

MANUEL GÓMEZ TOMILLO

(Director)

COMENTARIOS PRÁCTICOS AL CÓDIGO PENAL

LOS DELITOS CONTRA LAS PERSONAS
Artículos 138-233

TOMO 11

Autores

ISIDORO BLANCO CORDERO	MANUEL JAVATO MARTÍN
CONCEPCIÓN CARMONA SALGADO	ÁNGEL SANTIAGO MARTÍNEZ GARCÍA
CARLOS FRAILE COLOMA	FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA
M ^º CARMEN GÓMEZ RIVERO	ANA ISABEL PÉREZ MACHÍO
MANUEL GÓMEZ TOMILLO	CARMEN TOMÁS-VALIENTE LANUZA
JAIME GOYENA HUERTA	M ^º ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ

THOMSON REUTERS
ARANZADI

Primera edición, 2015



THOMSON REUTERS PROVIEW-eBOOKS
Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2015 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Manuel Gómez Tomillo y otros]

Editorial Aranzadi, SA
Camino de Calar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-9098-781-0
Depósito Legal: NA 1943/2015
Printed in Spain. Impreso en España
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 Pamplona

Relación de autores

Director

MANUEL GÓMEZ TOMILLO

Profesor Titular de Derecho penal (acreditado a Catedrático). Universidad de Valladolid. Letrado del Tribunal Constitucional.

Autores

MARÍA TERESA AGUADO CORREA

Profesora Titular de Derecho penal. Universidad de Sevilla.

CARMEN AFASTUEY DOBÓN

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza.

ANA CRISTINA ANDRÉS DOMÍNGUEZ

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Burgos.

SILVINA BACIGALUPO SAGESSE

Catedrática de Derecho penal. Universidad Autónoma de Madrid.

ISIDORO BLANCO CORDERO

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Alicante.

FERNANDO BURGOS PAVÓN

Teniente Fiscal de la Audiencia Nacional.

CONCEPCIÓN CARMONA SALGADO

Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Granada.

ESTRELLA ESCUCHURI AISA

Profesora Contratada Doctora de Derecho penal. Universidad de Zaragoza.

JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

Magistrado de la Audiencia Nacional.

PATRICIA FARALDO CABANA

Catedrática de Derecho penal. Universidad de A Coruña.

CARLOS FRAILE COLOMA

Magistrado-Juez de la Audiencia Provincial de Madrid.

FRANCISCO JAVIER MATÍA PORTILLA
Profesor Titular (acreditado a Catedrático)
de Derecho Constitucional Universidad de Valladolid

1. *El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.*
2. *Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses.*

El delito de allanamiento de morada se ha recogido en el Código Penal desde 1848 (arts. 404 CP1848, 414 CP1850, 504 CP1870, 668 CP1928, 482 CP1932, 490 CP1944 y 490 CP1973). Estamos en presencia de un precepto penal de rancio abolengo, y cuyos perfiles no se han visto alterados hasta fechas relativamente recientes.

La primera reflexión que cabría realizar debe referirse al bien jurídico protegido por el tipo penal en examen. A mi juicio, resulta evidente que el delito de allanamiento de morada constituye una protección penal del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE. Ver SSTS de 23 de septiembre de 1891, Rec. 1891/0071 y de 8 de marzo de 1979 [RJ 1979, 1080], entre otras muchas. En relación con esta conexión, *vid.* JORGE BARRERO, 1987; ARIAS EIBE, 2001, CABEZUDO BAJO, 2003 y 2004; discrepa SANZ MORÁN, 1989). Es cierto, claro está, que los derechos fundamentales surgen, en el Estado liberal, como derechos frente al Estado, lo que explica que el comportamiento del funcionario público sea el único contemplado en el Código Penal de 1822 (art. 243, cuarto). Sin embargo, el derecho a la inviolabilidad del domicilio incluye, como otros (vida, libertad personal, intimidad, huelga,...), la obligación de los poderes públicos de reprimir los ataques que puedan provenir de otros particulares, a través de una tipificación penal de determinadas conductas (asesinato, secuestro, etc.). Muchos autores dan un paso más en esta argumentación entendiendo que algunos derechos fundamentales, entre los que se incluye la inviolabilidad del domicilio, tienen una eficacia erga omnes. De ahí que presenten una eficacia horizontal (*Drittwirkung*) o *inter privatos*.

Si se acepta que existe una conexión lógica entre el allanamiento de morada y la inviolabilidad del domicilio, será preciso determinar el bien jurídico protegido por el tipo penal a la vista de la evolución del derecho fundamental en nuestro país. Dicho enfoque nos permitirá aportar alguna luz en esta materia, y entender algunas vacilaciones jurisprudenciales que se siguen produciendo en la actualidad.

Podemos descartar como bien jurídico protegido el de la propiedad, siendo claro que, a diferencia de lo que ocurre con el Derecho estadounidense, el derecho fundamental y el tipo penal protege más al titular de la posesión que al de la propiedad (*cf.* SSTs de 15 de marzo de 1990 y de 7 de diciembre de 1982, y ATC 641/1984, de 7 de noviembre), lo que explica que no en pocas ocasiones el propietario que invade un inmueble de su propiedad, que constituye a la vez morada ajena, haya sido condenado como autor de un delito de allanamiento de morada (*cf.* SSTs 20/2010 de 29 enero [RJ] 2010, 3012]; de 28 de septiembre [RJ] 1971, 3652]; de 13 de febrero de 1968 [RJ] 1968, 891]; de 19 de mayo de 1875, Rec. 1875/0171, y de 2 de enero de 1874, Rec. 1874/0001, entre otras muchas). Este razonamiento también permite comprender que la ocupación ilegal de viviendas deshabitadas es ajena al tipo penal en examen, puesto que no hay violación de intimidad que merezca ser reparada.

