teil.
Ein Studienbuch". Puesto al día
por BLEI, H. 14ª edic. Munich,
1.970.

- MICHEL, G. - "Erscheinungsformen und Strafzumessung beim Hausfriedensbruch". Diss. Freiburg, 1958.
- MIR PUIG, S. - "Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho". Barcelona, 1979.
- MIR PUIG, S. - "Derecho Penal. Parte General". 2ª edición. Barcelona, 1985.
- MIR PUIG, S. - "El delito de coacciones del Código penal". ADPCP. Tomo XXX (1977); págs. 269-306.
- MIR PUIG, S. - "Objeto del delito". NEJ (1986)
- MIRA BENAVENT, J. - "El concepto de violencia en el delito de coacciones". C.P.C. nº 22. (1984); págs. 95 y ss.
- MOMMSEN, T. - "Römisches Strafrecht". Leipzig, 1898.
- MONACO, L. - "Commentario breve al Codice penale" Coordinado por CRESPI, A; ZUCCALA, G. y STELLA, F. Padova, 1986.
- MORALES PRATS, F. - "Delitos contra la intimidad, privacy y reforma". Df. Monografía

- fica dedicada a la PANCP. 1 ene
ro/diciembre 1983. págs. 575-
631.
- MORALES PRATS, F. - "La tutela penal de la intimi-
dad: Privacy e informática".
Barcelona, 1984.
- MORILLAS CUEVAS, L. - "El lugar como circunstancia
agravante". Boletín Informativo
del Ministerio de Justicia, núms.
1293 y 1294. Madrid (1982).
- MÖSSNER, A. - "Der Hausfriedensbruch in recht
vergleichender Darstellung".
Diss. Tübingen, 1914.
- MÜNCH, I. Von - "Grundgesetzkommentar" Ban. 1
bis art. 20 . 3ª Auflage. Mun-
chen, 1985; págs. 595 y ss.
- MUÑOZ CONDE, F. - "Teoría General del Delito".
Bogotá, 1984.
- MUÑOZ CONDE, F. - "Derecho Penal. Parte Especial"
7ª edición. Valencia, 1988.
- NEEFF, A. - "Der Hausfrieden in örtlicher
Beziehung einst und jetzt".
Diss. Stuttgart, 1900.
- NERSON, R. - "La protection de la vie privée

en droit positive français".
Rev. int. der. comp. (1971);
pág. 739.

-NOLL, P.

- "Schweizerisches Strafrecht
Besonderer Teil I. Delikte ge-
gen den Einzelnen". Zürich, 1983.

-NOSEDA, E.

- "Enciclopedia del Diritto Pena-
le Italiano". A cargo de PESSI-
NA, E. Vol. VI. Milán, 1909.

-OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.

- "Revisión de algunos aspectos
de los delitos contra la invio-
labilidad del domicilio (art.
191 del C.p.)". ADPCP Tomo XL
(1987).

-OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.

- "La prevaricación del funciona-
rio público". Madrid, 1980.

-ORLANDIS, J.

- "La paz de la casa en el Dere-
cho español en la Alta Edad Me-
dia". Anuario de Historia del
Derecho Español. Tomo XV (1944)

-ORTIZ DE ZUÑIGA, M.; CASTRO

Y OROZCO, J.

- "Código penal explicado para la
común inteligencia y fácil apli-
cación de sus disposiciones".
Tomo II. Granada, 1848.

