

# LA NATURALEZA DE LOS DELITOS DE ALLANAMIENTO DE BASES, ACUARTELAMIENTOS Y ESTABLECIMIENTOS MILITARES Y VULNERACIÓN DE SUS MEDIDAS DE SEGURIDAD

FERNANDO PÉREZ ESTEBAN

*Magistrado de la Sala Quinta de lo Militar  
del Tribunal Supremo*

En memoria de José Francisco de Querol. Destacado jurista,  
inolvidable Auditor y Magistrado, hombre sencillo y bueno.

## I. LOS BIENES JURÍDICOS COMO OBJETO DE PROTECCIÓN DEL ESTADO. EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

La actividad legislativa que selecciona y delimita aquellas conductas humanas que deben ser constitutivas de delito, y, en consecuencia, la legitimación del ejercicio del ius puniendi del Estado en relación a los hechos tipificados penalmente, está supeditada a que esas conductas lesionen o pongan en peligro alguno de los bienes jurídicos que la Sociedad organizada políticamente debe proteger.

El principio penal de lesividad u ofensividad así lo exige en todos los casos. Este principio presupone, en primer lugar, que se determinen los bienes sobre los que, en razón de su importancia, debe recaer esa protección estatal, pues no todos ellos merecen que se ejerza en su defensa el poder punitivo. Y en segundo término, que se precise el grado de afectación negativa a ese bien jurídico que ha de alcanzar una conducta para que se justifique la intervención penal respecto a ella.

Esta es una tarea del legislador ordinario, porque la Constitución Española, como dice Méndez Rodríguez (Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación, Madrid 1993), no nos proporciona ni el catálogo de los bie-

nes jurídicos más importantes, ni los principios orientativos para su determinación. Pero como el Estado, a través del derecho positivo de cada etapa histórica, no debe disponer un orden social basado únicamente en el establecimiento de deberes, de carácter imperativista, regulador de las voluntades individuales, sino tutelador, protector y conservador de bienes e intereses constituidos (Cobo del Rosal y Vives Antón. Derecho Penal. Parte General. Valencia, 1996), de ninguna manera puede considerarse desligado de ese fundamental concepto de bien jurídico para establecer aquel catálogo y proceder a la tipificación de conductas humanas, porque –y ciñéndonos a nuestra patria y al momento actual– aunque la Constitución no recoge expresamente el principio de lesividad y ofensividad a que nos referimos, según el cual no puede existir delito sin lesión o peligro del bien jurídico, no resulta difícil deducir de sus preceptos ese postulado esencial. Méndez Rodríguez (obra citada), considera que el valor fundamental de la libertad, que proclama el artículo primero de nuestra Constitución como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, junto a la justicia, la igualdad y el pluralismo político, permiten fundamentar, desde el punto de vista constitucional, la exigencia del principio de lesividad del bien jurídico como fundamento del ejercicio del ius puniendi y, siguiendo a Vives, concluye que el injusto aparece, desde el plano constitucional, caracterizado como un ataque a la libertad ajena y, por tanto, a la coexistencia de las libertades y, a su vez, y precisamente por ello, como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, lo que presupone, al menos, un principio de ejecución de ese ataque. Es decir, que ha de existir, como mínimo, una puesta en peligro de un bien jurídico mediante una acción exterior. Este requisito esencial del hecho delictivo se encuentra absolutamente vinculado al principio de legalidad que consagra el artículo 25 de la Constitución. Cobo y Vives Antón (obra citada) consideran que esa lesividad u ofensividad del bien jurídico protegido no representa un plus que, para que el hecho sea constitutivo de delito, ha de añadirse a su contradicción con un precepto penal positivo, sino que el principio de ofensividad se encuentra condicionado y limitado por el de legalidad, de suerte que tiene que ser reconducido a éste de forma inexorable, porque a través de la afirmación del principio de legalidad debe concretarse y requerirse la lesión del bien jurídico.

Entendemos que, junto al valor fundamental de la libertad y al mencionado principio de legalidad, puede situarse, como fundamentadora de la vigencia del principio de lesividad, la proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos que proclama el artículo 9 de la Constitución Española, pues de esa proscripción se deduce también la imposibilidad de que

el legislador pueda tipificar delitos para la protección únicamente de una determinada forma de comportamiento social, estableciendo penas en relación a las conductas que se aparten de ese modelo, y la consecuente necesidad, por el contrario, de que fundamente la conminación penal en la protección de unos bienes cuya lesión o puesta en peligro afecte al orden de valores establecidos constitucionalmente, lo que representa la garantía última de que su proceder, en esa faceta tan importante y trascendente del poder estatal como es el poder punitivo, no es arbitrario.

De manera que puede concluirse que no hay delito sin lesión o peligro para un bien jurídico. Tradicionalmente, los bienes que ha tenido en cuenta el derecho penal a efectos punitivos son de naturaleza individual. El núcleo clásico del derecho punitivo lo constituye la protección de la vida, la propiedad, la integridad física, el honor, etc. Pero, junto a ellos, se abre paso cada vez con mayor intensidad, de acuerdo con la evolución de las modernas sociedades, la protección de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, mediante el llamado derecho penal preventivo. Concretamente, muchos de esos bienes jurídicos colectivos son presupuesto indispensable de la seguridad de los ciudadanos en cuanto al ejercicio de sus derechos fundamentales. La protección de aquellos mediante el normal funcionamiento de las Instituciones es garantía de que los miembros de la colectividad se encuentran a salvo de ataques a los bienes de carácter individual que personal y directamente les atañen.

## II. LESIÓN Y PELIGRO EN RELACIÓN A BIENES JURÍDICOS

Es muy interesante, en este punto, la diferenciación que efectúa la profesora Corcoy Bidasolo (Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos supraindividuales, Universidad Pública de Navarra. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999), por un lado, entre objeto material del delito y bien jurídico protegido –objeto jurídico– y, por otro, entre resultado de lesión o de peligro del objeto material del delito y resultado de lesión o de peligro del bien jurídico protegido –objeto jurídico–. Y, así, puede decirse que el resultado jurídico de lesión, es decir, la lesión del objeto jurídico, ha de darse en todos los delitos, porque en todos ellos, sean de lesión ( en el sentido clásico de destrucción o deterioro del objeto material) o de peligro, ha de existir, como presupuesto de la legitimidad de su punición, una afectación negativa al bien jurídico protegido, aunque sólo en los de resultado habrá una real lesión del objeto material del delito.

