

¿Existe un elemento subjetivo de lo injusto en el delito de allanamiento de morada? (*)

ALFONSO GUALLART Y DE VIALA,
Profesor adjunto numerario de Derecho penal
en la Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. Planteamiento del problema.—II. Los elementos subjetivos de lo injusto.—III. Los elementos subjetivos y lo injusto específico del delito de allanamiento de morada a la luz de la dogmática.—IV. Postura jurisprudencial.—V. El Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1980.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Según reza el párrafo primero del artículo 490 de nuestro vigente Código penal, «El particular que entrare en morada ajena, o sin habitar en ella se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con arresto mayor y multa de 20.000 a 100.000 pesetas». En idéntico sentido se expresa el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980 pues que al definir el allanamiento de morada en su artículo 186, tan sólo se limita a que el inciso «sin habitar en ella», haya venido a preceder a sus dos posibles formas de comisión (1).

He aquí un precepto cuya aplicación plantea múltiples problemas. La existencia o inexistencia en el mismo de un «dolo específico» —como en terminología anticuada suele decirse— o, mejor, de un elemento subjetivo de lo injusto, ha de plantearlos en torno a su apreciación y, consecuentemente, a su admisión en forma culposa (2) y concursal.

Han propiciado todo ello otros preceptos de nuestro Código

(*) Trabajo expresamente escrito para tomar parte en las oposiciones a la Cátedra de Derecho penal de la Universidad de La Laguna («BOE» 26 enero 1981). Se publica respetando los correspondientes plazos y demás trámites legales. Lo dedicamos con todo afecto, como homenaje póstumo, al profesor Antón Oneca.

(1) «El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador...» («Boletín Oficial de las Cortes Generales», Congreso de los Diputados, Serie A, Proyectos de Ley, 17 de enero de 1980).

(2) No pretendo afirmar con ello, a priori, la imposibilidad de comisión culposa cuando en un precepto aparezca un elemento subjetivo de lo injusto, pues, aunque excepcionalmente, ambos pueden coexistir (Cfr. BAJO FERNÁN-

penal. Por un lado, la apriorística incriminación genérica de los delitos culposos —singularidad de nuestro sistema punitivo vigente (3)—, ha inclinado a buscar y defender en tipos delictivos como el presente, elementos subjetivos de lo injusto muchas veces imaginarios, como solución restrictiva a tan desmesurada concepción de la infracción imprudente. Y por otro, la existencia de la circunstancia agravante genérica de morada, decimosexta del artículo 10, que teóricamente permitiría cubrir sin problema alguno la casi totalidad de los supuestos de allanamiento (4).

Ahora bien, con ello no pretendemos afirmar que la cuestión se haya suscitado tan sólo en nuestra dogmática. Que la autonomía del delito de allanamiento y la exigencia o no de un animus específico en el mismo, ha sido cuestionada también aunque no con tanta crudeza en Alemania, Francia e Italia (5).

DEZ, *Derecho Penal Económico. Aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, Civitas, 1978, pág. 189; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, Parte General, II, Universidad de Valencia, 1981, pág. 169; CÓRDOBA RODA, *Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht*, en la ZStW, tomo 81 (1969), págs. 425-440, y concretamente pág. 437; y TORIO LÓPEZ, *Sobre los límites de la ejecución por imprudencia*, en el ADP, 1972, I, págs. 53-88, y concretamente págs. 54-55). Pero en nuestro caso evidentemente se daría su imposibilidad.

(3) Vid. exposición y crítica de semejanza peculiaridad generalizadora en mi artículo, *La significación del resultado en los delitos culposos en el Derecho penal español*, ADP, 1979, III, págs. 617-643, y concretamente páginas 635-37.

(4) Intima relación entre ambas resaltada ya por FERRER SAMA (*Comentarios al Código penal*, I, Murcia, Sucesores de Nogués, 1946, pág. 435), QUINTANO RIPOLLÉS (*Comentarios al Código penal*, 2.ª edic., renovada por el autor y puesta al día en textos jurisprudenciales y bibliográficos por GIMBERNAT ORDEIG, Madrid, Ed. Rev. de Derecho privado, 1966, págs. 246 y 897, y *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, I (2), 2.ª edic. puesta al día por GIMBERNAT ORDEIG, Madrid, Ed. Rev. de Derecho privado, 1972, págs. 992-94, y RODRÍGUEZ MOURULLO (*Comentarios al Código penal de Córdoba Roda, Rodríguez Mourullo, Casabo Ruz y Del Toro Marzal*, I, Barcelona, Ariel, 1972, págs. 770-73).

(5) Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial...*, ya cit., página 985.

No obstante, la más moderna doctrina de los citados países exige para la afirmación del delito de allanamiento el dolo, pero prescinde por completo de los animi o móviles que guíen al sujeto. Por lo que Alemania respecta, vid. LENCKNER, en *Strafgesetzbuch Kommentar*, de SCHÖNKE-SCHRÖDER, 20, neubearbeitete Auflage von LENCKNER, CRAMER, ESER y STREE, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1980, pág. 990; MAURACH-SCHRÖDER, *Strafrecht*, Besonderer Teil, Teilband I, 6; völlig neubearbeitete Auflage, Heidelberg-Karlsruhe, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1977, pág. 253; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, Besonderer Teil, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1980, pág. 61, y WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, Besonderer Teil, 11.ª edc. Berlin, Walter de Gruyter, 1969, pág. 334. Para Francia, vid. GOYET, *Droit pénal Spécial*, 8.ª édition entièrement refondue et mise à jour par M. ROUSSELET, P. ARPAILLANGE y J. PATIN, Paris, Sirey, 1972, pág. 70, y M. VERON, *Droit pénal spécial*, Paris-New York-Barcelona-Milán, Masson, 1976, pág. 147. Y para Italia, vid. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*, Parte Speciale 1, 7.ª edic. (a cura di L. CONTI), Milano, Dott. A. Giuffrè, 1977, pág. 177, y MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, 4.ª edic., aggiornata dai professori P. NUVOLONE e G. D. PISAPIA, vol. VIII (a cura de PISAPIA), Torino, UTET, 1964, págs. 844-45.

Nada mejor, pues, que una previa determinación del concepto de los elementos subjetivos de lo injusto, a poner en relación más tarde con el transcrito precepto legal.

II. LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LO INJUSTO

Ante todo, debemos aclarar previamente no es nuestra pretensión hacer aquí, pues estaría fuera de lugar, un estudio minucioso sobre el desarrollo histórico y dogmático de los elementos subjetivos de lo injusto (6). Nos limitaremos a un somero jalonamiento de su breve historia y a una precisión de su existencia y concepto.

Es a principios de este siglo (1911), cuando, desde el campo del Derecho privado, Hans Albrecht Fischer (7) en Alemania insinúa la cuestión. Su promoción y asentamiento en la dogmática jurídico-penal será debida principalmente, y pocos años más tarde, a Hegler (8), M. E. Mayer (9) y Mezger (10).

A la luz de la descripción típica de determinadas figuras delictivas, se afirma la existencia de unos elementos anímicos o subjetivos, necesarios para concretar lo injusto de aquéllas. Es decir, el juicio desvalorativo objetivo en que la antijuridicidad consiste, necesita, en estos supuestos, algo más que el aspecto externo u objetivo de la acción. Haciendo traslación a nuestro Derecho punitivo, ejemplo evidente podemos encontrar en la configuración del delito de hurto en el artículo 514, 1.º; no sólo han de tomarse las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño («y sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas»), sino que es necesario el «ánimo de lucrarse». No bastará, pues, con tomar las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño, sino que será preciso también, para su afirmación como semejante injusto penal, el ánimo de lucro; el artículo 1902 de nuestro Código civil podrá

(6) Vid. para ello el logrado estudio de POLAINO NAVARRETE, *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Gráfica Salesiana, 1972.