- OSENBRÜGGEN, E. - "Der Hausfrieden. Ein Beitrag zur der deutschen Rechtsgeschichte. Erlangen, 1857 reimpre_{si}ón en 1968.
- OSTENDORF, H. - "Kommentar zum Strafgesetzbuch" Band 3 (Reihe Alternativkommentare, herausgeber Wassermann, R.) Luchterhand, 1986; págs. 353 y ss.
- ORTENDORF, H. - "Forum; Strafbarkeit und Strafwürdigkeit von Hausbesetzungen" JuS (1981); págs. 640 y ss.
- OTTO, H. - "Anmerkung zu OLG München". NJW (1972); pág. 2275 y (1973) pág. 668.
- OTTO, H. - "Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte". 2ª edición. Berlín, 1984; págs. 126 y ss.
- PACHECO, J.F. - "El Código Penal. Concordado y comentado. Tomo II. 2ª edic. Madrid, 1856; págs. 259-66.
- PELLISE PRATS, B. - "Delitos contra la inviolabilidad del domicilio". NEJ Tomo VI.
- PELLISE PRATS, B. - "Allanamiento de morada". NEJ.

- Tomo III; págs. 616 y ss.
- PEREIRA, V. - "Código Penal". Lisboa, 1987; págs. 230 y ss.
- PEREZ LUÑO, A.E. - "La protección de la intimidad frente a la informática en la C.E. de 1978". Rev. de Est. Políticos (Nueva Epoca) nº 9. (1979); pág. 61.
- PFISTER, J. - "Hausfriedensbruch". Diss. Heidelberg, 1917.
- POLAINO NAVARRETE, M. - "Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español". Sevilla, 1972.
- PREISENDANZ, H. - "Strafgesetzbuch" 30 auflage. Berlin, 1978; págs. 464 y ss.
- PUENTE MUÑOZ, T. - "El derecho a la intimidad en el artículo 18 de la Constitución, núms. 1º y 4º" en Estudios sobre la Constitución Española de 1978. Valencia, 1980.
- PUIG PEÑA, F. - "Derecho Penal. Parte Especial" 7ª edición actualizada por G. ORTIZ PRICOL. Tomo II. Madrid, 1988; págs. 527 y ss.

- QUERALT JIMENEZ, J. - "El concepto penal de funcionario público". C.P.C. nº 27. (1985); págs. 477 y ss.
- QUERALT JIMENEZ, J. - "Derecho Penal Español. Parte Especial". Vol. I. Barcelona, 1986; págs. 199 y ss.
- QUINTANO RIPOLLES, A. - "Curso de Derecho Penal". II. Madrid, 1963.
- QUINTANO RIPOLLES, A. - "Compendio de Derecho Penal". Vol. II. (Parte Especial). Madrid, 1958.
- QUINTANO RIPOLLES, A. - "Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. Tomo I. Vol. II. Infracciones contra la personalidad". Edición preparada por GIMBERNAT ORDEIG, E.; Madrid, 1972; págs. 948 y ss.
- QUINTANO RIPOLLES, A. - "Comentarios al Código Penal". Vol. II. Madrid, 1966; págs. 357-360.
- REHBERG, J. - "Grundriss Strafrecht III. Delikte gegen den Einzelnen". 4ª edic. Zürich, 1987.
- RIEFFENBERG, W. - "Das Hausrecht". Diss. Hannover, 1915.

- RIGAUX, F. - "La elaboration d'un "Right of Privacy" par la jurisprudence americaine". Revue internationale de droit comparé (1980); págs. 701-730.
- RODRIGUEZ DEVESA, J.M. - "Derecho Penal Español. Parte Especial" 10ª edic. puesta al día por SERRANO GOMEZ, A. Madrid, 1987.
- RODRIGUEZ MOURULLO, G; CORDOBA RODA, J. - "Comentarios al Código Penal" Tomo I. Ed. Ariel. Barcelona, 1972; págs. 765-779.
- RODRIGUEZ MUÑOZ, A. - Notas al "Tratado de Derecho Penal" de E. MEZGER. Tomo I. Madrid, 1935; pág. 234 (nota 2).
- RODRIGUEZ RAMOS, L. - "La protección penal de la intimidad en la PANCP (opciones de contenido y sistemáticas)". RFDUC. Nueva Epoca. Monográfico V. Madrid, 1983; págs. 601-608.
- RODRIGUEZ RAMOS, L. - "Libertades cívicas y D. Penal" Madrid, 1975.
- RODRIGUEZ RAMOS, L. - "Compendio de Derecho Penal.