La inviolabilidad del domicilio sirve, en un primer momento, al bien jurídico libertad personal. Este dato se acredita examinando algunas normas históricas (Decreto número 11 de las Cortes de León de 1188, el Rey Alfonso IX) y constitucionales (arts. 7 de las Constituciones de 1837 o 1845 y 5 de la de 1869. Sobre esta última, *vid.* PASCUAL LÓPEZ, 2002). Aunque el vigente art. 18.2 CE sigue haciendo referencia a la entrada o registro, es claro hoy que la Constitución veda cualquier entrada realizada en morada ajena en contra de la voluntad de su titular, con independencia de cuál sea la finalidad de dicha inmisión domiciliaria (*cf.* SSTs de 20 de enero de 1965 [RJ] 1965, 241]; de 10 de abril de 1933 [RJ] 1933, 2325]; de 28 de febrero de 1902, [RJ] 1902, 110]; de 5 de noviembre de 1896, [RJ] 1896, 136]; de 18 de noviembre de 1895, [RJ] 1895, 135]; de 7 de junio de 1887, [RJ] 1887, 14]. Sobre la vinculación entre domicilio constitucional y morada penal, *vid.* MATÍA PORTILLA, 1997 y PLAZA ARRIMADAS, 1982). En otras ocasiones, el Tribunal ha justificado la existencia de una actuación antijurídica en la falta de dolo específico de vulnerar el domicilio, ya sea por tener algún interés en ese lugar (SSTs de 18 de abril de 1972 [RJ] 1972, 1700], y de 23 de noviembre de 1904, [RJ] 1904, 172]), por justificar la entrada en la propiedad sobre el bien inmueble (SSTs de 29 de diciembre, [RJ] 1923, 152], de 19 de diciembre, [RJ] 1918, 119], de 23 de octubre, [RJ] 1966, 1849]), entre otros supuestos (SSTs de 20 de abril de 1966 [RJ] 1966, 1849], de 4 de enero [RJ] 1966, 245], de 24 de enero [RJ] 1961, 222], y de 12 de septiembre de

1924, Rec. 1924/0248, de 12 de septiembre). Ver, más recientemente, el AAP Burgos (Sección 1ª) 857/2009, de 17 de diciembre [JUR 2010, 60427] y, en el plano doctrinal, GUALLART Y DE VIALA, 1982.

Sin embargo, hoy el fundamento del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio es otro. Desde que Warren & Brandeis publicaran su clásico trabajo sobre «The right to privacy» (*Harvard Law Review*, 1998), algunos derechos fundamentales se han reorientado, y esto ha ocurrido, de forma especialmente evidente, con el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Aunque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia ha sido confusa, aludiendo a que el derecho fundamental sirve a la intimidad, a la vida privada, a una esfera privada o a la privacidad (*sic*) (*cf.* STC 22/1984, de 17 de febrero. Son más atinadas las SSTC 137/1985, de 17 de octubre; 144/1987, de 23 de septiembre, 76/1992, de 14 de mayo y, especialmente, STC 126/1995, de 25 de julio, entre otras), posición que ha encontrado reflejo en la doctrina en ocasiones (así ocurre en los casos de ALFONSO BOZZO, 1985; LÓPEZ RAMÓN, 1985; GÓMEZ OREA, 1991; SEMPERE RODRÍGUEZ, 1984, pero no en el caso de GONZÁLEZ-TREVIANO SÁNCHEZ, 1992). Pese a todo, el Tribunal Supremo ha reiterado en diversas ocasiones que el tipo penal protege la intimidad (paradigmáticas son las SSTs 852/2014, de 11 de diciembre [RJ] 2014, 6552]; 179/2007 de 7 marzo de 2007 [RJ] 2007, 3248]; de 1 de febrero de 1993 [RJ] 1993, 624]; de 14 de enero de 1993 [RJ] 1993, 163]; de 28 de octubre de 1991 [RJ] 1991, 7410]; y de 27 de mayo de 1968 [Ar. 1968, 2666], entre otras muchas). Puede consultarse, sobre esta evolución y conclusión, MATÍA PORTILLA, 1997, que coincide con lo expresado por CASAS VALLES, 1987; GARCÍA MACHO, 1982 y BALLESTER CARDELL, 1998, entre otros muchos y postura de la que discrepan otros autores ARAGÓN REYES, 1998. También resultan de interés los trabajos de SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ, 1999, BORJA JIMÉNEZ, 1998 y, desde una perspectiva más general, los debidos a CASTIÑEIRA PALOU, 2006; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, 1996, GONZÁLEZ RUS, 2005, POLAINO NAVARRETE, 2010 y RODRÍGUEZ MORO, 2011.