El peligro en sentido jurídico, que afecta negativamente a un bien tutelado, ha sido profundamente analizado y, como dice A. Torio López (“ Los delitos de peligro hipotético: contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto”, trabajo publicado en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1981. Pág. 841) “posee una característica elasticidad. Es un juicio relativo al grado de probabilidad de un acontecimiento dañoso. El peligro se encuentra entre la mera posibilidad y la necesidad forzosa”.

Incluso, toda lesión de un objeto material protegido por el derecho penal lleva consigo, por su propia naturaleza, un momento anterior en que se puso en peligro el correspondiente bien jurídico, y la importancia de algunos bienes individuales determina que, en ciertos supuestos, se sitúe en ese estadio anterior la protección penal establecida en la ley y se tipifiquen como delitos acciones que no producen un resultado lesivo para el objeto material de protección, sino que constituyen solo un peligro real y efectivo para dicho objeto. Por eso, ha podido hablarse de “adelantamiento de las barreras de protección” cuando se tipifica como delito una conducta que constituye un peligro concreto para un bien jurídico individual.

Pero entre los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales que representan intereses jurídicos “difusos”, como han sido calificados, y cuya cuota de beneficio para los miembros de la colectividad es difícil de calcular en concreto, existen algunos cuya trascendencia, para la imprescindible seguridad de que los derechos fundamentales de las personas puedan ejercerse pacíficamente en la colectividad social, exige que su protección penal deba situarse, no ya en el momento de su efectiva y real puesta en peligro, sino incluso cuando se da una situación en sí misma peligrosa para ese bien jurídico, es decir, idónea para producir peligro. El fundamento último de esa extrema protección es la aludida necesidad de asegurar a los ciudadanos el funcionamiento eficaz de las instituciones para que puedan ejercitar normalmente aquellos derechos, porque, como señala Corcoy Bidasolo (op. cit.) la protección de bienes jurídicos supraindividuales se legitima “siempre que tengan como referencia la protección de intereses fundamentales para la vida social de la persona”. Para que esa protección, mediante la punición de un hecho determinado, esté justificada es preciso, en virtud del principio de ofensividad, la lesión, en sentido jurídico, del bien jurídico, porque si se entiende que en esos casos la barrera de su protección puede establecerse tan alejada de los postulados de esa exigencia de lesividad u ofensividad que quedaran reducidos los tipos delictivos al castigo de la simple violación de una regla de obediencia representada por la norma penal, no solo se estaría vulnerando ese principio de ofensividad, sino que también podría decirse

que la pena, en esos supuestos, tendría una función meramente preventiva, incompatible con las finalidades que le atribuye el artículo 25.2 de la Constitución, y podría reproducirse aquí la conocida polémica suscitada en Italia en relación a los delitos de peligro de esa naturaleza y su encaje en los principios de la Constitución Italiana y en el propio Código Penal de aquel país, en el que se excluye la punibilidad cuando por la inidoneidad de la acción, o por la inexistencia del objeto de ésta, sea imposible el resultado dañoso o peligroso, lo que, como acertadamente señala Méndez Rodríguez en la obra citada, constituye la consagración legislativa del principio de lesividad. En nuestro derecho, ese principio, como hemos visto, puede, sin dificultad, deducirse de la propia Constitución Española, lo que obliga a exigir, para la punibilidad de esos hechos delictivos, que la frontera de protección se sitúe en un punto en que la actividad realmente desarrollada constituya, por sí, esa situación de peligro para el bien jurídico a que nos venimos refiriendo y no solo mera desobediencia a la norma, porque si la causa de la punición fuera únicamente la contravención formal, no existiría “materia” sobre la que pudiere recaer la reeducación, si no fuese la formación del ciudadano en la obediencia mecánica o ciega al Estado –lo que resultaría inconciliable con los postulados del Estado Democrático de Derecho– castigándose un comportamiento que acercaría peligrosamente el objeto de punición al con tanta razón denostado tipo de autor. La punición solo puede anudarse a un real y efectivo peligro para el bien jurídico protegido (peligro concreto) o a una situación potencialmente peligrosa para ese bien jurídico (peligro abstracto).

La trascendencia social de los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales y, por tanto, el alto grado de protección que debe otorgárseles, impone que no solo se tipifiquen aquellas acciones que representan un peligro real y concreto para ellos –peligro que es, muchas veces, difícil de precisar por la naturaleza de los bienes– sino, incluso, las situaciones idóneas para generar peligro. A esta necesidad de reforzamiento de la protección subviene la técnica de los delitos de peligro abstracto, entre los que deben incluirse los tipificados en el artículo 61 del Código Penal Militar.

### III. LOS DELITOS DEL ART. 61 C.P.M.

#### 1. EL DELITO DE ALLANAMIENTO

La acción descrita en el precepto es allanar una base, acuartelamiento o establecimiento militar. El verbo empleado define su núcleo como una

desobediencia o incumplimiento de un requisito necesario para acceder a un acuartelamiento. En efecto, allanar no es sino entrar en casa ajena contra la voluntad de su dueño. El que allana un acuartelamiento –y no debe olvidarse que este delito es de los pocos tipificados en el Código Penal Militar, promulgado por ley orgánica 13/1995, de 9 de diciembre, que no exige en el autor la consideración de militar y puede, en consecuencia, ser cometido por cualquier ciudadano– está incumpliendo la exigencia de autorización para entrar en un edificio oficial. Está, simplemente, desobedeciendo esa norma. En tal sentido, puramente material, podría considerarse su acción una contravención de las reglas de policía y orden o un injusto administrativo.