- Parte Especial". Madrid, 1985.
- ROGEL VIDE, C. - "Bienes de la personalidad. De rechos fundamentales y Liberta des públicas". Bolonia, 1985.
- ROMERO COLOMA, A.M. - "Derecho a la intimidad, infor mación y proceso penal". Madrid, 1987.
- RUDOLPHI, H.J. - "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico". Nuevo Pensamiento Penal, 1975; págs. 329 y ss.
- RUDOLPHI, H.J. - "Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Band II.B.T. (80-358)". RUDOLPHI, H.J.; HORN, E.; SAMSON, E. 3 Auflage. Frankfurt a. Main, 1984; págs. 1 y ss.
- RUIZ ANTON, L.F. - "Los robos con fuerza en las cosas. Nuevos módulos para de- terminar la pena ". Comentarios a la legislación penal. Dirigi- dos por COBO DEL ROSAL, M. y coordinados por BAJO FERNAN- DEZ, M. Tomo V. Vol. 2º. Ma- drid, 1985.

- RUTKOWSKY, - "Legalität und legitimität nach Hausbesetzung". JuS (1982), Heft 3, págs. 235 y ss.
- SAINZ CANTERO, J.A. - "Derecho Penal II. Parte Especial". UNED. Madrid, 1974.
- SAN MARTIN LOSADA, L. - "El Código penal de 1928. Su estudio y comparación con el de 1870". Madrid, 1928.
- SANTAMARIA PASTOR, J.A. - "Sobre el derecho a la intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables"; págs. 159-181. Rev. Español. de Derecho Constituc. nº 15 (1985).
- SANZ MORAN, A.J. - "El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa". Valladolid, 1986.
- SCHÄFER - "Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar". 10ª edic. Coordinado por H.H. JESCHECK, W. ROSS y G. WILLMS. Tomo IV. Berlín-Nueva York, 1988.
- SCHALL, H. - "Die Schutzfunktionen der Strafbestimmung gegen den Hausfriedensbruch. Ein Beispiel für die soziologisch fundierte

Auslegung strafrechtlicher Tatbestände". Berlin, 1974.

- SCHALL, H. - "Hausbesetzungen im Lichte der Auslegung des par. 123 StGB". NStZ n° 95 (1983); págs. 24 y ss.
- SCHILD, W. - " "Eindringen" (par. 123 StGB) bei individuellem Betretungsverbot". NStZ (1986); págs. 346-351.
- SCHLINK, B. - "Das nachrichtendienstliche Mitteln". NJW (1980); pág. 557.
- SCHMID, W. - "Der Hausfriedensbruch nach dem Recht des Entwurfes zu einem Schweiz Strafgesetzbuch (art. 161)". Diss. Zürich, 1921.
- SCHMIDHÄUSER, E. - "Strafrecht. Besonderer Teil". 2ª edic. Tübingen, 1983;pág. 70.
- SCHMIDT, G. - "Zur Problematik des Indiskretionsdelikttes". ZStW (1967); pág. 741.
- SCHÖN, R. - "Besetzung leerstehender Häuser, Hausfriedensbruch?" NJW (1982); págs. 721-791.

- SEMINARA, S. - "Tecniche normative e concorso di persone nel reato". Milan, 1987.
- SEMPERE RODRIGUEZ, C. - "Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (Comentarios al art. 18 de la C.E.)" en AAVV. Comentarios a las leyes políticas. Const. Esp. de 1978.II (arts. 10 a 23). Madrid, 1984; págs. 423-465.
- SERRANO ALBERCA, J.M. - "Comentarios a la Constitución" Dirigidos por I. GARRIDO FALLA. 2ª ed. Madrid, 1985.
- SILVA SANCHEZ, J.M. - "El delito de omisión, concepto y sistema". Barcelona, 1986.
- SIMMEL, A. - "Esfera reservada de la intimidad". Enciclopedia internacional de las ciencias sociales. Vol. 6 (1975); págs. 247-253.
- SIMSON, G.; GEERDS, F. - "Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht". München, 1969; págs. 274 y ss.
- SINA, P. - Die Dogmengeschichte des Strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut" ". Basel, 1962.