El tipo penal se cumple cuando un sujeto entra en morada ajena. ¿qué debe entenderse por morada ajena? Pues bien, la morada «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 del hogar familiar» (STS de 18 de mayo de 1979 [Ar. 1979, 2093], entre otras varias). La morada es el lugar cerrado en el que se mora, ya sea de forma ocasional (pese a las desafortunadas SSTs de 27 de marzo de 1954 [Ar. 1954, 0582]; y de 5 de octubre de 1974 [Ar. 1974, 3910], ver, entre otras muchas, la STS 852/2014, de 11 de diciembre [RJ] 2014, 6552]) o habitual, como puede ser un chalet, un remolque, una cueva o una simple habitación (SSTs de 29 de abril de 1963 [Ar. 1963, 2226], y de 27 de mayo [Ar. 1968, 2666], de 25 de abril

de 1896, Rec. 1896/0306, y de 30 de septiembre, Rec. 1907/0057, respectivamente), siendo irrelevante que cumpla o no con la regularidad administrativa [por ejemplo, que cuente con cédula de habitabilidad, STS (Sección Primera) 731/2013, de 7 de octubre, [RJ 2013, 7646]. Se protege penalmente la morada fugaz y actual [ver, con carácter general, SSTS (Sección 1ª) 731/2013, de 7 de octubre [RJ 2013, 7646] y 509/2012, de 19 de junio [RJ 2013, 2295], lo que puede afectar a remolques-vivienda [SAP Girona (Sección 3ª) 410/1998, de 19 de octubre, [ARP 1998, 4127], tiendas de campaña, habitaciones de hotel (STC 10/2002, de 17 de enero) o pensión (SSTS 1900/1994, de 2 de noviembre [RJ 1994, 8557], y las allí citadas) y chalets (STS 455/2014, de 10 de junio [RJ 2014, 3686]). No se puede confundir la finalidad del uso de un velero (el contrabando) con que constituya una morada en el plano penal (en contra, STS 932/2009, de 17 de septiembre [RJ 2010, 165]; cuestión distinta es que si los fardos de droga se visualizan desde fuera la actuación de la Guardia Civil se ampare por una situación de flagrancia).

Debe ser, en todo caso, morada ajena, lo que supone que el infractor no tiene la posesión sobre dicho lugar, siendo irrelevante las relaciones de consanguinidad o afectivas que mantenga o haya mantenido el agresor con los titulares del derecho (*cf.* SSTC de 14 de enero de 1993 [RJ 1993, 163], y de 2 de marzo de 1993 [RJ 1993, 1899], entre otras muchas). Por esta misma razón, no puede cometer un delito de allanamiento de morada el cohabitante que registra los objetos de otro cohabitante (*cf.* STS 1775/2000, de 17 de noviembre de 2000 [RJ 2000, 8941]). Su comportamiento deberá ventilarse a través de otros tipos penales (STS de 28 de octubre de 1991 [RJ 1991, 7410]). Es igualmente irrelevante que el infractor sea el propietario del lugar en el que penetra (*cf.* STS de 28 de septiembre de 1971 [Ar: 1971, 3652]). Por el contrario, si resulta preciso que el morador disponga de forma legítima de la morada, ya se justifique dicha disposición en una relación jurídico-formal como en una situación de hecho reconocida por el derecho. Es así morador, desde la óptica penal, tanto el que mantiene un contrato de alquiler de una vivienda como el precarista (STS de 30 de noviembre de 1970 [RJ 1970, 5031]).

Debe subrayarse, por otra parte, el carácter absortivo de la noción penal de morada, que supone que cualquier local o dependencia que no se use principalmente para vivir, pero que tenga comunicación interior con el cuarto dedicado a habitación sea considerado, a efectos penales, morada. Ello hace posible que determinadas dependencias (corrales, patios, aparcamientos) puedan ser considerados en ocasiones morada (cuando tienen comunicación interior con la habitación), y en otras ocasiones, no (cuando son independientes de la habitación o constituyen lugares comunes de varios vecinos). Finalmente, es irrelevante, desde la perspectiva penal, y a diferencia de lo que ocurre en el robo en

casa habitada, que el morador se encuentre en el interior de su vivienda cuando se produce la inmisión (*cf.* STS de 17 de junio de 1992 [RJ 1992, 5406]).

La comisión delictiva puede producirse tanto por entrar en morada ajena en contra de la voluntad de su titular (allanamiento activo), como por negarse a abandonar dicho espacio (allanamiento pasivo) cuando es requerido para ello por quién posee el *ius exclusionis* (*cf.* SAP Burgos de 2 julio de 1998 [ARP 1998, 4113] y STS 442/2012, de 5 de junio de 2012 [RJ 2012, 6725]), dejando de lado los supuestos de coautoría (*cf.* STS 393/2008, de 26 de junio de 2008 [RJ 2008, 4654]). En ambos casos, el dolo preciso para cometer este delito es el genérico de saber que se está penetrando en morada ajena o permaneciendo en ésta en contra de la voluntad de su titular [Por todas, STS (Sección 1ª) 692/2014, de 29 de octubre [RJ 2014, 5026]. *Vid.*, en el plano doctrinal, MUÑOZ MARÍN, 2014]. Dos problemas jurídicos pueden suscitarse cuando en una morada conviven diversas personas. La primera pregunta que puede realizarse es determinar si todos los cohabitantes pueden ejercer su derecho a la inviolabilidad del domicilio con el mismo alcance, lo que incidiría en el tipo penal que estamos examinando. Me parece claro que existen determinadas situaciones en las que determinados cohabitantes no tienen la última palabra en cuanto a las personas que pueden entrar o permanecer en sus moradas (piénsese en menores, personas sometidas a patria potestad, tutela o curatela, personal al servicio de los titulares de la vivienda –servicio doméstico– o precarios). Este supuesto no es en modo alguno equiparable al hecho de que las habitaciones se encuentren situadas en un contexto, espacial o personal, sometido a una relación de especial sujeción. Por expresarlo de forma gráfica, resulta evidente que la habitación de una residencia militar es, desde la perspectiva constitucional, un domicilio (STC 189/2004, de 2 de noviembre).