Pero el delito que examinamos está ubicado en el Título I del Libro Segundo del Código Penal Militar, relativo a los delitos contra la Seguridad Nacional y Defensa Nacional y, dentro de ese Título, en su Capítulo 4.º, correspondiente a los atentados contra los medios o recursos de la Defensa Nacional. Queda así perfectamente definido el bien jurídico protegido: la Seguridad Nacional y Defensa Nacional a través de los atentados a sus medios o recursos. Es éste el bien jurídico colectivo o supraindividual que, conforme a lo expuesto, debe ser lesionado, en el sentido jurídico de afectado negativamente, para que pueda existir la infracción delictiva que se castiga en la norma.

El antecedente inmediato del delito del artículo 61 del Código Penal Militar de allanamiento de base, acuartelamiento o establecimiento militar está constituido por el derogado art. 408 del Código de Justicia Militar de 1945. Este precepto castigaba a “el que contra la voluntad del Jefe o encargado de un centro, dependencia o establecimiento militar penetrase en los mismos”, y se integraba bajo la rubrica de “Delitos contra los intereses del Ejército”.

Millán Garrido (Comentarios al Código Penal Militar. Madrid, 1988) ha estudiado en profundidad la cuestión de la necesidad de que la ley penal militar tipifique el hecho del allanamiento de un centro o acuartelamiento militar. En relación al referido artículo 408, la Exposición de Motivos del antiguo código de Justicia Militar señalaba “que a los intereses y seguridad de los Ejércitos convenía la institución de esa modalidad delictiva, sobre todo en consideración a la frecuencia con que actualmente existen dependencias de la indicada clase instaladas en edificios destinados parcialmente a fines particulares y que normalmente no tienen protección o vigilancia armada”. Y respecto a esa protección examina Millán detalladamente la cuestión de si el concepto de morada del art. 490 del Código

Penal ordinario, entonces vigente, puede comprender los centros oficiales y, concretamente, las dependencias militares, llegando a la conclusión de que la protección del art. 490 C.P. no alcanzaba al allanamiento de dependencia militar, lo que justificaba su tipificación en el Código de Justicia Militar de 1945 y en el Penal Militar actualmente vigente, promulgado por la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre. Y añade el citado autor: “una eventual prevención legislativa que ampliase a los edificios públicos el ámbito de protección del delito común de allanamiento, plantearía lógicamente la cuestión en términos diversos“. Aunque, en esa hipótesis, mantuvo la conveniencia de su tipificación militar, respondiendo a la necesidad de tutelar de modo específico y más riguroso la seguridad de los establecimientos castrenses.

Cuando se hicieron estas atinadas observaciones se encontraba en vigor el Código penal promulgado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publicó el texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. En este Código, además del delito de allanamiento de morada, que, como hemos ya dicho, no protegía los edificios públicos, el artículo 246, según la modificación introducido por Ley 82/1978, de 28 de diciembre, tipificaba, entre los delitos de desórdenes públicos y junto a otras alteraciones del orden, la ocupación de edificios actuando en grupo y con el fin de atentar contra la paz pública. El nuevo Código Penal promulgado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, ha establecido dentro del Capítulo II, del Título X, unos tipos de allanamiento (art. 203.1) consistentes en entrar contra la voluntad del 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, y también entrar en esos locales o domicilios con violencia o intimidación, o mantenerse en ellos contra la voluntad de su titular (art. 203.2). Y en el art. 557 se tipifica, paralelamente al antiguo art. 246 el Código de 1973, la conducta de los que, actuando también en grupo y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden público “invadiendo instalaciones o edificios”, concepto sin duda más amplio que el que recogía el art. 246 del derogado código.

La situación legislativa es, pues, distinta a partir de la promulgación del Código Penal de 1995 y no hay que olvidar que al promulgarse el Código Penal Militar de 1985 se encontraban en marcha los trabajos para la elaboración de un nuevo Código Penal, que se iniciaron en el año 1978, existiendo un Proyecto de 1980 y una Propuesta de 1983 que, aunque no llegaron a plasmarse en leyes, señalaron ya determinadas tendencias que,

seguramente, el legislador de 1985 hubo de tener en cuenta al redactar el Código Castrense. Lo cierto es que la regulación legal del artículo 408 del Código de Justicia Militar por la imprecisión o generalidad del valor protegido por la norma, es decir, “los intereses del Ejército”, acercaba mucho el tipo delictivo al concepto penal del delito formal, en cuanto, desde luego, afectaba a ese interés genéricamente considerado que se penetrase en un Centro, establecimiento o dependencia militar contra la voluntad de su Jefe o encargado. Así, podía entonces decirse que, en realidad, se trataba de un delito de mera actividad, porque no cabe duda de que la ejecución de la descripción objetiva había necesariamente de lesionar aquel interés. Frente a ello, el art. 61 del Código Penal Militar actualmente vigente parece que ha querido resaltar su distinta naturaleza cuando sustituye la expresión “penetrar en un Centro, establecimiento o dependencia militar contra la voluntad del Jefe” por el empleo del verbo allanar, que, aunque expresa el mismo concepto, facilita el desplazamiento del centro de gravedad de la infracción a esa afectación negativa del bien jurídico protegido, a que acabamos de aludir, que se deduce de la ubicación del precepto en el Título correspondiente a los delitos contra la seguridad Nacional y Defensa Nacional. Pudiera pensarse, pues, que el legislador ha tenido en cuenta la presumible ampliación de los términos del allanamiento común y ha circunscrito la tipificación militar del allanamiento de base, acuartelamiento o establecimiento a los supuestos en que entrañe, no la mera desobediencia que, desde luego, vulnera los intereses del Ejército en general, sino la real afectación, en los términos que luego señalaremos, de ese valor colectivo que representa la Defensa Nacional y la Seguridad Nacional, imprescindible para el pacífico ejercicio de las libertades individuales. Esa afectación del bien jurídico de la Defensa Nacional, como vamos a ver, es, por tanto, necesaria para la comisión del delito del art. 61.