(7) *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, Nachdruck der Ausgabe München 1911 por la Verlag Sauer-Auerman, Frankfurt-Main, 1966.

(8) *Die Merkmale des Verbrechens*, en la ZStW, tomo 36 (1915), páginas 19-44, y *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs*, en el Festgabe für R. von Frank, 1930, Neudruck por Scientia Verlag Aalen, 1969, I, págs. 251-338.

(9) *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, Heidelberg, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1915, págs. 10 y ss. y 185 y ss.

(10) *Die subjektiven Unrechtselemente*, en Gerichtssaal, tomo 89 (1924), págs. 207-314; *Von Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, en el Festschrift für L. Traeger, Berlín, 1926, págs. 187 y ss.; *Tratado de Derecho penal*, traducción y notas por RODRÍGUEZ MUÑOZ, I, Madrid, Ed. Rev. de Derecho privado, 1955, págs. 346 y ss.; *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlín-München, Duncker-Humblot, 1950, págs. 21 y ss.; y *Strafrecht*, I, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 8.ª edic. München-Berlín, C. H. Beck'schen Verlagsbuchhandlung, 1958, págs. 86 y ss.

cubrir, en su caso, los supuestos en que no se dé la citada finalidad (11).

Cierto que el nacimiento o la afirmación inicial de estos elementos subjetivos de lo injusto no dejó de ser controvertida. El esquema hasta entonces imperante atributivo de todo lo objetivo de la acción a la antijuricidad y de lo subjetivo a la culpabilidad, venía a chocar con la construcción (12). La consideración de que la causación del resultado típico agotaba el área de la antijuricidad (13) había quedado desbordada.

Como ha escrito Welzel (14) la equivocidad del término «objetivo» con referencia y calificación al juicio de valor en que la antijuricidad consiste —juicio objetivo por utilizar un criterio general: el ordenamiento jurídico—, había propiciado la limitación de éste a tan sólo lo externo u objetivo de la acción. La objetividad del juicio había venido a confundirse con el objeto del mismo.

Pues bien, la base real del aserto —existencia en los distintos ordenamientos jurídicos de figuras delictivas necesitadas de elementos subjetivos, para su determinación como injusto específico— hace que la citada confusión dogmática quede en gran parte desvelada y que la construcción sea progresiva y casi unánimemente aceptada.

En este sentido, han sido y son hoy minoritarias las posturas doctrinales contrarias. En Alemania, paladín contrario a su admisión, por situar todo lo subjetivo en la culpabilidad, lo fue E. Belling (15); hoy Hellmuth Mayer (16) y D. Oehler (17) siguen por estos derroteros en la dogmática jurídico-penal germánica. La corriente dogmática más reticente lo ha sido la austríaca (18) y ha

(11) Cfr. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*. Parte General, I, Introducción. Teoría jurídica del delito, 1, 2.ª edic. Madrid, Tecnos, 1981, pág. 407.

(12) En este aspecto, significativa postura contraria a su admisión lo es la de E. BELLING, quien llega a calificar la novedad de —«methodischen Abweg»— absurdo sistemático (*Die Lehre von Tatbestand*, Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag dargebracht, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1930, páginas 10 y ss.).

(13) Vid. mi artículo *La significación del resultado...*, ya cit., pág. 625 y nota (31), y CEREZO MIR, el ya cit., pág. 407.

(14) *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, versión castellana y notas por CEREZO MIR, Barcelona, Ariel, págs. 47-48 y 61-62; y *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª edic., Berlín, Walter de Gruyter, 1969, págs. 51 y 59-60. En idéntico sentido, CEREZO MIR, *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, en ADP, I, páginas 55-68, y concretamente págs. 55-56, y *Curso de Derecho penal español*, ya cit., pág. 407.

(15) Vid. supra, nota (12).

(16) *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Stuttgart-Köln, Kohlhammer Verlag, págs. 104 y ss., y *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Stuttgart-Berlín-Köln-Mains, Kohlhammer Verlag, 1967, pág. 64.

(17) *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, Berlín, Duncker-Humblot, 1959.

(18) Negadora de la existencia de algo subjetivo en la antijuricidad. Vid. KADECKA, *Willenstrafrecht und Verbrechensbegriff*, en la ZStW, tomo 59 (1939), págs. 1-22, W. MALANIUK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Erster Band, Wien,

podido hablarse así de una «objektivistischen österreichischen Schule» (19), aunque, al parecer, autores como Nowakowski y Platzgummer han venido a admitir la construcción (20).

Por lo que a España se refiere, tan sólo Quintano Ripollés (21) prefiere mantener los citados elementos subjetivos en el área de la culpabilidad y no en lo injusto. El resto de la doctrina (22) han venido a reconocerlos ampliamente.

Nuestra jurisprudencia ha aceptado, indudablemente también, la existencia de estos elementos subjetivos de lo injusto en abundantes figuras delictivas de nuestro Código penal. Inicialmente utilizó para designarlos la terminología de «dolos específicos», que ha venido a hacerse tradicional en nuestra praxis. Pero esta inadecuada denominación va siendo poco a poco abandonada «Antiguamente llamado dolo específico, y ahora con más técnica, elemento subjetivo del injusto» (Sentencia de 8 de mayo de 1973) (R. Ar. 1969) (23).

Manzsche Verlagsbuchhandlung, 1974, págs. 105-06, Nowakowski, *Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen*, 1955, págs. 47 y 54 y ss., y Rittler, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, 2.ª edic. Erster Band, Allgemeiner Teil, Wien, Springer-Verlag, 1954, págs. 121-25.

(19) ENGISCH, *Bemerkungen Zur Theodor Rittler Kritik der Lehre von der subjektiven Tatbestands- und Unrechtselemente*, en Rittler *Festschrift*, Wien, 1957, pág. 165.

(20) Cfr. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 3.ª edic. Berlín, Duncker-Humblot, 1978, pág. 255, nota 11.

(21) *Curso de Derecho penal*, I, Madrid, Ed. Rev. de Derecho privado, 1963, págs. 357-58.

(22) Ya en 1931 —ha señalado POLAINO NAVARRETE (*Los elementos subjetivos...*, ya cit., págs. 228-29)— GUALLART y LÓPEZ DE GOICOECHEA «lleva a cabo una detallada revisión del proceso evolutivo experimentado por el concepto de la antijuricidad en el ámbito estructural del concepto técnico del delito, y de sus determinados componentes anímicos» (Cfr., en este sentido, GUALLART y LÓPEZ DE GOICOECHEA, *La antijuricidad como elemento del delito*, en Rev. Universidad», Zaragoza, año VIII, números 3 y 4 (1931), págs. 601-633, y *Los elementos subjetivos de la antijuricidad*, en Rev. «Universidad», Zaragoza, año VIII, número 5 (1931), págs. 847-885). Aparte de éste y otros inicios, vid. su reconocimiento en ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, I, Parte General, Madrid, Gráfica Administrativa, 1949, págs. 179-80; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, ya cit., págs. 407-10; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, ya cit., págs. 165-72; CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho penal*, I, Parte General (vol. 1.ª), 18.ª edic., Barcelona, Bosch, 1980, págs. 362-63; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, III, 3.ª edic. actualizada, Buenos Aires, Losada, 1965, págs. 840 y ss.; POLAINO NAVARRETE, *Los elementos subjetivos...*, ya cit., págs. 247 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte General, 8.ª edic. Madrid, Gráficas Carasa, 1981, págs. 391-93; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, Parte General, 1.ª reimpresión, Madrid, Civitas, 1978, págs. 254-56 y 327-31; RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas a la traducción del Tratado de Derecho penal*, de E. MEZGER, I, Madrid, Ed. Rev. de Derecho privado, 1955, págs. 357-58 y 388; y RODRÍGUEZ RAMOS, *Apuntes de Derecho penal* (Parte General), II, Universidad Complutense, Madrid, 1978-79, págs. 275 y 323.