- SINISCALCO, M. - "Domicilio (Violazione di)".
Enciclopedia del Diritto. Tomo
XIII (1964).
- SMITH, J.C.; HOGAN, B. - "Criminal Law". 6ª edic. London
-Edinburgh, 1988.
- SOBREMONTÉ MARTINEZ, J.E. - "Prostitución y Código penal",
Valencia, 1984.
- STAMPA BRAUN, J.M. - "El objeto jurídico del infan-
ticidio ""honoris causa"". (Con-
tribución al estudio de los de-
litos contra la vida)". ADPCP.
Tomo VIII (1955).
- STEINER, H. - "Das Grundrecht der Unverletz-
lichkeit der Wohnung". Zurich,
1959.
- STEINMETZ, B. - "Hausfriedensbruch bei Räumen
mit generaller Zutritterlaubnis"
JuS (1985); págs. 94-96.
- STERN, K. - "Das Staatsrecht der Bundes.re-
publik Deutschland" Band III. All-
gemeine Lehren der Grundrechte
I.Halbband. München, 1985.
- STOGEL, G. - "Das neue Strafrecht. Besonde-
rer Teil". 2ª entrega. Munich,
1985.

- STOIBER, E. - "Der Hausfriedensbruch im Lichte aktueller Probleme". Diss. München, 1971.
- STRATENWERTH, G. - "Schweizerisches Strafrecht. B.T." 3ª edic. Berna, 1983.
- STREE, W. - "Strafgesetzbuch Kommentar" por SCHÖNKE, A; SCHRÖDER, H. 23ª edic. Munich, 1988.
- STÜCKEMANN, W. - "Der getäuschte Hausrechtinhaber". JR (1973); pág. 414.
- STUCKI, J. - "Der Hausfriedensbruch (art. 186 StGB) verglichen mit den entsprechen den Regeln des amerikanischen Rechts unter besonderer Berücksichtigung des Model Penal Code des American Law Institute". Bern, 1970.
- SUAREZ MONTES, R.F. - "El delito de allanamiento de morada". Separata RGLJ (1968) págs. 869 y ss.
- TERRADILLOS BASOCO, J. - "La satisfacción de necesidades como determinación del objeto de tutela jurídico penal" RFDUC nº 63 (1981).
- TEUCRO, B. - "Violazione di domicilio" Novi

- ssimo Digesto italiano. Tomo VI.
Torino, 1960.
- TOMAS Y VALIENTE, F. - "El Derecho Penal de la monarquía absoluta. Siglos XVI, XVII y XVIII". Madrid, 1969.
- TORIO LOPEZ, A. - "La estructura típica del delito de coacciones" ADPCP. Tomo XXX (1977); págs. 19-39.
- TORIO LOPEZ, A. - "Sobre los límites de la ejecución por imprudencia" ADPCP. Tomo XXV (1972); págs. 53-88.
- Del TORO MARZAL, A. - "Comentarios al Código penal". Tomo II, por CORDOBA RODA, J.; RODRIGUEZ MOURULLO, G.; Del TORO MARZAL, A. y CASABO, J.R. Barcelona, 1972.
- TRABANDT, J. - "Die Kriminalrechtliche Schutz des Hausfriedens in seiner geschichtlichen Entwicklung". Diss. Hamburg, 1970.
- TRUYOL SERRA, A.; VILLANUEVA ECHEVARRIA, R. - "Derecho a la intimidad e informática". Documentación Jurídica nº 318 (1973); págs. 111 y ss.