En los delitos comunes del art. 203 y 557 del Código Penal lo que se protege es la inviolabilidad del domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público y el orden público, respectivamente. Por su parte, el art. 61 del C. Penal Militar, al determinar el bien jurídico protegido a través de la tipificación de ese atentado contra tan importantes medios o recursos de la Defensa Nacional como son las áreas militares o recintos de igual naturaleza donde se alojan las Unidades o Centros castrenses, o el conjunto de locales o instalaciones que están al servicio de un Organismo militar, está, por un lado, dando completo cumplimiento al mandato constitucional contenido en el art. 117.5 C.E. de constreñir el ejercicio de la Jurisdicción Militar al ámbito estrictamente castrense, y,

por otro, satisfaciendo la exigencia de complementariedad que deben tener, de acuerdo con las técnicas legislativas más avanzadas, los Códigos Penales Militares respecto al Penal Común. El nuestro de 1985 ha sido calificado con acierto por J.L. Rodríguez Villasante (en Estudios de Derecho Judicial, editados por el Consejo General del Poder Judicial, año 1996: “El Código Penal Militar en el sistema Penal Español. Principio de especialidad y concurso de leyes”) como Código complementario de tipo general, en el que, en la parte general, solo se regulan las especialidades militares, remitiéndose, en lo demás, al Código Penal común, a través de la cláusula del art. 5, y tipificando en la parte especial como delitos militares los comportamientos que lesionan un bien jurídico de trascendencia castrense, siendo sus autores generalmente militares o, excepcionalmente, no militares. Desde ese punto de vista ha de contemplarse el art. 61, que representa un buen ejemplo de complementariedad y que solo adquiere su verdadero sentido con la correcta interpretación del tipo como delito de peligro abstracto, en el que el referido bien jurídico se contempla como valor necesariamente afectado por la conducta objetiva descrita, que estará en relación de consunción o absorción con los tipos penales ordinarios, según la regla 3.<sup>a</sup> del art. 8.<sup>o</sup> del Código Penal, porque el desorden público que pueda conllevar un allanamiento incardinable en el art. 61 C.P.M. quedará absorbido por el tipo castrense más complejo, cuando se den también en el hecho los elementos de ese tipo común.

## 2. EL DELITO DE VULNERACIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

El artículo 61 del Código Penal Militar tipifica, junto al allanamiento de base, acuartelamiento o establecimiento militar, la vulneración de las medidas de seguridad establecidas para su protección.

En realidad, no existe diferencia esencial entre uno y otro tipo delictivo. La más elemental medida de seguridad en un acuartelamiento ha de ser el control de la entrada en el mismo y la prohibición de hacerlo sin autorización. Especificada expresamente la infracción de esta medida, pudiera haberse referido a continuación la ley a la vulneración “de las demás” medidas de seguridad que protegen las bases acuartelamientos o establecimientos militares. Esta identidad de naturaleza hace que sea aplicable al delito de vulneración de medidas de seguridad cuanto hemos expuesto sobre el de allanamiento.

No basta, pues, con la conculcación de una de esas medidas, sino que es preciso, además, que con ello se haya creado una situación de peligrosidad para el bien jurídico protegido de la Defensa Nacional en el ámbito de esos específicos medios y recursos a que se refiere el precepto. Pero, al mismo tiempo, hay que señalar que tampoco toda acción que disminuya la seguridad del acuartelamiento engendrando riesgo, debe ser incardinada en este tipo delictivo. Es necesario, por el contrario, que se haya llegado a esa situación de peligrosidad como consecuencia de la infracción de alguna de las concretas medidas establecidas para su seguridad, lo que, sin duda, exige la determinación de la que ha sido conculcada.

### 3. NATURALEZA DE LOS DELITOS DEL ARTÍCULO 61 C.P.M.

La categoría, por tanto, de los delitos denominados formales, en los que la mera actividad determina la consumación del ilícito penal, no puede convenir a los que se definen en el art. 61 del C.P.M. que examinamos. Su naturaleza es la de delitos de peligro abstracto y así lo ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de 26 de marzo de 1998 y de la Sala de lo Militar de 21 de noviembre de 2000, 11 de diciembre de 2000 y 16 de mayo de 2001).

Porque lo que justifica la inclusión en el catálogo de los delitos de las conductas que se definen en el art. 61 es que, generalmente, esas conductas comportan una afectación negativa (lesión en sentido jurídico) del bien jurídico protegido, que se concreta en la situación de peligrosidad, o de idoneidad para generar peligro, en que se coloca a tan importantes medios o recursos de la Defensa Nacional. Pero esta motivación del legislador, que basta para la tipificación del hecho como delito de peligro abstracto, no es suficiente para la punición de una acción concreta, porque, si así fuese, estaríamos de alguna forma, elevando esa generalización a presunción *iuris et de iure* de peligrosidad. Es decir, si bastase para castigar los hechos definidos en el art. 61 con la mera actividad descrita en el tipo, querría decir que la apreciación, basada en la probabilidad estadística, de que esa acción normalmente es peligrosa para el bien jurídico, devendría inmodificable en relación a una determinada actividad coincidente con la descripción típica. Estaríamos, por tanto, en presencia de un mero delito formal, lo que resultaría difícilmente conciliable no solo con el principio de lesividad a que nos hemos referido, sino también con el de culpabilidad, esencial en el actual derecho penal, porque se sancionaría al autor solo

porque la acción ejecutada es normal o generalmente peligrosa, aunque en el caso concreto, por las circunstancias concurrentes, no fuese idónea para generar peligro. E incluso, como se ha dicho, la consideración de esa presunción como indestructible tendría la consecuencia de decantar la duda del juzgador en contra del reo, con infracción del principio penal que la resuelve a su favor y también del fundamental derecho a la presunción de inocencia.

En definitiva, la consideración de una conducta como general o normalmente peligrosa puede llevar al legislador, valorando ese potencial riesgo, a tipificarla fundamentalmente como delito, pero no justifica, por sí sola, la punición de una acción concreta. Para esta punición es preciso que el juzgador, además del juicio de subsunción del hecho en la descripción típica, realice también, con resultado positivo, el juicio sobre la afectación del bien jurídico que se protege, es decir, el juicio sobre el “resultado jurídico” (lesión = afectación negativa del bien jurídico protegido) de la concreta acción realizada. En los delitos de peligro concreto, el peligro está incluido entre los elementos típicos del delito, pero en los de peligro abstracto no existe esa referencia: son acciones generalmente peligrosas, y, por ello, incluidas en el catálogo de los delitos, en el sentido de que producen una situación de riesgo normalmente “idónea” para poner en peligro el bien jurídico objeto de protección. Pero, como acabamos de decir, esa conclusión de “normalmente idónea” debe ser examinada, en el caso concreto, mediante un juicio *ex-post* –pues no puede ser de otro carácter el juicio que se realiza de un hecho ya pasado–, pero referido *ex-ante*, es decir, al momento de la acción. En ese juicio se habrá de determinar, teniendo en cuenta todas las circunstancias del hecho en relación con la naturaleza del bien jurídico protegido, si, cuando se realizó la actividad típica, esas circunstancias concurrentes permitían mantener la “idoneidad” de la acción para generar la situación de peligro que “normalmente” debe producir la acción descrita en el tipo.