(23) Prescindiendo de la denominación —de «dolo específico» habla la Sentencia de 22 de mayo de 1979 (Rep. Ar. 2144)—, nuestra jurisprudencia ha aceptado la exigencia de elementos subjetivos de lo injusto en determinadas figuras de nuestro Código penal. En este sentido, vid. las siguientes alusiones explícitas: ánimo de lucro en el robo (Sentencias de 7 de abril

Efectivamente, a la luz de nuestro vigente Código penal, pueden señalarse múltiples ejemplos confirmadores de la citada construcción. En este sentido, las figuras delictivas de robo y hurto (artículos 500, 504, 3.º y 514), injurias (art. 457), raptó (art. 440), abusos deshonestos (art. 430), falsedad u omisión de la placa de matrícula legítima de un vehículo automóvil (art. 279 bis 2.º), adquisición de títulos al portador falsos (art. 292), construcción o acondicionamiento de lugares para las detenciones ilegales (art. 481 bis 1.º y 2.º), descubrimiento y revelación de secretos (art. 497, 2.º), falsificación de un documento privado (art. 306, 2.ª posibilidad), falsos rumores con referencia al precio de las cosas (art. 540), tráfico de sustancias medicinales alteradas (art. 344 bis 4.º), etc., pueden servir perfectamente (24) como tales. La determinación de lo injusto específico de cada una de ellas requiere la inexcusable concurrencia de determinadas condiciones internas, anímicas o tendenciales: ánimo de lucro, ánimo de perjudicar, intención posterior, tendencia lasciva...

Nos movemos en el área de lo injusto, pues que la antijuricidad penal no podrá manifestarse ni demostrarse en modo alguno sin referencia concreta a esas exigencias legales. ¿Puede afirmarse, por ejemplo, lo injusto específico del delito de raptó (art. 440) sin que se dé la finalidad de atentar contra la libertad sexual de la persona raptada? ¿Puede afirmarse, igualmente, que quienes adquieren títulos al portador falsos, a sabiendas de su falsedad, satisfacen ya sin más las exigencias de lo injusto del artículo 292? Evidentemente que no. En el primer caso, la falta del fin exigido nos obligará a negar la antijuridicidad propia del raptó (cierto que las detenciones ilegales podrán cubrir el supuesto, pero lo injusto específico del raptó habrá quedado desechado); en el segundo, si el adquirente de los títulos falsos lo hace tan sólo con meros afanes coleccionistas y no «para ponerlos en circulación» como exige expresamente el artículo 292 de nuestro Código penal, habremos de rechazar rotundamente la antijuridicidad de dicha conducta.

Hemos de reconocer, pues, desde un punto de vista dogmático, que lo injusto de ciertas figuras delictivas de nuestro vigente

y 3 de octubre de 1978 y 3 de marzo de 1979 —Rep. Ar. 1296, 3029 y 1041, respectivamente—), en el hurto (Sentencias de 7 de abril y 3 de octubre de 1978 y 26 de febrero de 1979 —Rep. Ar. 1296, 3029 y 733, respectivamente—) y en la estafa (Sentencia de 2 de octubre de 1976 y 3 de octubre de 1978 —Rep. Ar. 3883 y 3029, respectivamente—); animus iniuriandi o inflamandi en la injuria (Sentencias de 19 de febrero de 1973, 29 enero de 1979 y 2 de junio de 1980 —Rep. Ar. 764, 197 y 2755, respectivamente—) y en el descalato (Sentencia de 7 de marzo de 1980 —Rep. Ar. 1033—); ánimo lascivo en los abusos deshonestos (Sentencias de 28 de abril de 1978 y 9 de octubre de 1979 —Rep. Ar. 1494 y 3491, respectivamente—), etc.

(24) RODRÍGUEZ DE VESA, en postura aislada, viene a poner en tela de juicio la exigencia del «animus iniuriandi» en el delito de injuria; la preposición «en» utilizada por el legislador en la descripción típica del artículo 457, es calificada por él de endeble argumento para una defensa de semejante elemento subjetivo de lo injusto (*Derecho penal español*, Parte Especial, 8.ª edición, Madrid, Gráficas Carasa, 1980, págs. 230 y 231-32).

Código penal exige, como «conditio sine qua non», un determinado elemento interno o subjetivo. La variedad de éstos —antes señalada—, ha propiciado una clasificación doctrinal de los citados tipos delictivos. Y se habla así, como indudable base en Mezger (25), de delitos de intención (delitos mutilados de dos actos y delitos de resultado cortado), delitos de tendencia y delitos de expresión (26).

En conclusión, los llamados elementos subjetivos de lo injusto pueden ser conceptuados como condiciones internas o anímicas necesarias para fundamentar la antijuridicidad penal en determinadas figuras delictivas.

Veamos, pues, si lo injusto del delito de allanamiento de morada requiere para su afirmación algún elemento o condición de semejante carácter.

III. LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS Y LO INJUSTO ESPECÍFICO DEL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA A LA LUZ DE LA DOGMÁTICA

De la transcripción que hemos hecho del artículo 490 de nuestro vigente Código penal, configurador del delito en estudio, evidentemente que no puede deducirse la exigencia expresa de un condicionamiento en tal sentido. Que la descripción legal —como ha escrito Suárez Montes— «aparece hecha a base de elementos objetivos, sin referencia alguna a elementos subjetivos» (27).

Efectivamente, la descripción típica exige tan sólo entrar o mantenerse en morada ajena, contra la voluntad del morador. De tal suerte, lo injusto de la figura quedará constituido sin necesidad de aquellos animus, tendencia o intención específicos en los que, como ya vimos, los citados elementos subjetivos consisten. La conciencia y voluntad de realización de la descripción típica por parte del sujeto, es decir, el dolo, cubrirá perfectamente el tipo subjetivo de la figura delictiva; siendo indiferente que aquél quiera el delito como fin en sí mismo —supuesto evidentemente ilógico en la práctica— o represente tan sólo un medio en la consecución de un objetivo ulterior (28).

(25) Cfr. *Strafrecht*, I, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 8.^a edic., ya cit., pág. 87.

(26) La índole de nuestro estudio nos obliga a no detenernos más sobre el particular. Vid. para ello, POLAINO NAVARRETE, *Los elementos subjetivos del injusto...*, ya cit., págs. 251 y ss.; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, ya cit., págs. 409-10; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte General, ya cit., pág. 392; y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, Parte General, ya cit., págs. 254-55 y 329. En la dogmática alemana, vid., por todos, la minuciosa clasificación de JESCHECK (*Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, ya cit., págs. 256-57).

(27) *El delito de allanamiento de morada*, separata de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia (diciembre 1968), Madrid, Reus, pág. 33.

(28) SUÁREZ MONTES, *El delito de allanamiento...*, ya cit., págs. 33-34. En idéntico sentido se expresa la opinión dominante en nuestra doctrina: CUE-

Ahora bien, cabría pensar ya que no en una exigencia expresa del precepto —que como hemos visto, no existe—, en una exigencia tácita; que los citados elementos subjetivos pueden concurrir sin necesidad de referencia expresa en la descripción legal (29). Y con la afirmativa, habríamos conseguido salvar dos escollos singulares de nuestra legislación punitiva: evitar la punición de la comisión culposa —a todas luces innecesaria— de esta figura delictiva y el deslinde claro entre ella y la circunstancia agravante genérica de morada del artículo 10, 16.^a (30).