En otras ocasiones, sin embargo, existen titulares de idéntico derecho (cónyuges, supuesto de pisos compartidos). En estos supuestos es irrelevante que la vivienda pertenezca a uno de ellos o que el contrato de alquiler sea firmado por uno de los estudiantes que conviven en un mismo piso. Todos son cotitulares del derecho (o, más correctamente, titulares de un derecho autónomo cada uno de ellos que recae sobre un mismo objeto). ¿Cómo resolver, en este caso en el que existen titulares de idéntico derecho, los conflictos que puedan surgir, en los que un cohabitante consienta la entrada de un tercero y otro la prohíba? A nuestro juicio, en tales hipótesis debe primar el derecho de exclusión o expulsión sobre el derecho de permitir la entrada o permanencia de una persona en la casa. Ahora bien, para que tal regla opere, debe ser evidente para la persona que pretende entrar o mantenerse en dicho espacio que lo hace en contra de la voluntad de uno de los moradores que cuenta con la plenitud en el ejercicio del derecho. Si se comparten estas reflexiones

podríamos completar lo señalado en líneas anteriores, afirmando ahora, sin ambages, que el bien jurídico protegido por el delito de allanamiento personal es la intimidad personal. La referencia a la intimidad familiar es válida siempre y cuando no existen criterios diferentes entre las personas de idéntico derecho sobre la presencia, en ese espacio común, de un tercero (*cf.* SSTC Italiano 56/73 y español 231/1988, de 2 de diciembre).

El consentimiento de entrada y/o permanencia puede ser expreso o tácito. El hecho de que tal permiso pueda ser tácito no quiere decir que el simple hecho de que la puerta de una vivienda se encuentre entreabierta permita entender que exista tal autorización (*cf.* STS 852/2014, de 11 de diciembre [RJ 2014, 6552] y SAP Madrid (Sección 5ª) 123/2000, de 31 de enero [ARP 2000, 336]). Sin embargo, conviene recordar que el Tribunal Supremo ha dado por bueno el consentimiento prestado por una persona retenida en determinados casos (STS 1499/2002, de 16 de septiembre [RJ 2002, 8447]).

Casi todos nuestros Códigos Penales históricos han previsto un tipo de allanamiento de morada agravado cuando el ilícito se comete con violencia o intimidación (arts. 404 CP1848, 414 CP1850, 504 CP1870, 668 CP1928, 482 CP1932, 490 CP1944 y 490 CP1973). «Este subtipo agravado comprende aquellos supuestos en que la violencia o intimidación se hayan ejercitado para entrar o mantenerse en la morada ajena y comprende también los supuestos de “*vis in re*”, entendiendo la jurisprudencia equiparable la violencia o intimidación en las personas con la ejercitada “*in rebus*” siempre que la violencia material sobre las cosas sea el medio de ejecución de allanamiento», no siendo el caso cuando la violencia posterior al ingreso se realiza para robar a sus habitantes (STS 179/2007, de 7 de marzo [RJ 2007, 3248]). Esto ocurre, por ejemplo, cuando se fractura la puerta de entrada (*cf.* SSTS 509/2012, de 19 de junio [RJ 2013, 2295] y 496/2003, de 1 de abril [RJ 2003, 2695]). La violencia puede realizarse, pues, tanto sobre las cosas como sobre las personas (este último caso es el producido en el supuesto de hecho ventilado por la STS 159/2007, de 21 de febrero [RJ 2007, 3182]). También se incluye la previsión expresa de la intimidación, aunque sea muy cercana, en este contexto, a la de la violencia. En relación con la intimidación puede consultarse la STS 474/2004, de 13 de abril [RJ 2004, 3260], en la que el agresor se valió de una navaja y de la introducción de su pie en el quicio de la puerta para franquearse la entrada en la casa.

El ilícito penal que se realice en el interior de la morada (robo, hurto, asesinato, etc.) debe ser juzgado en régimen de concurso real con el delito de allanamiento de morada puesto que el bien jurídico protegido es diferente en uno y otro tipo penal. En concreto, el Tribunal Supremo ha considerado compatibles el delito de robo con violencia e intimidación y el de allanamiento

de morada tipificado en el art. 202 del Código Penal (SSTS 372/2003 de 14 de marzo [RJ 2003, 2907]; 591/1997, de 16 de junio [RJ 1997, 4724]; 741/1998, de 28 de abril [RJ 1998, 4137]; 728/1999, de 6 de mayo [RJ 1999, 4962] y 858/1999, de 26 de mayo [RJ 1999, 4673]). Sobre estas cuestiones, ver SOTO NIETO, 2004). En relación con el secuestro, ver, a modo de ejemplo, la STS (Sección 1ª) 776/2014, de 20 de noviembre [RJ 2014, 5729]. Sin embargo, debe aludirse al nuevo tipo penal (incorporado a través de la Ley 5/2010, de 10 de junio) de robo violento en casa habitada que, lógicamente, excluye la aplicación del delito de allanamiento de morada [STS (Sección 1ª) 813/2014, de 3 de diciembre [RJ 2014, 6498] y, sobre la relación de ambos preceptos, STS (Sección 1ª) 666/2011, de 30 de junio [RJ 2011, 5236], aunque, paradójicamente, se imponga la misma pena que la derivada de un concurso medial de allanamiento de morada y robo [ver STS (Sección 1ª) 666/2011, de 30 de junio [RJ 2011, 5236] y, en el plano doctrinal, FARALDO CABANA, 2011].

FRANCISCO JAVIER MATÍA PORTILLA (artículo 203.1 y 203.3)

*Profesor Titular (acreditado a Catedrático)
de Derecho Constitucional Universidad de Valladolid*

MANUEL JAVATO MARTÍN (artículo 203.2)

Fiscal de la Audiencia Provincial de Valladolid

1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a diez meses el que entrare contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura.