Así, en los delitos de peligro abstracto, a diferencia de lo que ocurre en los denominados de peligro concreto, no es preciso que quede acreditado el peligro real y efectivo para un bien determinado, pero, en cambio, ha de apreciarse la realidad de una “situación peligrosa” o “situación de riesgo”. De manera que, si la acción descrita en el tipo por ser generalmente peligrosa, no puede, en un caso concreto y determinado, considerarse de riesgo porque no es idónea para producirlo, no podrá imputarse a su autor el delito porque no estará, en realidad, afectado el objeto de protección. Simplificando, podría decirse que, en los delitos de peligro abs-

tracto, se puede desvirtuar la presunción de riesgo potencial que ha dado lugar a la tipificación de la acción acreditando que una conducta determinada no es apta para engendrar peligrosidad alguna para el bien jurídico. A esto se refiere el segundo juicio, a que antes nos hemos referido, que debe efectuar el Juzgador antes de incardinar un hecho en el tipo descrito en los delitos de peligro abstracto. La acusación, al probar los elementos objetivos de la descripción típica de estos delitos, acredita que la actividad debe normalmente ser estimada peligrosa ( si así no fuera, carecería de fundamento su tipificación como delito), pero eso no impide la constatación de la idoneidad de esa actividad determinada para poner en riesgo el bien jurídico.

Quizá la dificultad de la cuestión pueda, en último término, atribuirse a una denominación no del todo precisa. Tal vez, la de peligro abstracto no sea la que mejor convenga a los delitos de esa naturaleza. La expresión “peligro abstracto” parece evocar la existencia de peligro con abstracción de las circunstancias del hecho concreto. Hemos visto que fundamentales principios penales impiden esa concepción. Acaso pudiera ser mas apropiado a su verdadera naturaleza llamarles delitos de situación de riesgo o, como decía Meyer, citado por T. Rodríguez Montañés en “Delitos de peligro, dolo e imprudencia” Madrid 1994, “delitos de peligrosidad”, en los que todo el desvalor de la conducta está en su peligrosidad y no en la efectiva puesta en peligro del bien jurídico.

Sin duda, esta postura aproxima la estructura de los delitos de peligro abstracto a la culpa consciente o, incluso, a la imprudencia en general. Pero esta cuestión nos adentra en el importante tema del elemento subjetivo de los delitos de peligro abstracto, es decir, el dolo necesario para su apreciación, que vamos a examinar a continuación.

#### 4. EL DOLO EN LOS DELITOS DEL ART. 61 DEL C.P.M.

Acabamos de decir que el delito de peligro abstracto viene definido por el legislador mediante los elementos objetivos de una conducta generalmente peligrosa para un bien jurídico. Y que la esencia de este tipo de delitos es esa peligrosidad de la acción, normalmente idónea para poner en peligro el bien protegido.

Hemos también rechazado la posibilidad de que esa “peligrosidad”, así entendida, se constituya únicamente en motivo de la tipificación del hecho y que, después, se desvincule por completo del delito, que se consumaría

con la sola realización de los elementos materiales del tipo, porque esta postura llevaría a la inaceptable admisión del delito de peligro abstracto como delito meramente formal. En ese caso, bastaría para su apreciación, y consiguiente punición del autor, con que el dolo de éste comprendiese esos solos elementos materiales. Es decir, que bastaría el conocimiento de la conducta descrita en el tipo y la voluntad de ejecutarla. Pero en esa estructura estaría ausente el elemento de la afectación del bien jurídico, que es requisito para la existencia del delito y cuyo conocimiento por parte del agente no puede limitarse a abarcar la mera probabilidad estadística de la situación peligrosa generada por la actividad que ha llevado a la configuración como delito de esa actividad. Sea el dolo elemento del tipo o se configure en la culpabilidad, para la punición es preciso que, en los delitos de peligro abstracto, el dolo comprenda, en relación a una determinada acción, su idoneidad para producir la situación de peligro, esto es, que abarque aquella peligrosidad de que hablaba Meyer. Así lo exige el principio de lesividad u ofensividad del bien jurídico a que antes nos hemos referido.

Del mismo modo hemos de razonar si atendemos a la concepción de esos delitos como presunciones de peligro. Salvo que se admitiese la naturaleza de presunción “*iuris et de iure*” de la que, al tipificarlos, cabe decir que está formulando el legislador, lo que conculcaría, como también hemos ya expuesto, los principios de culpabilidad, presunción de inocencia y, desde el punto de vista procesal, incluso la norma “*in dubio pro reo*”, hemos de reconocer que el conocimiento del autor para incurrir en un delito fundamentado en una mera presunción de peligrosidad ha de abarcar esa posibilidad de peligro en el caso concreto de la acción ejecutada, de tal forma que si no se extiende a ella no debería pensarse su conducta.

La inadmisibilidad de esas posturas desde el punto de vista del bien jurídico protegido, hemos de confirmarla desde la perspectiva del elemento subjetivo del delito, porque, en ellas, el dolo habría de referirse solo a la acción descrita en el tipo, que no comprende sino las circunstancias de hecho en que el legislador fundamenta, por su probabilidad estadística, la posibilidad de peligro. Existiría un inaceptable automatismo punitivo si el dolo no hubiera de abarcar la idoneidad de la actividad desarrollada para generar la situación peligrosa, fundamento de la punición. Lo que ocurre es que, como el dolo debe inferirlo el Juzgador de los datos objetivos que han sido acreditados, la realización de los hechos típicos, con conocimiento y voluntad, permiten inferir, en principio, que el autor conocía que esa situación de peligrosidad, que el legislador presumió que habría de derivarse de la acción, se producía efectivamente en esa conducta concre-

ta. Pero, frente a esta apreciación inicial, no puede, sin conculcarse los principios de culpabilidad y responsabilidad individual, cercenarse la posibilidad de que quede acreditado que, en el caso concreto, no se dio, por sus circunstancias, la idoneidad de esa particular acción para generar una situación peligrosa, lo que quiere decir que la inferencia sobre el dolo no se traslada automáticamente de la presunción legislativa al caso concreto, sino que ha de valorarse en cada supuesto, porque el conocimiento directo de la inidoneidad de la acción impediría considerarla como dolosa.