Cierto que algún autor ha negado la posibilidad de comisión culposa del allanamiento de morada, por entender «que el sentido no lo permite, tanto si se entiende éste como menosprecio de la voluntad de disposición o de la inviolabilidad del domicilio» (31). Sin embargo, los argumentos en que se basa la citada negativa carecen, a mi juicio, de solidez suficiente: ¡naturalmente no se puede menospreciar la voluntad de disposición o quebrantar la inviolabilidad del domicilio por mera imprudencia o negligencia! (32). Otra cosa es que nos inclinemos por la inoportunidad de su punición —y en ello estoy de acuerdo—, pero no podemos desconocer la peculiar configuración generalizadora de los delitos culposos en nuestro Código penal vigente a través de las cláusulas de los artículos 565, 586, 3.º y 600. Es precisamente esta criticable

LLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho penal*, II, Parte Especial (vol. 2.º), 14 edic., Barcelona, Bosch, 1975, págs. 783-84 y 790; GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, tomo V, Salamanca, Esteban-Hermanos, 1893, página 657; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, Parte Especial, 2.ª edic., Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1976, pág. 126; PELLISÉ PRATS, *Allanamiento de morada*, Publicado en la Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo II, Barcelona, Seix, 1950, págs. 616-622 y concretamente pág. 618, y RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte Especial, ya cit., pág. 323. Esta es también la opinión unánime en la moderna doctrina alemana, francesa e italiana. Vid supra, nota 5.

(29) Vid., por ejemplo, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*; tomo III, ya cit., pág. 826.

(30) Vid. supra, pág. 4.

(31) PELLISÉ PRATS, *Allanamiento de morada*, ya cit., pág. 621. Dice seguir con esta negativa el criterio de Antón Oneca y Rodríguez Muñoz (no referenda en nota dónde han expuesto éstos semejante criterio), y dichos autores o, mejor, Jaso Roldán no mantiene una postura tan radical de no permitirlo el sentido del delito: «... no creemos que este delito deba, conforme a su sentido, ser castigado en la forma culposa bien se entienda aquél como menosprecio de la voluntad de disposición, bien como asegurador de la inviolabilidad del domicilio. Aceptar la posición contraria llevaría a castigar por allanamiento de morada los frecuentísimos casos de confusión de pisos» (ANTÓN ONECA-RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal*, II, Parte Especial—redactado por Jaso Roldán y Rodríguez Devesa—, Madrid, Gráfica Administrativa, 1949, pág. 323).

(32) Posibilidad a todas luces existente, resaltada por CEREZO MIR (*Notas a la traducción de El nuevo sistema del Derecho penal*, ya cit., págs. 110-11, nota 29). En el mismo sentido, aun reconociendo la declaración generalizada de la irrelevancia jurídico-penal de estas conductas, de evidente califica su posibilidad conceptual TORFO LÓPEZ (*Sobre los límites de la ejecución por imprudencia*, ya cit., pág. 58).

peculiaridad —como ya dijimos (33)—, la que ha motivado la búsqueda y aun la aseveración por parte de la doctrina y de la Jurisprudencia de elementos subjetivos de lo injusto en aquellos tipos delictivos, como el presente, cuya configuración culposa podía resultar socialmente desmesurada.

De tal suerte, y en postura singular por lo que a la moderna doctrina española se refiere, Quintano Ripollés ha venido a afirmar la existencia, en el delito de allanamiento, de un «dolo específico de vulnerar el bien ideal de la morada misma» y su inmediata consecuencia de exclusión en forma culposa (34).

En cuanto a la realidad legal del delito de allanamiento por un lado y de la agravante de morada por otro, hemos de reconocer su paralelismo fáctico (35). Sería desconocer la realidad si afirmáramos que el delito de allanamiento de morada no aparece, la casi totalidad de las veces, como conducta preordenada a un fin. Como ha escrito Rodríguez Mourullo, lo anómalo es que el sujeto «allane únicamente por allanar» (36); la violación del domicilio, como fin en sí habría de decir B. Alimena (37) sólo la cometen los niños y los locos. Y si esto es así cuando la finalidad perseguida sea delictiva la disyuntiva ha de plantearse de inmediato: «¿Cuándo deberá apreciarse en relación de concurso del delito de allanamiento y cuándo estimarse la morada como simple circunstancia de agravación?» (38) (39).

La concepción de Carrara de la violación del domicilio a través del llamado criterio negativo vino a solucionar en parte para Groizard el problema. En este sentido, Carrara habla de determinación negativa en cuanto que para afirmar la existencia autónoma del allanamiento, ha de negarse el que éste haya sido cometido como medio para la realización de otra infracción; es decir, la violación del domicilio no existe como tal si ha servido como medio a otros fines delictivos (40). Y Groizard, descendiendo a mayores

(33) Vid. supra, pág. 4.

(34) *Tratado de la Parte especial*, I (2), ya cit., págs. 984-988.

(35) Vid. supra, pág. 4 y nota (4).

(36) *Comentarios...*, ya cit., págs. 772. En idéntico sentido QUINTANO RIPOLLES. *Tratado de la Parte Especial*, I (2), ya cit., pág. 992, y SUÁREZ MONTES, *El delito de allanamiento...*, ya cit., pág. 41.

(37) *Del concorso di reati e di pene*, en Enciclopedia Pessina (Enciclopedia del Diritto Penal Italiano, a cura di E. Pessina), V. Milano, Societa Editrice Libreria, 1904, pág. 611. Es por ello que, en la misma línea, se ha podido resaltar la influencia del alcohol en la comisión del delito de allanamiento (Vid. CÖPPINGER, *Kriminologie*, 4, *neubearbeitete und erweiterte Auflage*, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1980, págs. 224 y 226; y ARZT, *Strafrecht*, *Besondere Teil -Delikte gegen die Person-*, Bielefeld, Gieseking Verlag, 1977, pág. 153).

(38) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, ya cit., pág. 771.

(39) Evidentemente, que tal disyuntiva no ha de plantearse con relación a aquellas figuras delictivas, cuya descripción típica exija su realización en morada ajena (por ejemplo, el robo en casa habitada del artículo 506, 2.º).

(40) *Programma del Corso di Diritto Criminale*, Parte Speciale, vols. II y III, 9.ª edic., Firenze, Fratelli Cammelli, sin fecha el primero y 1923 el

matizaciones admite como perfecta la construcción de Carrara para el supuesto en que el allanamiento sirva de medio necesario a un delito de mayor gravedad pero no en caso contrario: «Cuando el delito fin es superior a la justicia no sufre porque se prescindiera del allanamiento... Pero cuando (delito fin) es menor que el delito medio la sociedad quedaría indefensa si el atentado mayor contra el derecho protegido por la Ley Penal quedase impune...» (41).

Tan singular criterio ha sido aceptado en parte por el Código penal argentino en su artículo 150: «Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, si no resultare otro delito más severamente penado el que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo» (42). Y si he dicho aceptado en parte, lo es porque existe un pequeño matiz: el término «resultare» utilizado, evidentemente que no puede ser equiparado con la anterior construcción basada en el delito medio-delito fin (43).

Volviendo a la doctrina española, a principios de este siglo se afirma por algunos autores que el concepto de allanamiento comprende a los que entran en morada ajena «sin proponerse ningún otro objeto» (44). Pero en la moderna doctrina, tan sólo Quintano Ripollés ha acudido para resolver el problema concursal —como ya hiciera para negar la forma culposa— al «ánimo concreto de vulnerar el bien ideal de la morada ajena» (45).