La introducción de este delito en el Código Penal se debe a una discutible jurisprudencia vertida por el Tribunal Constitucional en la STC 137/1985, FJ 2, en la que se afirma que una persona jurídica (en particular, una empresa mercantil) es titular del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Tal afirmación es difícilmente compatible con la idea de que el citado derecho protege la intimidad personal ya que, como resulta obvio, las personas jurídicas carecen de ésta (ATC 257/1985, FJ 2 y SSTC 69/1999, FJ 2 y 22/2003, FJ 2 *in fine*. Más recientemente, *vid.* la STC 54/2015, de 16 de marzo, FJ 5; Ver en el plano doctrinal SANZ MORÁN, 2006, pp. 105 y ss., entre otros –ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, 2008–, y LORCA MARTÍNEZ, 1992–, para quien la inviolabilidad del domicilio protege la intimidad de la persona física y la vida privada de la persona jurídica). En todo caso, la decisión del Tribunal Constitucional explica que el legislador penal haya debido prever el delito de entrar «contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura».

La inclusión de las personas jurídico-públicas en el art. 203.1 CP no deja de ser sorprendente. Resulta claro que, aunque pueda considerarse excepcionalmente a las personas jurídico-públicas la titularidad de algunos derechos fundamentales (como son los referidos a la tutela judicial efectiva o al respeto del principio de igualdad), no les asiste el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Por tal motivo, el bien jurídico protegido en este caso deberá ser distinto al apuntado por el Tribunal Constitucional, pudiendo justificarse tal previsión,

posiblemente, en la propia necesidad de mantener el orden público en los espacios públicos, aunque existan normas específicas en otras partes del Código Penal (por ejemplo, el art. 493).

Los problemas interpretativos que suscita esta tipificación no son menores. Mientras que la determinación del concepto penal de morada no presenta especiales problemas conceptuales, sí que resulta problemático delimitar que espacios de una persona jurídica están protegidas por el tipo penal (domicilio social, establecimiento o establecimientos de dirección, etc.). No ayuda en esta dirección la afirmación realizada por el Tribunal Constitucional de que las personas jurídicas gozan de una menor intensidad de protección de la inviolabilidad del domicilio (SSTC 69/1999, FJ 2 y 54/2015, FJ 5). Estamos pues, al parecer, en presencia de un *derecho debilitado* respecto del que poseen las personas físicas (aunque tal entendimiento no pueda deducirse del tenor literal empleado en el art. 18.2 CE).

A la hora de determinar el concepto de domicilio de las personas jurídicas nos resulta inútil el concepto penal de morada (ya que ésta se caracteriza por la posesión íntima de la persona física). A fin de avanzar en la delimitación del domicilio de las personas jurídico-privadas, puede sernos útil recordar la visión restrictiva manejada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 69/1999, cuando afirma que dicho domicilio constitucional se extiende a «los espacios físicos [de la sociedad mercantil] que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros». Aunque sea una tarea compleja determinar, en cada caso, si un local constituye, o no, domicilio de una persona jurídico-privada, algunas pistas nos da la jurisprudencia. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo declara que un espacio «que se encontraba en un rincón del local [abierto al público] sin elemento alguno establecido para preservar la intimidad de las actividades que allí se realizaran, ni la privacidad del espacio, y donde tampoco existían señales o avisos de no ser accesibles al público, lo que permitía a cualquiera la observación y la propia presencia sin trabas ni impedimentos» (STS núm. 312/2009 de 25 de marzo [R] 2009, 3444]. Ver también la STS 553/1995 de 7 de abril [R] 1995, 2836), es ajeno a dicho concepto constitucional. También ha hecho notar que, «siendo la intimidad que garantiza el art. 18.1 CE el bien jurídico básicamente protegido, en relación con el cual tiene el domicilio un indispensable valor instrumental ya que es en el mismo donde la persona salvaguarda normalmente su intimidad, la protección penal de algunos de los espacios enumerados en el art. 203.1, y concretamente la de los locales abiertos al público fuera de las horas

de apertura, debe quedar limitada a los casos en que la entrada no consentida en aquéllos lesione o ponga en peligro la legítima reserva con que el titular del local pretenda rodear determinados objetos o datos que se custodien en el mismo, en la medida en que afecten a su intimidad personal o profesional» (STS 505/1999, de 3 de abril [R] 1999, 1461]. Ver también la STS 1737/1999, de 30 de noviembre). A la luz de esta doctrina podemos concluir que la noción penal de domicilio de la persona jurídica no puede equipararse con un concepto preexistente de domicilio (fiscal, social, etc.), sino que integrará todo espacio en el que una persona jurídico-privada haya proyectado su vida privada y se encuentre excluido al libre acceso de terceros [por no ser espacios abiertos al público, o por haberse realizado la inmisión fuera del horario de apertura. Ver SAP Ciudad Real (Sección 1ª) 3/2012, de 16 de febrero, [JUR 2012, 106396].

Específicos problemas suscitan los locales abiertos al público. El Fiscal General del Estado estima, en la Consulta 11/97, que estamos en presencia de un local abierto al público cuando concurren dos notas: «existencia de una cierta infraestructura y acondicionamiento de un local que permitan el acceso físico de público a su interior» (lo que excluye quioscos), y, por otro lado, que «en tales locales ha de poder acceder indiscriminadamente cualquier persona –sin perjuicio de la reserva del derecho de admisión y de la existencia de un horario de apertura–». «Por tanto, para la comisión del presente delito no basta que el supuesto sujeto activo haya accedido a un establecimiento mercantil o local abierto al público, puesto que obviamente por ello, al ser público, en principio la entrada al mismo es libre y permitida por sus responsables o titulares. Lo que específicamente se tipifica es el entrar contra la voluntad del titular fuera de las horas de apertura, o entrar o mantenerse en él con violencia o intimidación o contra la voluntad de éste» [AAP Segovia (Sección 1ª) 80/2009, de 11 de junio (JUR 2009, 311112)].