- URABAYEN, M.
- "Vida privada e información: Un conflicto permanente". Pamplona, 1977.
- UTEWSKY, J.
- "Das Vergehen des einfachen Hausfriedensbruches nach geltendem Recht". Diss. Heidelberg, 1914.
- VALDEAVELLANO, L.G.
- "Domus Descripta". Anales Universidad de Barcelona, 1943.
- VALLE MUNIZ, J.M.
- "El delito de estafa. Delimitación jurídicopenal con el fraude civil". Barcelona, 1987.
- VIADA Y VILASECA, S.
- "Código Penal Reformado de 1870". Tomo III. 4ª ed. Madrid, 1890; págs. 294 a 308.
- VIDAL MARTINEZ, J.
- "Manifestaciones del derecho a la intimidad personal y familiar". RGD. (1980); págs. 1403 y ss.
- VIDAL MARTINEZ, J.
- "En torno al concepto y naturaleza del derecho a la intimidad personal y familiar". Separata de la Revista General de Derecho. Valencia, 1980; págs. 5 y ss.

- VIDAL MARTINEZ, J. - "La protección de la intimidad de la persona en el ordenamiento positivo español". Revista de Derecho privado (1980).
- VIVES ANTON, T.S.; GIMENO SENDRA, J.V. - "La detención". Barcelona, 1977.
- VIVES ANTON, T.S. - "La estructura de la teoría del concurso de infracciones". Valencia, 1981.
- VIVES ANTON, T.S. - "Derecho Penal. Parte Especial" Coordinado por VIVES ANTON, T. S. 2ª edic. Valencia, 1988.
- VIZMANOS, T.M. y ALVAREZ MARTINEZ, C. - "Comentarios al Código penal". Tomo II. Madrid, 1848.
- VOUIN, R. - "Droit pénal Spécial". 5ª edic. puesta al día por L.M. RASSAT. París, 1983.
- WACKS, R. - "The Protection of privacy". London, 1980.
- WARRENS, S.D.; BRANDEIS, L.D. - "The right to privacy". Harvard Law Review. Vol. IV. nº 5 (1980); págs. 193. y ss.

- WELZEL, H. - "Das Deutsche Strafrecht". 11ª edición. Berlín, 1969.
- WESSELS, J. - "Strafrecht. Besonderer Teil-1". 11ª edición. Heidelberg, 1987.
- WESTIN, F. - "Privacy and Freedom". Nueva York, 1967.
- WILDA, W.E. - "Geschichte des deutschen Strafrecht der Germanen". Halle, 1842.
- WILLIAMS, G. - "Textbook of Criminal Law". 2ª edic. London, 1983.
- WINKLER, G. - "Vollendung und Beendigung des vorsätzlichen Verbrechens" Diss. Munich, 1965.
- ZAGNONI, P. - "Sulla tutela penale del diritto alla riservatezza". Rivista italiana di diritto e procedura penale (1982); págs. 978 y ss.
- ZEHLER, F. - "Der Hausfriedensbruch". Diss. Würzburg, 1913.
-

JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA PENAL EXAMINADA
=====

En el presente apartado señalamos el conjunto de resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo en materia de allanamiento de morada y que han sido específico objeto de estudio en nuestra investigación.

Las fuentes utilizadas son la Colección Legislativa de España, en materia criminal Jurisprudencia Criminal (JC), Colección oficial, y el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi (RA), colección privada que ha sido examinada subsidiariamente, es decir, cuando no ha podido localizarse la sentencia de la Colección oficial.

COLECCION LEGISLATIVA DE ESPAÑA

JURISPRUDENCIA CRIMINAL.

<u>FECHA</u>		<u>Nº REFERENCIA</u>	<u>TOMO</u>	<u>PAGINA</u>
14 julio	1871	407	2	172
29 noviembre	1871	255	3	117
1 diciembre	1871	649	4	151
11 junio	1872	1167	7	175
19 septiembre	1872	1185	7	212
14 diciembre	1872	1402	7	636
16 "	1872	1405	7	641
4 febrero	1873	1523	8	152
20 "	1873	1562	8	238
2 enero	1874	1973	10	5