Evidentemente, que la afirmación de un tal ánimo específico resultaría harto provechosa para la delimitación y autonomía del delito en estudio como puede deducirse de las líneas precedentes. Pero, aparte de que dejaríamos reducido su campo de aplicación prácticamente a la nada (46), si ya negamos su existencia expresa en el texto legal, lo mismo creo ha de hacerse en cuanto a su posible existencia tácita. El argumento nos lo brinda agudamente Suá-

segundo, parágrafos 1633 y 1752, nota in fine, págs. 647-50 y 97-99, respectivamente.

(41) *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, tomo V, ya cit., páginas 656-57. Ciertamente que GROIZARD intenta precisar, a continuación, cuándo el allanamiento es medio necesario del delito fin y cuándo de libre elección por el agente —pudiendo injuriar en la calle hacerlo en la propia morada de la víctima—, pero, aún tendiendo a rebajar sus afirmaciones reflejadas en el texto, no logra sino complicar la cuestión (Ibíd., págs. 657-58).

(42) Código Penal Argentino en *Códigos Penales Latino-Americanos*, por Ricardo LEVENE (H.) y Eugenio Raúl ZAFFARONI, tomo I, Buenos Aires, La Ley, 1978, págs. 47-193; concretamente, pág. 150 (el subrayado del texto es nuestro).

(43) Vid. en este sentido, Sebastián SOLER, *Derecho Penal Argentino*, IV, 7.ª reimpresión, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1976, págs. 87-91, y Ricardo C. NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal*, T. IV, Parte Especial, Buenos Aires, Lerner, 1978, págs. 82-84.

(44) José ALVAREZ CID y Teófilo ALVAREZ CID, *El Código Penal de 1870*, tomo II Córdoba, Librería de Juan Font, 1908, pág. 300.

(45) *Tratado de la Parte Especial*, I (2), ya cit., págs. 992-94.

(46) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, ya cit., pág. 772.

rez Montes (47), en torno al estado de necesidad específico que el legislador ha previsto para el allanamiento de morada.

Efectivamente, nuestro legislador a renglón seguido de castigar aquél en el artículo 490, en el artículo 491 establece lo siguiente: «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».

He aquí un precepto consagrador de un estado de necesidad específico y que ha sido calificado a menudo de superfluo (48), en base a la amplia fórmula del estado de necesidad genérico de nuestro Código penal. Tanto es así, que el mismo Suárez Montes, siguiendo a Quintano, requiere para su aplicación «que concurren los demás requisitos propios de la eximente general previstos en el número 7.º del artículo 8.º» (49). Pero, ¿hasta qué punto no es esto una *petitio principii*...? Ciertamente que este precepto del artículo 491 aparece en el Código penal de 1848 (artículo 415); Código con una reducidísima fórmula sobre el estado de necesidad genérico (50). Ciertamente también que los Códigos de 1932 y 1944 dan amplia y generosa redacción a este último, y que la citada redacción se mantiene en nuestros días. Pero una cosa es que consideremos suficientemente amplio este estado de necesidad genérico y otra muy distinta que con él queden cubiertos todos los supuestos comprendidos en el estado de necesidad específico del allanamiento de morada. Que éste es todavía más generoso: aparte de comprender cualquier servicio humanitario o justo, ni exige que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar, ni que la situación no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto, ni la ausencia del deber de sacrificio por oficio o cargo; exigencias que sí condicionan el estado de necesidad genérico. Por tanto, ni cabe hablar de superfluidad (51) —el artículo 8, 7.º no cubre todos los supuestos del artículo 491—, ni menos exigir los requisitos que condicionan la eximente general. Otra cosa es, como ya apuntábamos, que dada la amplitud de esta última, pueda proponerse de lege ferenda la supresión del estado de necesidad específico por considerarlo sobradamente generoso (52).

(47) *El delito de allanamiento...*, ya cit., págs. 36-37.

(48) Vid., por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, ya cit., pág. 126; QUINTANO RIPOLLES, *Tratado de la Parte Especial*, I (2), ya cit., páginas 990-91; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, ya cit., pág. 321, y SUÁREZ MONTES, *El delito de allanamiento...*, ya cit., página 39. De superfluo lo ha calificado también el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de octubre de 1974 (Rep. Ar. 3910).

(49) *El delito de allanamiento...*, ya cit., pág. 39.

(50) «El que para evitar un mal ejecute un hecho que produzca daño en la propiedad ajena; siempre que concurren...» (art. 8, 7.º en el *Código Penal concordado y comentado* de PACHECO, 2.ª edic., I, Madrid, Viuda de Perinat y Cía., 1856, pág. 161).

(51) Reconocido como posibilidad por QUINTANO RIPOLLES (*Tratado de la Parte Especial*, I (2), ya cit., pág. 991).

(52) Vid. infra, nota (68).

Pues bien, prescindiendo de estos matices y por lo que a nosotros ahora interesa, decisiva me parece la deducción que la antes transcrita disposición del artículo 491 extrae con gran acierto Suárez Montes: «Si el delito exigiese la finalidad de atentar contra la inviolabilidad del domicilio, no hubiera hecho falta alguna esta disposición ya que, como es obvio, en todos los casos por ella mencionados falta tal finalidad» (53). Ahora sí que cabría afirmar la superfluidad del precepto. El que entra en morada ajena para evitar un mal grave o para prestar algún servicio humanitario o a la justicia, evidentemente que no lo hace para violar la paz del hogar ajeno.

Queda clara, con ello, la voluntad del legislador, pues que si «consideró necesario establecer este caso particular del estado de necesidad, es porque los supuestos por él contemplados representan hechos típicos del allanamiento, pese a no darse en ellos la finalidad de atentar contra la inviolabilidad del domicilio» (54); estado de necesidad específico cuya formulación de 1848, viene siendo reproducida casi literalmente hasta nuestros días. La voluntad objetiva de la Ley no creemos pueda ser interpretada en sentido distinto.

En conclusión, el allanamiento de morada no requiere, pues, elemento subjetivo alguno, pues que ni expresa ni tácitamente aparece tal exigencia en la Ley (55). Ciertamente que con ello, no podremos evitar la comisión culposa de esta figura delictiva. Pero las soluciones habrán de buscarse en propuestas de «lege ferenda» y no en interpretaciones forzadas del precepto legal. En cuanto a su posible superposición con la agravante de morada, creemos que, a pesar de la ventajosa situación que en su acotamiento supondría el citado elemento subjetivo, la plena existencia del llamamiento debe excluir, en puridad dogmática, la aplicación de aquélla.

IV. POSTURA JURISPRUDENCIAL

Creo merece mención aparte la postura o, mejor, posturas de nuestra jurisprudencia en torno al allanamiento de morada, por cuanto ya desde antiguo los criterios adoptados resultan a menudo contradictorios.

Se ha podido hablar así de un «auténtico caos jurisprudencial» (56) o de que las dificultades que la figura entraña «suelen resolverse un tanto empíricamente sin atenerse a criterios generales» (57). Efectivamente, no puede señalarse una línea uniforme

(53) *El delito de allanamiento...*, ya cit., págs. 36-37. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, Parte Especial, ya cit., pág. 126.

(54) SUÁREZ MONTES, *El delito de allanamiento...*, ya cit., págs. 36-37.

(55) En igual sentido, SUÁREZ MONTES, *El delito de allanamiento...*, ya cit., pág. 36.

(56) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, ya cit., pág. 772.