Así, se ha hablado de que para condenar –por delito de peligro abstracto doloso- basta con probar el dolo respecto de la acción prohibida y el no conocimiento seguro de la no peligrosidad (Berz, citado por Rodríguez Montañés en la obra referida). Aunque aquí el dolo se sitúa en el conocimiento de la descripción típica, esa fórmula negativa de “el no conocimiento seguro de la no peligrosidad” entiendo que es muy similar a la exigencia de conocimiento de la idoneidad de la acción para generar peligrosidad, porque la única forma segura de acreditarse que el agente no pudo conocer esa idoneidad es, efectivamente, que la acción determinada no sea idónea para ello.

La concepción que limita el dolo, en estos delitos de peligro abstracto, al conocimiento de los elementos de la acción descrita en el tipo y la voluntad de ejecutarla parece irreconciliable con el principio de lesividad que ha de fundamentar la conceptualización de cualquier conducta como delictiva. Si para que la acción sea delito es preciso que lesione un bien jurídico, es decir, que afecte negativamente al bien jurídico, por dañarlo, por ponerlo en peligro concreto, o por generar una situación de peligrosidad, resulta contradictorio con ese principio no exigir, en los de peligro abstracto, que el autor tenga conocimiento de esa peligrosidad, porque si no es preciso que la intención la abarque, quiere decirse que se presume que todo comportamiento típico tiene relevancia lesiva, a pesar de que el legislador ha fundamentado su inclusión en el catálogo de delitos solo a causa de que normal o generalmente ese comportamiento tiene potencialidad de riesgo.

Para obviar estos inconvenientes, se han presentado, desde las más diversas posturas jurídicas, muchas construcciones que detalladamente sistematiza la profesora Rodríguez Montañés en su interesante trabajo referido, de las que voy a destacar aquí la tesis de Volz y la teoría del bien representante (Schünemann, Jacobs y otros penalistas). Volz formula el principio de la asunción del riesgo, según el cual el injusto y la culpabilidad de los delitos de peligro abstracto radica en el riesgo que el autor asume con su acción, generalmente peligrosa en relación con una posible lesión del bien jurídico. Parte de que las acciones, en los delitos de peligro abstracto, repre-

sentan la posibilidad de una lesión del bien jurídico y que su no peligrosidad en concreto puede depender de factores no dominables por el autor o de factores que conoce y controla. En el primer caso, asume el riesgo de su acción, pero si controla esos factores para poder impedir la producción de riesgo, no cabe hablar de tal asunción. La comisión dolosa no exige sino que el autor sea consciente de las circunstancias que fundamentan su deber frente al bien jurídico, a saber, el significado social de la acción generalmente peligrosa y la protección del bien jurídico que subyace a su prohibición. No existirá dolo, por el contrario, cuando el autor tiene el convencimiento de la no peligrosidad de su acción bajo la consideración de todas las circunstancias causales y controlables por él. En definitiva, si no cabe asumir riesgo alguno, quedaría excluido el propio tipo del injusto.

La teoría del bien representante parte de que el dolo respecto del peligro abstracto no implica dolo de peligro concreto y, circunscribiéndose a los delitos que protegen bienes jurídicos supraindividuales, inmateriales, entiende que la técnica más adecuada es la de tipificar la afectación de un bien intermedio en función representativa. No se trata, por tanto, se dice, de anticipar la tutela de los bienes esenciales, sino de proteger otros bienes en los que la tipificación de su lesión o puesta en peligro resulta más fácil que la de aquellos otros supraindividuales merecedores de la tutela penal. En estos delitos, pues, existe formalmente una lesión del bien interpuesto con función representativa y, por ello, no es preciso constatar la peligrosidad de la acción en relación con el bien inmaterial que verdaderamente se protege, lo que determinaría la irrelevancia de la referencia, desde el punto de vista del dolo, a ese bien jurídico mediatamente protegido, que ha de referirse solo a la lesión del bien representante.

Otros autores han elaborado sus teorías, en la línea de salvar los principios de culpabilidad y responsabilidad individual, partiendo de que la peligrosidad de la acción debe incorporarse al tipo del injusto por vía interpretativa y, por tanto, que queda excluida la tipicidad cuando, ex ante, no existe esa peligrosidad. Además de los ya mencionados Berz y Meyer, entre los españoles podemos citar a Torio López que, en su conocido estudio publicado en 1981 en el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, después de distinguir, entre los delitos de peligro abstracto, los consistentes en la violación de reglas ético sociales o ético religiosas y los identificables como delitos de desobediencia, delitos de policía o injustos administrativos sometidos a pena criminal, y ciñéndose a los que denomina de peligro hipotético respecto a los que considera que no puede extenderse la propuesta de prescindir legislativamente de tal categoría de deli-

tos, afirma que únicamente cuando la acción coincidente con el tipo sea peligrosa para el bien jurídico puede sustancialmente afirmarse la tipicidad. En el tipo se describe, dice este autor, la acción relevante para el Derecho Penal, pero, añade, en esos delitos que denomina de peligro hipotético se da una ulterior dimensión, porque exigen que la acción sea adecuada, apta, para producir un peligro del bien jurídico como elemento material integrante del tipo de delito. No requieren, dice, que la acción determine un peligro efectivo, a diferencia de lo que ocurre con los de peligro concreto, “pero sí reclaman que pueda originar un estado caracterizable como probabilidad de un daño o lesión. Por ello son atípicas las acciones que, desde la perspectiva del juicio de peligrosidad, aparecen como accidentales o irrelevantes, pese a hallarse comprendidas en la descripción típica”.