<u>FECHA</u>		<u>Nº REFERENCIA</u>	<u>TOMO</u>	<u>PAGINA</u>
10 febrero	1874	2040	10	152
29 octubre	1874	2474	10	459
12 diciembre	1874	2577	11	683
12 febrero	1875	2650	12	98
8 marzo	1875	2683	12	173
19 mayo	1875	2778	12	382
2 junio	1875	2803	12	437
7 abril	1876	3299	14	481
28 junio	1876	3456	15	132
28 septiembre	1876	3511	15	265
15 marzo	1877	3849	16	322
3 julio	1877	4032	17	18
10 diciembre	1877	4240	17	440
3 "	1878	4759	17	367
26 "	1878	4799	17	451
18 enero	1879	4834	20	59
3 marzo	1879	4908	20	204
8 "	1880	5399	22	171
26 diciembre	1881	6306	25	427
1 "	1882	6825	27	389
3 abril	1883	7014	28	277
19 octubre	1883	7318	29	388
2 noviembre	1883	7354	30	11
19 "	1883	7400	30	103
10 marzo	1884	7787	31	480
28 marzo	1884	7850	31	615

<u>FECHA</u>		<u>Nº REFERENCIA</u>	<u>TOMO</u>	<u>PAGINA</u>
2 abril	1884	7868	31	659
7 "	1884	7888	31	728
20 junio	1884	8131	31	490
15 septiembre	1884	8241	33	28
29 octubre	1884	8346	33	271
20 noviembre	1884	8420	33	443
30 "	1884	8422	33	448
12 mayo	1885	35	35	74
13 noviembre	1885	373	35	755
29 enero	1886	93	36	179
11 abril	1886	276	38	276
14 "	1886	333	36	627
19 octubre	1886	142	37	318
9 noviembre	1886	158	37	347
7 junio	1887	14	39	27
7 julio	1887	112	39	238
28 octubre	1887	270	39	574
16 diciembre	1887	450	39	955
20 marzo	1888	232	40	491
17 noviembre	1888	337	41	730
26 "	1888	373	41	802
18 diciembre	1888	445	41	967
7 febrero	1889	123	42	261
13 abril	1889	315	42	681
5 "	1890	222	44	437
31 mayo	1890	339	44	699

<u>FECHA</u>	<u>Nº REFERENCIA</u>	<u>TOMO</u>	<u>PAGINA</u>
4 diciembre 1890	314	45	643
3 febrero 1892	56	48	123
26 " 1892	113	48	228
29 abril 1892	219	48	448
3 mayo 1892	229	48	468
18 diciembre 1893	221	51	457
18 mayo 1894	263	52	600
12 febrero 1895	84	54	185
13 mayo 1895	144	54	339
15 junio 1895	339	54	740
18 noviembre 1895	135	55	276
25 abril 1896	306	56	567
10 julio 1896	22	57	41
5 noviembre 1896	136	57	236
6 abril 1897	199	58	300
1 mayo 1897	257	58	449
21 marzo 1898	88	60	190
8 febrero 1899	74	62	156
27 marzo 1899	122	62	261
27 diciembre 1899	285	63	466
10 " 1900	172	65	343
24 abril 1901	124	66	233
22 octubre 1901	79	67	162
28 febrero 1902	110	68	226
22 julio 1902	31	69	73
11 " 1903	33	71	72

<u>FECHA</u>		<u>Nº REFERENCIA</u>	<u>TOMO</u>	<u>PAGINA</u>
16 marzo	1904	143	72	283
8 julio	1904	13	73	27
20 diciembre	1904	282	73	472
11 octubre	1905	93	75	176
20 abril	1906	187	76	361
7 diciembre	1906	175	77	373
30 "	1907	57	79	127
14 febrero	1908	84	80	187
28 octubre	1908	80	81	180
21 febrero	1911	67	86	144
10 octubre	1911	55	87	131
11 "	1911	58	87	139
17 noviembre	1911	105	87	247
14 febrero	1914	45	92	125
24 noviembre	1914	84	93	212
29 enero	1915	42	94	109
27 abril	1915	149	94	372
18 "	1916	89	96	214
16 octubre	1916	58	97	142
24 noviembre	1917	108	99	237
19 diciembre	1918	119	101	287
9 "	1922	232	108	555
29 "	1923	152	109	361
12 septiembre	1924	248	111	574
26 enero	1925	27	112	65
12 "	1928	15	118	33