(57) QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial*, I (2), ya cit., página 993.

a la luz de las decisiones de nuestro Tribunal Supremo; tan pronto el «dolo específico» o elemento subjetivo de lo injusto aparece como algo esencial a la figura —ánimo específico de atentar contra «la paz o santidad del hogar»—, como es desconocido o incluso negado. Nosotros nos limitaremos al estudio de aquéllas en las dos últimas décadas —resoluciones más antiguas pueden verse perfectamente en otros autores (58)—, así como también de las sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales, por poder constituir —desde la Ley de 8 de abril de 1967 (reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)— la última instancia cuando del tipo básico de allanamiento se trate (59).

En este sentido, la más clara exigencia del elemento subjetivo, consistente en vulnerar el bien ideal de la morada, la tenemos en las sentencias de 27 de mayo de 1968 (Rep. Ar. 2666) y 23 de octubre de 1969 (Rep. Ar. 5144). Se habla en ellas de dolo específico, ánimo específico y dolo especial, «encaminado a la finalidad de violar estrictamente el domicilio ajeno». Cierto que la primera de las sentencias citadas —tres sujetos intentaron penetrar en un remolque en que se encontraban unas señoras—, el llamado «dolo específico» viene a desempeñar una función un tanto «sui generis», pues, según dice uno de sus considerandos, cuando una finalidad ulterior quedara demostrada «la lesión de la santidad del hogar operaría como mero accidente material absorbido por aquéllas»; sin embargo, «cuando el delito-fin alterior no haya sido justificado debidamente o no se hubiere cometido ni siquiera en fase imperfecta» —los agentes alegaron una finalidad sexual—, «y conste en cambio la vulneración intencionada o lograda de la morada, entonces ha de estarse a esta real infracción, por ausencia del conocimiento del dolo finalista distinto al del allanamiento, operando éste por su material y objetiva presencia». Como vemos, presunción o incluso desplazamiento a la postre del elemento subjetivo, cuando no pueden acreditarse los fines que guiaban al autor, pero sí la materialidad de la violación de la morada. El criterio, defendido también por Quintano Ripollés (60), no puede ser, a mi juicio, más oportunista. Comprendo que la imprecisión del propósito que guiaba al autor puede hacer difícil su subsunción en una figura determinada, pero si se exige el elemento subjetivo ha de hacerse con todas sus consecuencias y en todo caso.

Igualmente, el Tribunal Supremo ha exigido el ánimo especí-

(58) Vid., preferentemente, SUÁREZ MONTES, *El delito de allanamiento...*, ya cit., págs. 34-36. Vid también QUINTANO RIPOLLES, *Tratado de la Parte Especial*, I (2), ya cit., págs. 985-88 y 993-94, y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, ya cit., págs. 771-73. A mayor abundamiento, vid., *Diccionario de Jurisprudencia Penal*, I, Pamplona, Aranzadi, 1972, págs. 377-394.

(59) Sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales en materia civil y penal, publicadas por el Ministerio de Justicia y el «B. O. E.» desde 1968.

(60) Califica así de procedente el criterio en glosa a la sentencia de 18 de noviembre de 1895 (*Tratado de la Parte Especial* I (2), ya cit., págs. 986-87).

fico de violar o menospreciar la inviolabilidad del domicilio en sentencias de 24 de enero de 1961 (Rep. Ar. 222), 20 de febrero de 1965 (Rep. Ar. 640), 11 de noviembre de 1965 (Rep. Ar. 5028), 20 de abril de 1966 (Rep. Ar. 1849), etc.

Reflejo ha tenido la anterior doctrina en nuestras Audiencias Provinciales que han venido a exigir también en algunos casos el citado elemento subjetivo. Así la sentencia de la Audiencia de Segovia de 18 de noviembre de 1968 (Rep. 535) negó el allanamiento en un hurto, previa entrada en vivienda cuya puerta estaba abierta, por estar el delincuente «exclusivamente guiado por el ánimo de lucro»; la sentencia de la Audiencia de Almería de 4 de julio de 1969 (Rep. 2.º semestre, número 33), considera «que para que surja a la vida jurídica el delito de allanamiento de morada se precisa la concurrencia de un elemento intencional encaminado a atentar contra la inviolabilidad del domicilio..., requisito subjetivo que lo caracteriza»; la sentencia de la Audiencia de Sevilla de 27 de febrero de 1971 (Rep. 1.º semestre, 411), que estima «no basta que conste de manera cierta» que el agente penetra en morada ajena, ni que la entrada en ella «sea contra la voluntad expresa o tácita del morador, sino también que ello responda al menosprecio del respeto debido a la inviolabilidad del domicilio», «por cuanto es elemento integrante de este delito el dolo específico de lesionar la libertad de la morada ajena...»; y la sentencia de la Audiencia de Tarragona de 6 de febrero de 1975 (Rep. 1.º semestre, 449), que exige «un propósito directamente encaminado a «atentar» contra la santidad del hogar. La sentencia de 9 de noviembre de 1976 (Rep. 2.º semestre, 2) de la Audiencia de Albacete parece seguir el criterio negativo de Carrara: «El delito aflora desde que se dan los elementos fácticos esenciales para que adquiera tipicidad, la introducción del sujeto en morada ajena clandestina, subrepticia y fraudulentamente contra la voluntad de su morador sin proponerse ningún otro objeto que modifique dicho concepto y sea determinante de otra figura delictiva en el domicilio de aquél». Finalmente, las sentencias de la Audiencia de Pontevedra de 12 de enero de 1979 y de la Audiencia de Lérida de 30 de junio del mismo año (Rep. 1.º semestre, 4 y 5, respectivamente) vienen a requerir el citado «dolo específico».

He aquí, pues, múltiples ejemplos de exigencia, en forma afirmativa o negativa, de un elemento subjetivo que, como ya viéramos no creemos exista. Ciertamente que nuestros Tribunales han venido a rechazar también en abundantes ocasiones la citada exigencia, obrando así con evidente discrecionalidad: la oportunidad o inoportunidad de la apreciación del allanamiento viene a depender de tal forma de muy diversos factores.

En este sentido, exigentes tan sólo de un dolo genérico pueden citarse las sentencias de nuestro Tribunal Supremo de 17 de abril, 8, 14 y 19 de mayo de 1970 (Rep. Ar. 1.844, 2.091, 2.129 y 2.140, respectivamente), 5 de octubre de 1974 (Rep. Ar. 3.910), 29 de enero

de 1975 (Rep. Ar.º 235), 15 de enero de 1976 (Rep. Ar. 104), 15 de noviembre de 1976 (Rep. Ar. 4.740), 22 de abril de 1978 (Rep. Ar. 1.475), 22 de junio de 1979 (Rep. Ar. 2.763), etc. Igualmente, en nuestras Audiencias Provinciales, la sentencia de la Audiencia de Cuenca de 19 de diciembre de 1968 (Rep. 179), 21 de junio de 1969 de la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife (Rep. 1.º semestre, 638), 18 de febrero de 1970 de la Audiencia de Lugo (Rep. 1.º semestre, 445), 31 octubre de 1974 de la Audiencia de Cáceres (Rep. 2.º semestre, 119), 6 de febrero de 1976 de la Audiencia de Madrid (Rep. 1.º semestre, 2), 1 de abril de 1978 de la Audiencia de Murcia (Rep. 1.º semestre, 2), etc.