Desde nuestro punto de vista, la conclusión sobre el dolo en los delitos de peligro abstracto es clara: el conocimiento de la no idoneidad de la acción para generar la situación de peligrosidad para el bien jurídico protegido, excluiría, en todo caso, el dolo del autor.

Podemos decir que en los delitos de peligro concreto el peligro está especificado en el tipo y el dolo, al abarcar los elementos del tipo, abarca el peligro. Pero en los de peligro abstracto, su característica es, precisamente, que el peligro no está descrito. Esto ha llevado a la comentada consideración de que, para la punición, basta con el conocimiento de los elementos típicos, y, por tanto, que no se exige el conocimiento del peligro. Ciertamente, en esos delitos no se requiere ese conocimiento del peligro para el bien jurídico porque no se precisa para su punición un peligro real y efectivo, pero eso no quiere decir que no se tenga que conocer por el autor la situación peligrosa, es decir la posibilidad de peligro o peligrosidad. Si estimáramos que el dolo en los delitos de peligro abstracto solo hubiera de abarcar el conocimiento de la actividad descrita y la voluntad de ejecutarla, llegaríamos a la conclusión de que, como esa acción descrita no supone sino una presunción de peligro o un peligro potencial, en realidad se penaría en razón, no de una lesión (=afectación negativa) del bien jurídico (objeto jurídico), sino de la mera probabilidad de esa afectación negativa, lo cual hemos visto que es inadmisibles, en virtud del principio de culpabilidad y responsabilidad. En los delitos de peligro abstracto, en los que no se recoge como elemento de la acción la peligrosidad que el legislador presume que normalmente se deriva del hecho típico, es preciso que el dolo del agente alcance la aptitud de su concreta acción para crear esa peligrosidad, de tal forma que si cree con seguridad que no es idónea, no se podrá estimar que ha habido dolo, (aunque la acción, en sí, pudiera reu-

nir esa idoneidad) en cuyo caso podemos estar en presencia de un delito por imprudencia (si su creencia o confianza en que no es idónea no tiene el suficiente fundamento).

Parece, por tanto, conveniente establecer criterios de deslinde entre el elemento subjetivo en los delitos de peligro abstracto y determinadas formas de dolo e imprudencia, como son el dolo eventual y la imprudencia consciente, en los delitos de lesión material del objeto de protección.

Si consideramos que existe dolo eventual cuando el sujeto acepta la lesión de un bien jurídico que no quiere directamente lesionar, pero cuya afectación negativa se representa como prácticamente inseparable de la lesión de otro bien jurídico a la que tiende directamente su acción y a la que en ningún caso va a renunciar, a pesar de conocer la casi seguridad de la otra lesión, hemos de reconocer las evidentes concomitancias entre esta figura y el dolo necesario en los delitos de peligro abstracto. En estos, ciertamente, el sujeto no quiere la lesión material del bien jurídico supraindividual protegido en el tipo, porque si la quisiera, sin duda nos situaríamos ante otra figura delictiva, seguramente más grave, que, en realidad, estaría intentando con su acción. Pero, a pesar de no abarcar su intención esa voluntad de lesión material, realiza el acto tipificado, aun sabiendo que pondrá en situación de peligrosidad aquel bien jurídico que resulta lesionado, no materialmente, sino solo en cuanto ha sido afectado negativamente por ese peligro abstracto en que se le coloca. La diferencia con el dolo eventual ha de ubicarse en que en éste lo que se representa el agente es la práctica inseparabilidad entre las lesiones de ambos bienes –el querido directamente y el que constituye objeto de la lesión no querida, pero aceptada–. Por el contrario, en el dolo necesario para los delitos de peligro abstracto lo que ha de abarcar la intención dolosa es solo la peligrosidad de la situación en relación al bien jurídico supraindividual, además de los elementos objetivos descritos en el tipo, de tal manera que podría decirse que el dolo de peligro abstracto en ningún caso puede abarcar la lesión en sentido material, tradicional, del bien jurídico, ni siquiera aceptándola como en el dolo eventual.

Más evidente es la diferencia con la culpa consciente. Existe culpa cuando el sujeto se representa la producción de un resultado lesivo por su acción y, a pesar de ello, actúa en la confianza infundada de que lo podrá evitar, produciéndose, no obstante, ese resultado lesivo. Tiene de común con el dolo necesario para los delitos de peligro abstracto que el sujeto no quiere la lesión material del bien jurídico que, en definitiva, resulta afectado. Pero, así como en la culpa consciente el agente se representa la posi-

bilidad de lesión, en el caso de peligro abstracto lo que ha de representarse es la situación de peligrosidad como consecuencia de su acción. Si se la representa como derivada necesariamente de la realización del hecho típico, estaríamos en presencia del dolo de peligro abstracto, pero si el sujeto no se representa, por falta de diligencia, la peligrosidad o actúa confiando en que, por las circunstancias cuyo control mantiene, la podrá evitar y esa confianza es infundada, entonces lo que se cometerá, si el resultado lesivo material no se produce, pero se crea efectivamente una situación de riesgo, es el delito de peligro abstracto por imprudencia, con culpa consciente o inconsciente, según el alcance de la representación del agente. Respecto a la tesis del bien interpuesto, que, por su propia configuración, considera bastante para la punición la realización de la acción típica sin necesidad de constatar su peligrosidad en relación con el bien inmaterial que mediatamente se protege, según hemos visto, parece claro que los casos de dolo o imprudencia habrán de referirse exclusivamente al tipo descrito en la norma, sin relación directa con ese otro bien jurídico supraindividual mediatamente protegido. Y solo serán irrelevantes, a los efectos de constituir la conducta típica, los ataques de muy poca gravedad al bien intermedio, en virtud del principio de mínima intervención penal.