Se excluyen, así, «aquellos edificios públicos en los que la actividad desarrollada no permita en modo alguno el acceso a los mismos de terceras personas distintas de quienes allí prestan sus servicios, es decir, de público», extendiéndose su alcance, sin embargo, a los espacios «en los que no concurre la nota de la afectación a servicios públicos de interés general». Especial interés presenta la SAP León (Sección 3ª) 13/2008, de 13 de noviembre [JUR 2009, 162693], en la que se aclara que un mesón que ha dejado de funcionar no es un local abierto al público en el sentido previsto en los arts. 203 y 204 CP.

El tipo penal en examen solamente sancionaba hasta la reciente reforma legislativa de 2015 el allanamiento activo (entrar en el domicilio en contra de la voluntad del titular) que se produzca en los locales fuera del horario de apertura. Era lógico que así ocurriera, dado que el mismo Código Penal contemplaba en otro lugar como falta el hecho de mantenerse «contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública

o privada, despacho profesional u oficina o establecimiento mercantil o local abierto al público» [art. 635. Sobre este precepto, *vid.* las SSAP Alicante (Sección 1ª) 157/2014, de 18 de febrero [JUR 2014, 157499]; Tarragona (Sección 2ª) 72/2013, de 14 de febrero [JUR 2013, 127561]; Burgos (Sección 1ª) 318/2012, de 27 de junio [JUR 2012, 258024]]. Sin embargo, la Ley Orgánica 1/2015 ha recogido como delito el allanamiento pasivo (mantenerse en él contra la voluntad de su titular) en el nuevo apartado 2 del art. 203 CP, aumentando las penas en su día previstas (que han pasado de la localización permanente de dos a 10 días o multa de uno a dos meses, a una pena de multa de uno a tres meses).

Aunque la determinación del titular puede suscitar problemas interpretativos (¿es el máximo responsable de la persona jurídica? ¿Cualquier individuo que se integre en la misma?), así como la delimitación del rasgo de ajenidad que parece requerir el tipo penal (¿el obrero de la empresa que invade la zona de oficinas es autor penalmente responsable?), ninguna de estas cuestiones ha suscitado reflexiones jurisprudenciales que podamos traer a colación.

Parece, por otra parte, y como ya se ha adelantado, que la legitimidad de las restricciones que se produzcan en el domicilio de las personas jurídicas se encuentra igualmente sometida a un juicio de proporcionalidad menos exigente que el relacionado con las moradas de las personas físicas (STC 69/1999, FFJJ 4 y 5), afirmación que, si bien resulta razonable desde un punto de vista lógico, no deriva del tenor literal del art. 18.2 CE ni se compadece con el estricto límite delimitador del derecho fundamental en examen (que solamente permite entradas no consentidas a través de la resolución judicial o, excepcionalmente, en supuestos de delito flagrante). Dicha menor protección [ver SAP Jaén (Sección 3ª) 265/2007, de 27 de noviembre, JUR 2008, 236372] se refleja, en el caso que nos ocupa, en la exigencia de un dolo específico, dolo específico que, es bueno recordarlo, no concurre en relación con el delito de allanamiento de morada. Los Tribunales suelen exigir, en efecto, un dolo específico, sin que baste con la asunción de que se está entrando en un lugar privado. Dicho en palabras del Tribunal Supremo, únicamente «cuando el culpable [...] pretenda no sólo el apoderamiento de las cosas muebles ajenas sino que persiga también otras finalidades —como vgr. examinar documentos u obtener información comercial— se lesionaría específicamente un ámbito de privacidad legalmente protegido distinto del patrimonio y se estaría en el escenario propio del concurso de delitos al vulnerarse claramente, en ese caso, dos bienes jurídicos diferentes, lo que es llano que en el presente caso no se produjo pues la introducción en el local la hizo el acusado con el exclusivo «ánimo de obtener un beneficio económico», apoderándose de efectos y dinero sin que, como en el caso contemplado por nuestra sentencia 44/1999, de 18 de enero [RJ 1999, 131], «se hubiera proyectado sobre bienes jurídicos

atinentes a la intimidad o privacidad del titular o usuario del establecimiento, que no ha resultado afectada más allá de lo imprescindible para materializar el ataque al patrimonio ajeno» (en el mismo sentido, SS. 1625 [RJ 1998, 9790] y 1626/1998 [RJ 1998, 9788] y 231/1999 [RJ 1999, 862]), STS 776/2000, de 4 de mayo [RJ 2000, 3267]. Ver también SSAP Jaén (Sección 3ª) 265/2007, de 27 de noviembre [JUR 2008, 236372] y Tarragona 51/2003, de 14 de febrero [ARP 2003, 471]. En contra, SAP Barcelona de 7 de enero de 1998 [ARP 1998, 47]). Tampoco es autor responsable la madre que entra a una guardería con intención de llevarse a su hija, tratando de impedirlo la directora del centro que conocía que de esta forma se estaba contraviniendo el régimen de visitas fijado [SAP Toledo (Sección 2ª) 25/2001, de 14 de mayo, ARP 2001, 381]. Si se es penalmente responsable cuando «el ataque a la privacidad del domicilio jurídico ajeno fue asumido por el condenado» (SAP Guadalajara 19/2000, de 22 de febrero [ARP 2000, 528]) o cuando concurre una manifiesta enemistad entre el invasor y el titular del local [SAP Las Palmas (Sección 1ª) 97/2005, de 6 mayo, ARP 2005, 305]. Lo llamativo es que esta construcción del tipo penal lo aleja de la clásica tipificación del allanamiento de morada, que parte de la premisa formal de que todo lo que ocurre en una morada es, por esencia, íntimo, por lo que no resulta preciso acreditar que se ha producido una lesión efectiva de la intimidad. Por este motivo, son muy escasas las condenas que se fundamentan en la comisión de este tipo penal [ver, por ejemplo, la SAP Toledo (Sección 2ª) 106/2005, de 31 de octubre, [JUR 2006, 1595]].