La cuestión aparece íntimamente ligada al problema concursal y razones de justicia aparecen a menudo, aludidas por nuestros tribunales. Sumamente interesante e instructiva sobre el proceder del Tribunal Supremo lo es la sentencia de 8 de mayo de 1973: «CDO.: Que para resolver el problema atinente a la culpabilidad, ampliamente discutido en la doctrina, de si es suficiente, en el delito de allanamiento de morada, con la presencia del dolo genérico, de conocer o tener voluntad de entrar o mantenerse, en vivienda ajena, contra la voluntad de su moderador, o si requiere la presencia, del antiguamente llamado dolo específico, y ahora con más técnica, elemento subjetivo del injusto, de sólo violar el bien ideal de la morada ajena y la «santidad del hogar», no teniendo relieve en el primer supuesto, por estar ya consumado el acto con la realización del acceso, las finalidades subsiguientes, que operarían en concurso delictual, mientras que en el segundo caso, la constatación de otros objetivos distintos al de violar la morada, evitarían la acción dolosa del allanamiento, que quedaría absorbida, por el deseo teleológicamente buscado, del delito-fin, es evidente, que aun reconociendo las fluctuaciones de la doctrina de esta Sala, entre ambas posiciones, resulta más fundada, la que declara, con la mayoría abrumadora de la doctrina científica patria, que sólo debe exigirse tal dolo genérico, de tener conocimiento y voluntad de realizar el hecho típico —entrar o permanecer, contra la voluntad del morador—, porque el artículo 490 estructura tal infracción, únicamente con base en elementos objetivos, sin constancia expresa de elementos subjetivos, al no exigir normativamente, ningún propósito, ni intención especial determinada, como sería menester para la apreciación de los elementos subjetivos del injusto, máxime cuando se trata de un delito instrumental, que se pone en relación, por lo general, según denota la experiencia, con otras finalidades, por ser la entrada, el comienzo de un proceso con objetivo más distante, por lo que el dolo de violar el domicilio ajeno, más que de propósito, es de consecuencias necesarias, en que tal acto, se representa en la mente del inculpado, como medio indispensable para conseguir la meta finalmente pretendida, que no se podría lograr de manera distinta, por lo que resulta indiferente el propósito que guíe al autor, ya quiera el allanamiento

como fin, o como medio de ulterior logro, salvo el especial supuesto de que el delito-fin, exija expresa y típicamente, la ejecución en morada ajena, en tipos básicos o subtipos agravados, dándose de esta manera, concurso de delitos y no absorción; derivándose a su vez el reforzamiento de la posición sostenida del artículo 491, que regula la exigente de estado de necesidad, justificando la entrada en morada ajena, con fines de evitar un mal grave, o prestar servicios humanitarios o a la justicia, pues si el delito de allanamiento exigiera tendencia de atentar contra la inviolabilidad del domicilio, esta disposición sería superflua, ya que en sus supuestos se halla ausente tal finalidad, y sería, de antemano atípica la conducta, e innecesaria tal exigente.»

«CDO.: Que por la efectividad de esta doctrina, si el hecho proclama, que el inculpado, creyendo caían desde piso superior objetos y desperdicios en el suyo, subió a él, decidido a pedir explicaciones a su morador, y entró en él, a pesar de la decidida oposición del hijo de éste, que salió a la puerta, y le negó la entrada, que consiguió luego de pegarle, para ya dentro romper un cristal con un banco, y lesional también al padre, levemente, es de toda evidencia, que concurría en el ánimo del procesado el dolo general indicado, y suficiente para cometer el delito de allanamiento de morada, e incluso el denominado dolo de consecuencia necesaria al querer entrar en la morada ajena contra la voluntad contraria, como medio ineludible de alcanzar los objetivos finales de dañar y lesionar, que sin tal voluntad y conocimiento, no se lograrían, y que incluso por constituir meras faltas —una de daños y dos de lesiones— se subordinan al delito, de superior entidad, pues resultaría injusto, que estos fines inferiores, desplazaran el allanamiento superior penalmente, no siendo requerible, como antes se argumentó, el elemento subjetivo del injusto, de sólo tener intención de violar la morada ajena, y no otras finalidades que la absorberían, dándose un concurso de dicho delito y las faltas indicadas, aunque éstas no se penaran por encajar en el indulto; debiendo por ello, desestimarse el primer motivo del recurso, que negaba sea suficiente para la existencia de tal allanamiento, el dolo genérico, o conocimiento y voluntad de entrar en morada ajena, contra la voluntad del morador, que es bastante para engendrar, porque los fines ulteriores, no lo hacen desaparecer, tipificándose y penándose también» (Rep. Ar. 1.969).

Hemos reproducido íntegros dos considerandos anteriores, pues creo pueden centrarnos perfectamente la situación en la praxis. Se reconocen honesta y expresamente las fluctuaciones de la Sala 2.ª, en torno a la exigencia del «dolo específico» o elemento subjetivo de lo injusto. Hemos de advertir además a este respecto, que el ponente de la presente sentencia lo fue el Magistrado Escudero del Corral; ponente también en las sentencias de 27 de mayo de 1963 y 23 de octubre de 1969 en las que, como ya vimos y al contrario que ésta, venía a exigirse claramente un «dolo específico, ánimo espe-

cífico o dolo especial». Se reconoce igualmente el carácter generalmente instrumental de la figura de allanamiento y se declara indiferente el fin que guíe al agente acudiendo para reforzar la tesis al estado de necesidad específico del artículo 491 (61).

Ahora bien, ¿hasta qué punto no está latiendo también en toda la construcción, la justicia o injusticia de la situación concreta? Al igual que Groizard (62), se afirma sería injusto que unos fines inferiores penalmente desplazaran al allanamiento. Y según se desprende de los transcritos considerandos, lo que el agente pretendía era pedir explicaciones, que airadamente pidió, causando dos faltas de lesiones y una de daños. Pues bien, de exigirse el elemento subjetivo, el allanamiento debía desaparecer, reduciéndose la responsabilidad criminal, además, inexigible al amparo de un indulto. Por el contrario, rechazando el discutido ánimo específico, pudo confirmarse —en base a la violencia ejercida— la apreciación del tipo agravado de allanamiento del artículo 490, 2.º.

En fin, el no dejar la conducta sin castigo ha propiciado, probablemente una de las más expresivas y razonadas negativas del elemento subjetivo en el delito de allanamiento por parte del Tribunal Supremo.

En este mismo orden de cosas, la problemática del concurso y la agravante genérica de morada han inclinado también a nuestra Jurisprudencia a negar, afirmar o desconocer el citado elemento subjetivo de lo injusto. Ciertamente que, como han escrito Quintano Ripollés (63) y Rodríguez Mourullo (64), la aplicación de uno u otra puede beneficiarse o perjudicar al reo, pero en ello han obrado nuestros tribunales con total libertad de criterio.

Claramente inclinada por el concurso lo es la sentencia de 9 de abril de 1964 de nuestro Tribunal Supremo pues, según se dice en la misma, «la doctrina de esta Sala, sin perjuicio de alguna particular excepción», según los hechos, tiene afirmado, en términos generales, que cuando el allanamiento de morada se comete con el fin de realizar otro hecho delictivo (aquí el de coacción), debe calificarse la existencia de ambos» (Rep. Ar. 1.865). Igualmente, el Tribunal Supremo ha admitido el concurso de delitos en abundantes ocasiones: con lesiones, Sentencias de 11 de marzo de 1964 (Rep. Ar. 1.411), 29 de septiembre de 1967 (Rep. Ar. 3.590) y 18 de mayo de 1979 (Rep. Ar. 2.093); con tentativa de violación, sentencia 13 de mayo de 1964 (Rep. Ar. 2.506); con abusos deshonestos, sentencias de 2 de noviembre de 1964 (Rep. Ar. 4.606) y 19 de mayo de 1970 (Rep. Ar. 2.140); con escándalo público, sentencia de 27 de octubre de 1967 (Rep. Ar. 4.737); con amenazas, sentencia de 15 de diciembre de 1970 (Rep. Ar. 5.295); con realización arbitraria del propio derecho, sentencia de 22 de abril de 1978 (Rep. Ar. 1.475); etc.