<u>FECHA</u>	<u>Nº REFERENCIA</u>	<u>TOMO</u>	<u>PAGINA</u>
26 febrero 1929	164	119	368
1 diciembre 1931	161	125	274
14 " 1933	146	129	382
26 julio 1934	38	131	102
23 septiembre 1947	336	1947-III	12
5 julio 1950	30	12	360
5 abril 1951	179	13	486
16 " 1951	195	13	524
9 mayo 1952	248	17	38
28 abril 1953	278	En-Ab. 19	731
3 " 1954	316	22	813
26 mayo 1955	565	26	268
1 febrero 1956	103	28	223
21 abril 1956	381	28	882
8 febrero 1957	134	31	327
15 junio 1957	585	32	410
27 marzo 1958	330	34	822
11 noviembre 1958	994	36	551
9 junio 1960	525	41	340
3 febrero 1961	70	43	177
13 noviembre 1961	1068	45	578
16 enero 1962	50	46	131
29 abril 1963	701	49	886
11 marzo 1964	236	53	484
8 abril 1964	658	53	693
14 mayo 1964	945	54	300

<u>FECHA</u>	<u>Nº REFERENCIA</u>	<u>TOMO</u>	<u>PAGINA</u>
23 octubre 1964	1546	55	702
2 noviembre 1964	1672	56	10
18 diciembre 1964	1983	56	785
30 enero 1965	129	57	342
20 febrero 1965	284	57	733
29 " 1965	665	Ab-May.	447
24 septiembre 1967	975	Jul-Sep.	305
13 febrero 1968	240	En-Feb.	571
23 " 1968	302	"	732
30 abril 1968	688	Ab-May.	503
16 mayo 1968	791	"	252
27 " 1968	861	"	448
15 junio 1968	988	Jun-Jul.	262
8 octubre 1968	1244	Sep-Oct.	249
15 noviembre 1968	1516	Nov.	209
18 enero 1969	50	En.	121
17 febrero 1969	277	Feb.	398
20 junio 1969	1405	Jun-Jul.	586
24 " 1969	1447	"	689
23 octubre 1969	1837	Sep-Oct.	738
7 noviembre 1969	1938	Nov.	145
18 " 1969	2016	"	385
17 abril 1970	478	Marz-Ab.	762
14 mayo 1970	623	May-Sep.	205
19 mayo 1970	641	"	258
26 " 1970	704	"	435

<u>FECHA</u>	<u>Nº REFERENCIA</u>	<u>TOMO</u>	<u>PAGINA</u>
10 octubre 1970	1037	Oct.	148
17 noviembre 1970	1260	"	305
15 diciembre 1970	1369	Dic.	663
28 septiembre 1971	1075	Jul-Oct.	593
19 abril 1972	603	Abril	302
8 mayo 1973	694	Mayo	89
14 enero 1974	36	Enero	90
22 junio 1974	1059	Junio	447
5 octubre 1974	1269bis	Oct.	114
27 enero 1975	101	Enero	340
29 " 1975	117	"	384
5 febrero 1975	158	Feb.	510
20 junio 1975	956	Junio	315
3 noviembre 1976	1217	Nov.	44
22 abril 1978	374	Marz-Ab.	617
8 marzo 1979	278	"	121
18 mayo 1979	616	May-Jun.	295
13 diciembre 1979	1301	Dic.	639
28 octubre 1980	1142	Oct.	924
18 noviembre 1981	1324	Nov.	308
11 octubre 1982	1198	Oct.	177
10 noviembre 1982	1364	Nov.	194
27 enero 1983	27	En-Feb.	71
11 mayo 1983	693	Ab-May.	264