2. Será castigado con la pena de multa de uno a tres meses el que se mantuviere contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.

SUMARIO: §1. BIEN JURÍDICO. §2. SUJETO ACTIVO. §3. SUJETO PASIVO. §4. CONDUCTA TÍPICA. 4.1. «Mantenerse» en el domicilio. 4.2. «Contra la voluntad de su titular». 4.3. «Fuera de las horas de apertura». 4.4. El lugar debe ser el domicilio de persona jurídica, despacho profesional, oficina o establecimiento mercantil o local abierto al público. §5. ELEMENTO SUBJETIVO. §6. PRINCIPIO ACUSATORIO. §7. CASUISMO. §8. PENALIDAD. §9. PRESCRIPCIÓN. §10. REINCIDENCIA. §11. SUSPENSIÓN CONDICIONAL. §12. CANCELACIÓN ANTECEDENTES. §13. ASPECTOS PROCESALES. §14. DISPOSICIÓN TRANSITORIA.

Este nuevo delito leve recoge de modo casi literal el contenido de la anterior falta del art. 635 CP.

«Será castigado con la pena de localización permanente de dos a 10 días o multa de uno a dos meses el que se mantuviere contra la voluntad de su titular, fuera de las horas

Asistencia del MF:

En los delitos leves públicos, el MF asistirá a los juicios por delito leve siempre que sea citado (arts. 969.2 LECr).

En los delitos leves semipúblicos, no asistirá el Ministerio Fiscal al no ser citado cuando el delito leve sea perseguible solo a instancia de parte (art. 964.3 LECr) y pueda dejar de asistir al juicio oral, por permitírsele el art. 969.2 LECr y las correspondientes Instrucciones de desarrollo del mismo de la FGE, hoy contenidas en la citada Circular FGE 1/2015, que en sus páginas 23 y 24 contiene el catálogo de delitos leves semipúblicos en los que permite al MF no asistir al juicio. En el caso que nos ocupa, delito leve del art. 203.2 CP, al ser de naturaleza pública, se determina que el MF asistirá al juicio.

Se introduce para todas las modalidades del juicio (arts. 962, 964, 965 LECr) la posibilidad de realizar las comunicaciones y notificaciones por teléfono y por correo electrónico (si no disponen de ellos o lo solicitan expresamente las notificaciones serán remitidas por correo) lo que entra en contradicción con la jurisprudencia del TC que venía exigiendo inflexiblemente en la citación al juicio de faltas la invalidez de la citación telefónica o por cualquier medio que no permita acreditar la constancia fehaciente de la recepción y por ende del conocimiento efectivo de citación (STC 94/2005 y STC 97/2012, de 7 de mayo).

La sentencia de instancia y de apelación se notificara a los ofendidos y perjudicados por el delito leve, aunque no se hayan mostrado parte en el procedimiento (art. 973, apartado 2, LECr).

§14. DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Conforme a la Disposición Transitoria cuarta de la LO 1/2015, de 30 de marzo (BOE 31 de marzo de 2015) deben distinguirse los siguientes supuestos:

Los procedimientos por Falta iniciados antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo (el día 1 de julio de 2015) relativos a hechos que resultan despenalizados o sometidos al régimen de denuncia previa y que no lleven aparejada una posible responsabilidad civil, se archivarán, con el visto del Ministerio Fiscal.

Los procedimientos por Falta iniciados antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo (el día 1 de julio de 2015) relativos a hechos que resultan despenalizados o sometidos al régimen de denuncia previa y que lleven aparejada una posible responsabilidad civil, continuarán hasta su normal terminación a los solos efectos de fijar en el fallo únicamente el pronunciamiento sobre responsabilidades civiles y costas, y acordar después su ejecución

conforme a la LECr, salvo que el legitimado para ello renuncie expresamente al ejercicio de las acciones civiles, en cuyo caso se archivarán con el visto del Ministerio Fiscal.

Los procedimientos por Falta iniciados antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo (el día 1 de julio de 2015) relativos a hechos que resultan tipificados/reconvertidos como delitos leves, no despenalizados, ni sometidos al régimen de denuncia previa, como es el caso que nos ocupa, continuaran sustanciándose conforme al procedimiento previsto para el juicio de faltas en el Libro VI de la vigente LECr. En estos casos por aplicación de la Disposición Transitoria primera de la LO 1/2015 y art. 2.2 CP (preceptos de rango superior a la Disposición Transitoria cuarta de la LO 1/2015) podrán ser archivados por motivos de oportunidad, pues el art. 963.1.1º LECr que contiene dicho principio se considera de eficacia retroactiva (*vid.* Circular 1/2015 de FGE, páginas 35 a 42).

3. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, el que con violencia o intimidación entrare o se mantuviere contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.