*En conclusión:* en los delitos de peligro abstracto, que protegen bienes jurídicos inmateriales de gran trascendencia colectiva, el resultado jurídico se concreta en la afectación negativa de ese bien jurídico, siendo el resultado material muy difícil de precisar, salvo en los supuestos de gravísimas afectaciones. No existe en estos delitos exigencia de peligro real y efectivo para el objeto material del delito, pero sí la hay de que se produzca la situación de peligrosidad o de riesgo para el objeto jurídico (= bien jurídico protegido). El dolo, pues, en estos delitos ha de abarcar la idoneidad de la situación creada para producir esa “peligrosidad”. Por tanto, basta la conciencia de potencial riesgo. Si ese riesgo potencial aparece como consecuencia necesaria de la acción, habrá dolo de peligro abstracto, que no se excluirá si aparece como consecuencia posible, y aceptada, de esa acción idónea. Cabe la comisión por imprudencia, con o sin representación, si el sujeto por falta de diligencia no tiene conciencia de la situación de peligrosidad en que pone al bien jurídico, o si, teniendo representación de la posibilidad de esa situación, confía infundadamente que no se ha de producir.

El Juzgador inferirá el dolo de los datos acreditados. Y se podrá desvirtuar esa inferencia si se acredita que el agente no tenía conocimiento —ni debía tenerlo— de la idoneidad de su acción para producir riesgo, lo que resultaría evidente si una acción determinada no era idónea para ello, por

las circunstancias concurrentes que conocía el sujeto, y, desde luego, cuando esas circunstancias no escapaban (o podían escapar) a su control.

La necesaria afectación de las conductas descritas en el artículo 61 del Código Penal Militar al bien jurídico que protege la norma, es decir, a la seguridad nacional y a la defensa nacional, mediante el atentado a esos medios o recursos que se especifican en el precepto, nos ha llevado a la concepción de esos delitos como de peligro abstracto, porque las acciones objetivamente descritas no representan, por sí mismas, una lesión de ese bien jurídico de naturaleza colectiva o supraindividual, sino una mera desobediencia a la exigencia de autorización o contravención a las medidas de seguridad. Es muy fácil imaginar ejemplos en que esa mera actividad no conlleve afectación negativa alguna de aquel bien jurídico. No obstante, no puede desconocerse que, general o normalmente, pueden representar una situación de riesgo o peligro para el mencionado bien jurídico. Cabría afirmar que entrañan un riesgo potencial, que el legislador, dada la suma importancia del bien protegido, trata de evitar mediante la tipificación de tales actividades como delictivas. Es absolutamente legítima la postura legislativa, porque esa posibilidad estadística de que las conductas afecten negativamente al bien jurídico que está obligado a proteger el Estado, es fundamento suficiente para su inclusión en el catálogo de los delitos.

Hemos visto ya el significado de allanar, y hemos también dicho que esa entrada sin autorización en un acuartelamiento militar es, en realidad, una forma concreta de vulnerar las medidas de seguridad de los establecimientos militares, porque, sin duda, una de las básicas para garantizar esa seguridad es la de no permitir la entrada en ellos de quien no esté debidamente autorizado. La acción, en sí misma, no presenta dificultad interpretativa alguna en cuanto a sus elementos objetivos, pero el delito no incorpora a la descripción objetiva el elemento de la peligrosidad. El legislador tiene en cuenta que, normalmente, se produce como consecuencia de la actividad y ello es suficiente –lo acabamos de decir– para la tipificación. Pero no es posible desligar esa motivación del legislador de la penalidad y convertir el injusto en un delito de mera actividad o formal. Quiere decirse que, de alguna manera, hay que incorporar al tipo ese elemento de la peligrosidad que subyace en el ilícito penal, porque lo que se pena es esa afectación negativa al bien protegido –que es el resultado jurídico– mediante la acción objetivamente descrita.

Desde un punto de vista finalista, debería admitirse que esa situación de riesgo, que constituye la lesión –en el sentido de afectación negativa–

del bien jurídico, es elemento del tipo, y, en consecuencia, ha de ser abarcado por el dolo natural del autor, que ha de conocer que su actividad produce una situación que puede generar un riesgo para la seguridad y defensa nacional y voluntariamente la realiza.

Desde un punto de vista causalista, si el dolo, además del conocimiento de los elementos del tipo y la voluntad de ejecutarlos, comprende el conocimiento de la significación antijurídica del injusto, resulta incuestionable que para la punición de esos delitos habrá de abarcar, conociéndola y, a pesar de ello, queriendo realizar la actividad, la peligrosidad de su conducta, esto es, su idoneidad para generar riesgo. En definitiva, el dolo, en los delitos de allanamiento y vulneración de medidas de seguridad previstos en el artículo 61 del Código Penal Militar, ha de comprender el conocimiento por parte del autor de que su actividad, coincidente con la descripción legal del ilícito, es una actividad que afecta negativamente a la seguridad nacional y la defensa nacional en cuanto genera una situación de peligrosidad para los importantes medios o recursos de esa defensa nacional descritos en la norma. No cabe duda de que en el doble juicio de subsunción que debe realizarse para la punición de los hechos, ha de tenerse muy en cuenta esa peligrosidad potencial que ha legitimado la definición de la conducta como delictiva, sin perjuicio de que los principios de lesividad, culpabilidad y responsabilidad subjetiva, a que venimos aludiendo, exijan que el autor de la actividad abstractamente peligrosa pueda llevar al ánimo del Juzgador la convicción de que su concreta conducta no fue, desde su inicio, idónea para generar la situación de peligrosidad para el bien jurídico protegido que es imprescindible para la punición. El Juzgador habrá de deducirlo de las circunstancias de toda índole que concurran en el caso concreto. Y según sea la posición del analista cabrá decir que, cuando resulte esa falta de idoneidad, o no concurren todos los elementos del tipo o la acción no puede considerarse dolosa. En cualquier caso, lo que no sería admisible es la sanción penal cuando el autor conoce esa no idoneidad de su acción para producir riesgo y, por ello, su intención no puede abarcar la peligrosidad. Ahora bien, si el agente actúa en la creencia de que su acción es inidónea, es decir, no se representa la peligrosidad u obra en la confianza de que podrá disipar –porque se encuentra en condiciones de controlar totalmente el resultado peligroso– esa peligrosidad que se representa, y esa creencia y confianza no se encuentran suficientemente fundadas y, en definitiva, se produce la situación de riesgo, cabrá la imputación de los delitos a título de culpa –inconsciente o consciente– como previene el art. 62 del C.P.M.