REPERTORIO ARANZADI

<u>FECHA</u>		<u>Nº REFERENCIA</u>
24 enero	1966	245
19 febrero	1966	892
4 marzo	1966	1053
20 abril	1966	1841
18 mayo	1966	2516
2 noviembre	1966	4755
7 febrero	1984	1214
24 "	1984	1169
21 marzo	1984	1884
29 mayo	1984	3491
23 febrero	1985	1538
25 marzo	1985	2031
6 noviembre	1987	8458
20 "	1987	8573
2 febrero	1988	845
16 "	1988	1089
29 "	1988	1338
14 marzo	1988	2004
23 "	1988	2081
29 "	1988	2116
5 abril	1988	2723
16 septiembre	1988	6679
29 "	1988	7171
31 octubre	1988	8254

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EXAMINADA

Señalamos las resoluciones (tanto autos como sentencias) del Tribunal Constitucional que han sido objeto de estudio tanto en materia de derecho a la intimidad como de inviolabilidad de domicilio.

<u>RESOLUCION</u>	<u>FECHA</u>	<u>Nº REFERENCIA</u>
Sentencia	30 enero 1981	2
"	16 junio 1982	37
Auto	8 noviembre 1982	529
Sentencia	2 diciembre 1982	73
"	17 febrero 1984	22
Auto	30 mayo 1984	325
Sentencia	26 noviembre 1984	110
"	29 " 1984	114
"	11 abril 1985	53
Auto	17 " 1985	139
Sentencia	31 mayo 1985	70
Auto	3 julio 1985	425
Sentencia	17 octubre 1985	137
Auto	4 diciembre 1985	851
"	23 julio 1986	642
"	19 noviembre 1986	982
Sentencia	3 junio 1987	89
"	30 octubre 1987	170

ABREVIATURAS

ABREVIATURAS

- ADC - Anuario de Derecho Civil.
- ADPCP - Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
- AHDE - Anuario de Historia del Derecho Español.
- AK - Kommentar zum StGB (Serie de Comentarios alternativos coordinados por WASSERMANN).
- Art. - Artículo.
- AT - Allgemeiner Teil (Parte General).
- BGB - Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil alemán).
- BT - Besonderer Teil.
- Co - Código civil.
- CE - Constitución Española.
- Cp - Código penal.
- CPC - Cuadernos de Política Criminal.
- DP - Doctrina Penal.
- GA - Archiv für Strafrecht, fundado por GOLTDAMMER, T.H.
- GG - Grundgesetz (Ley Fundamental, Constitución alemana).
- JC - Jurisprudencia Criminal.
- JR - Juristische Rundschau.

- Jura - Juristische Ausbildung.
- JuS - Juristische Schulung.
- JZ - Juristenzeitung.
- LK - Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Coordinados por JESCHECK, H.H.; RUSS, W. y WILMS, G.
- MPC - Model Penal Code. Modelo de Código penal en EEUU.
- NEJ - Nueva Enciclopedia Jurídica. Seix.
- NJW - Neue Juristische Wochenschrift.
- NStZ - Neue Zeitschrift für Strafrecht.
- PANCP - Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983.
- PE - Parte Especial.
- PG - Parte General.
- RA - Repertorio Aranzadi.
- RDP - Revista de Derecho Público
- REDA - Revista Española de Derecho Administrativo.
- RFDUC - Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
- RGD - Revista General de Derecho.
- RGLJ - Revista General de Legislación y Jurisprudencia.

Riv. it.Dir.

Proc. Pen. - Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale.

RJC - Revista Jurídica de Cataluña.

SK - Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Por
RUDOLPHI, HORN y SAMSON.

STC - Sentencia del Tribunal Constitucional.

StGB - Strafgesetzbuch. (Código penal alemán).

STS - Sentencia del Tribunal Supremo.

TC - Tribunal Constitucional.

TS - Tribunal Supremo.

ZStW - Zeitschrift für die gesamte Strafrechts-Wissenschaft.