Mayor reproche penal merece el hecho de entrar o mantenerse con violencia o intimidación en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público cuando lo haga en contra de la voluntad de su titular.

Dos datos merecen ser subrayados en relación con este apartado. En primer lugar, es oportuno hacer notar que, en el caso que ahora examinamos, se castiga tanto la entrada (allanamiento activo) como el mantenimiento (allanamiento pasivo) en el domicilio de una persona jurídica, despacho profesional u oficina, el establecimiento mercantil o local abierto al público. La comisión pasiva del allanamiento de una persona jurídica no estaba prevista en el tipo general hasta el año 2015, pero sí esta manifestación agravada del tipo genérico. En segundo lugar, el tipo agravado se aplica a los locales abiertos al público cuando estos se encuentran en funcionamiento, cosa que no ocurre en el tipo genérico, en el que se especifica que la entrada debe producirse «fuera de las horas de apertura». En estos supuestos, la comisión delictiva agravada se producirá, casi siempre, por la negativa a abandonar el local cuando sean requeridos a ello, ya que no suele haber obstáculos que impidan el acceso a locales públicos.

La mayor gravedad trae causa de haber empleado violencia o intimidación. En relación con esta agravante nos remitimos a lo señalado en relación con el art. 202 CP, aunque sea oportuno añadir que la agravación (violencia o intimidación sobre las personas o sobre las cosas) puede explicar que el tipo penal proteja ahora los locales cuando éstos se encuentran abiertos al público. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se agrede a un Letrado en su despacho profesional [SAP Murcia (Sección 1ª) 22/2005, de 7 de marzo, JUR 2005, 230409], se accede a una asociación forzando la puerta [SAP Barcelona (Sección 10ª) 605/2014, de 9 de junio, ARP 2014, 924] o se niega uno a abandonar la oficina pese a que la víctima lo pide de forma reiterada (STS 234/2003, de 19 de febrero [RJ 2003, 1095]). Esta última Sentencia es también interesante porque en ella se explica que dicha actuación no puede ser absorbida por el delito de detención ilegal, dado que ésta pudo tener lugar en otro lugar y, y éste es el razonamiento que merece ser destacado, porque ambos delitos protegen bienes jurídicos diferentes.

Artículo 204

FRANCISCO JAVIER MATÍA PORTILLA

*Profesor Titular (acreditado a Catedrático) de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid*

La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley y sin mediar causa legal por delito, cometiere cualquiera de los hechos descritos en los dos artículos anteriores, será castigado con la pena prevista respectivamente en los mismos, en su mitad superior, e inhabilitación absoluta de seis a doce años.

Ya se ha indicado, con ocasión del comentario al art. 202, que existe una evidente conexión entre el delito de allanamiento de morada y el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Merece la pena completar ahora dicha afirmación haciendo notar que la primera proyección penal de dicho derecho fundamental es el art. 243, cuarto del Código Penal de 1822, que sanciona la entrada indebida realizada por juez o funcionario público. Los posteriores Códigos Penales optan por hablar de empleados públicos (arts. 290 CP1848, 299 CP1850), autoridad judicial (art. 216 CP1870) o funcionario público (art. 215 CP1870, 205 CP1932, 191 CP1944 y 191 CP1973).

El vigente art. 204 CP dispone que «La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley y sin mediar causa legal por delito, cometiere cualquiera de los hechos descritos en los dos artículos anteriores, será castigado con la pena prevista respectivamente en los mismos, en su mitad superior, e inhabilitación absoluta de seis a doce años». En caso de mediar causa por delito, será de aplicación el art. 534.1 CP, que establece una pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años (ver, en el plano doctrinal, SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ, 1998). En este último caso solamente se encuentra prevista la comisión activa del allanamiento (esto es, entrar en domicilio ajeno sin el consentimiento del morador), pero en el caso que nos ocupa debemos atender a los distintos ilícitos previstos en los arts. 202 y 203 CP, a los que nos debemos remitir sin más dilación.

El mayor reproche penal se justifica en que el autor del delito sea autoridad o funcionario público que, manifiestamente, actúa fuera del ámbito de sus

atribuciones. Para la concreción de las nociones de «autoridad» y «funcionario público» resulta ineludible la consulta del comentario relativo al art. 24 CP. En dicho precepto se indica, de un lado, que, «a los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia», añadiéndose que, «en todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal». El segundo apartado del art. 24 establece, de otro lado, que «se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas».

La jurisprudencia relacionada con este precepto es escasa. Destaca, por su especial interés, la SAP Sevilla (Sección 4ª) 40/2002, de 5 de julio (ARP 2002, 585), en la que se estima que si bien resulta acreditado que algunos agentes de la Policía Nacional habían allanado sendas habitaciones de hotel en 1993, procede declarar su absolución puesto que el Tribunal Constitucional estableció que el art. 557 LECr, que avalaba tal comportamiento, debía considerarse derogado por la Constitución mucho más tarde (a través de la STC 10/2002, de 17 de enero). Sin embargo, no merece reproche penal que un policía, obediendo órdenes, realice un registro domiciliario tras una detención, creyendo que concurría un delito flagrante, puesto que habría incurrido en un error que, así considerado, se revela invencible (STS de 20 noviembre de 1989 [RJ 1989, 8683], en relación con el art. 191 CP1973). Por el contrario, abordar a una persona en la escalera y colarse con ella en una vivienda no supone que haya consentimiento que legitime la entrada domiciliaria (STS 64/2013, de 29 de enero [RJ 2013, 976]).

TÍTULO XI DELITOS CONTRA EL HONOR