(61) Argumento debido a SUÁREZ MONTES, como ya vimos (vid. supra, páginas 13-15).

(62) Vid. supra, pág. 12.

(63) *Tratado de la Parte Especial*, I (2), ya cit., pág. 993.

(64) *Comentarios...*, ya cit., pág. 772.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha considerado también la entrada indebida en morada ajena con circunstancia agravante del delito perseguido como fin. De tal suerte y en base a la afirmación del elemento subjetivo, la sentencia de 11 de noviembre de 1965, sentando doctrina general, afirma que si el allanamiento «presupone una acción dirigida a vulnerar un determinado interés o valor, que en dicha infracción no es otro que el de la libertad y seguridad a que obliga el epígrafe del título XII en que está inserta; los delitos que tuviesen otras finalidades específicas extrañas a la aludida no producen concurrencia con el allanamiento, a no ser que se acrediten plurales propósitos, sino que el extremo de desarrollarse en morada ajena sólo se refleja eventualmente en la agravante decimosexta del artículo 10, o en las tipicidades que la incorporan» (Rep. Ar. 5028). Por otro lado, sin alusión alguna al posible allanamiento, apreciación de la citada agravante es la que hace la interesante y reciente sentencia de 20 de diciembre de 1978 en un caso de asesinato: «Haber penetrado el procesado en la morada de la ofendida subrepticamente y realizando en ella, donde se escondió, la cobarde agresión que le ocasionó la muerte, permaneciendo en ella hasta cerciorarse de que podía salir, sin ser visto, de donde se infiere que la morada de la ofendida fue buscada deliberadamente para la comisión del hecho, dándose así la concurrencia de los elementos objetivo y subjetivo que la apreciación del agravante requiere» (Rep. Ar. 114). En idéntico sentido las sentencias de 15 de enero de 1965 (Rep. Ar. 125), 25 de abril de 1975 (Rep. Ar. 1764), 5 de mayo de 1976 (Rep. Ar. 2135), 26 de abril de 1977 (Rep. Ar. 1831), etc.

De las líneas precedentes puede deducirse que la afirmación con que iniciábamos este apartado no era incorrecta. ¿Puede señalarse una línea uniforme en las decisiones jurisprudenciales? Evidentemente que no.

Cierto que como hemos podido apreciar, van siendo cada vez más numerosas las resoluciones en que, rechazando el elemento subjetivo, se acude al concurso allanamiento-delito fin. Pero no es menos cierto que la ruptura de semejante criterio no es tampoco infrecuente. Debemos constatar, eso sí, no conocemos resolución alguna admitiendo en forma imprudente la figura en estudio.

En conclusión, dada la configuración que el Código penal hace del delito de allanamiento, no creemos correcta la corriente jurisprudencial que exige el citado elemento subjetivo. Como ya indicamos, la estructura de la figura es claramente objetiva. Y en base a ello, si el allanamiento aparece como conducta preordenada a un fin delictivo, lo correcto dogmáticamente ha de ser el concurso de delitos en todo caso. La agravante genérica de morada no debe utilizarse con fines oportunistas, sino sólo en el supuesto en que no pueda afirmarse la existencia del delito de allanamiento.

V. EL PROYECTO DE LEY ORGANICA DE CODIGO PENAL DE 1980

El delito de allanamiento de morada aparece configurado en el capítulo II del título II del libro II del proyecto de Ley Orgánica de Código Penal (65).

Prescindiendo de la supresión del actual artículo 492 bis (protección de lugares religiosos u otros inmuebles especialmente protegidos) y de la reducción del engorroso casuismo del 492 (66), la descripción típica del allanamiento viene a ser prácticamente idéntica a la vigente. Como ya vimos (67), la única novedad introducida—aparte de las penas, claro está—, lo es que el inciso «sin habitar en ella» haya venido a preceder y, por tanto, a cubrir a sus dos posibles formas de comisión: entrar o mantenerse. Y el estado de necesidad específico del actual artículo 491 es reproducido literalmente en el artículo 187 del Proyecto (68).

En principio, pues, la situación es la misma. Ahora bien, desde otros ángulos, el Proyecto ha venido a recoger al fin la deseable y deseada excepcionalidad en el castigo de los delitos culposos (69) y evidentemente, que el allanamiento de morada no aparece entre esas excepciones dignas del castigo. Con ello, viene a solucionarse un aspecto del problema.

Por lo que a la agravante genérica de morada se refiere, no creemos pueda decirse lo mismo. Ciertamente que no aparece expresamente mencionada en el elenco que de las circunstancias agravantes nos presenta el artículo 28 del Proyecto. Pero indudablemente que puede afirmarse implícita en la amplísima fórmula de la circunstancia agravante número 2.ª: «Ejecutar el hecho con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lu-

(65) Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados Serie A, Proyectos de Lev. 17 de enero de 1980, págs. 700-01.

(66) El artículo 188 del Proyecto ha dejado reducido a los términos «establecimientos públicos», los hoy utilizados de «cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas».

(67) Vid. supra, pág. 4.

(68) Precepto cuya permanencia ha sido considerada como innecesaria por RUIZ VADILLO (*Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, Cuadernos de Documentación, 13, Madrid, Instituto Nacional de Prospectiva, 1980) y cuya supresión ha sido propuesta en enmienda (núm. 1.383) presentada al Proyecto por García Romanillos, del Grupo Parlamentario centrista. Por el contrario, y partiendo de la permanencia del citado precepto en el Proyecto, muy acertada me parece la enmienda (núm. 455) del Grupo Socialista en el sentido de comprender en el mismo las dos formas de comisión del delito: entrar o mantenerse. Cerezo Mir, en propuesta alternativa, se muestra partidario de la supresión del precepto por considerarlo «excesivamente generoso», pero, para el caso de no triunfar aquélla, estima debería aceptarse la enmienda Socialista (en *Dictamen para el Ministerio para la Coordinación Legislativa, sobre las enmiendas presentadas al Congreso de los Diputados al Proyecto de Ley Orgánica de Código penal*) y concretamente dictamen a la enmienda núm. 455 del Grupo Socialista).

(69) Vid. supra, nota (3).

gar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido (*sic*) o faciliten la impunidad del delincuente». ¿Acaso el ejecutar el hecho en la morada del ofendido, no podrá subsumirse en «las circunstancias del lugar» aludidas? Evidentemente que sí.

En conclusión, el concepto de allanamiento, que el Proyecto nos da, sigue estructurado en base a elementos objetivos y, consecuentemente, ha de negarse la exigencia de un elemento subjetivo de lo injusto. Por si cupiera alguna duda el mantenimiento del estado de necesidad específico viene a disiparla. El problema del delito culposo, que de no exigirse el citado elemento subjetivo podría plantearse, ha quedado resuelto por no encontrarse el allanamiento de morada entre las particulares figuras imprudentes.

Ahora bien, la superposición agravante de morada-allanamiento podrá seguir planteándose en múltiples supuestos. Pero esta superposición, que no identificación, habrá de ser resuelta, como ya dijimos (70), huyendo de todo oportunismo. Existente la figura de allanamiento en todo su contenido lo procedente ha de ser su aplicación independientemente de que constituya tan sólo un medio de un fin ulterior. Y reservemos para la agravante de morada aquellas conductas que no cumplen el concepto legal de aquél.

(70) Vid. *supra*, págs. 15 y 24.