

NUEVAS TECNOLOGÍAS Y DELITOS MILITARES: EL USO DE DRONES Y LA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 29 DEL CPM

Cristina Amich Elías
Capitán auditor
Doctora en Derecho

SUMARIO

1. Introducción. 2. Características técnicas y regulación de los drones en España. 3. Intrusismo en centros militares y su repercusión penal militar. 3.1. Cuestiones generales. 3.2. Artículo 29 del CPM: bien jurídico protegido y elementos objetivo y subjetivo del injusto. 3.3. El sobrevuelo de drones como modalidad de comisión delictiva del artículo 29 del CPM.

1. INTRODUCCIÓN

Las nuevas tecnologías tienen múltiples y variadas dimensiones que afectan de forma relevante a diversas ramas del derecho. En estas líneas vamos a centrarnos en uno de los avances más novedosos y su impacto concreto en el derecho penal militar.

Hablamos de los drones. Esta denominación, más común en el ámbito académico y que es la que vamos a usar a lo largo de las siguientes páginas, viene referida a lo que técnicamente se conoce como RPA (por sus siglas en inglés, Remotely Piloted Aircraft)¹, UAV (Unmanned Aerial Vehicle) y UAS (Unmanned Aerial System).

¹ La OACI adopta esta denominación en su Circular 328, AN 90/2011, señalando que «El hecho de que la aeronave sea tripulada o no tripulada no afecta a su condición de aero-

Como señala la Sala Segunda del Tribunal Supremo, partimos de que «la revolución tecnológica ofrece sofisticados instrumentos de intrusión que obligan a una interpretación funcional del art. 18.2 de la CE. La existencia de drones, cuya tripulación a distancia permite una ilimitada capacidad de intromisión en recintos domiciliarios abiertos es solo uno de los múltiples ejemplos imaginables»². Pues bien, otro de los ejemplos imaginables sería el intrusismo no ya en recintos privados o públicos de carácter civil, sino en dependencias militares mediante estos aparatos, que es la cuestión que vamos a analizar con más detenimiento en estas líneas.

Sin embargo, antes de abordar el impacto o la repercusión de esta tecnología en el ámbito del derecho penal militar, y más concretamente en relación con el artículo 29 del nuevo texto penal militar, Ley Orgánica 14/2015 de 14 de octubre, resulta necesario que clarifiquemos las características técnicas de los drones y la regulación a la que están sometidos en nuestro país, a fin de delimitar nuestro estudio.

2. CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS Y REGULACIÓN DE LOS DRONES EN ESPAÑA

En primer lugar, debemos señalar que no hay un único tipo de dron, destinado a un único fin, por el contrario, la variedad es cada vez mayor, con usos cada vez más numerosos. De forma genérica, podemos dividirlos en tres tipos de aparatos, dependiendo de características como tamaño, carga que pueden transportar y autonomía de vuelo³:

1º) Mini-UAV: pequeños, entre 100 g y 30 k, vuelan por debajo de 300 m y están diseñados para moverse por la ciudad o, incluso, en el interior de edificios y suelen ir equipados con dispositivos de captura y grabación de audio y vídeo. Resulta importante destacar que también se les puede añadir cámaras de infrarrojos, sensores térmicos u otro tipo de equipamiento.

nave. Cada categoría de aeronave tendrá posiblemente versiones no tripuladas en el futuro. Este punto es fundamental para todos los aspectos futuros relativos a las UA y proporciona la base para tratar la aeronavegabilidad, el otorgamiento de licencias al personal, las normas de separación, etc.». Disponible en: http://www.icao.int/Meetings/UAS/Documents/Circular%20328_en.pdf [Fecha de consulta: 8 de noviembre de 2016].

² STS (Sala Segunda) n.º 1709/2016 de 20 de abril de 2016.

³ ACED FÉLEZ, E. «Drones, una nueva era de la vigilancia y la privacidad». *Revista Red Seguridad* 2013, n.º 52 [en línea]. Disponible en: <http://www.redseguridad.com/opinion/articulos/drones-una-nueva-era-de-la-vigilancia-y-de-la-privacidad> [Fecha de consulta: 17 de noviembre de 2016].

2º) Tácticos: pesados (entre 150 y 1 500 k), vuelan a una altitud entre los 3 000 y los 8 000 m y pueden diferir bastante en su autonomía de vuelo. Se usan, fundamentalmente, en operaciones militares. Los hay con gran autonomía de vuelo, conocidos como MALE (Medium Altitude Long Endurance). Usan tecnología más avanzada como conexiones vía satélite y tienen la posibilidad de montar misiles guiados con sistemas de precisión.

3º) Estratégicos: Los HALE (High Altitude Long Endurance). Pueden llegar a las doce toneladas y volar a una altitud máxima de 20 000 m. Son en su mayoría de uso militar, pero se pueden usar para otros fines como realización de mapas y observaciones atmosféricas y terrestres.

Los drones de la segunda y tercera categoría tienen, indudablemente, una repercusión muy relevante en el ámbito militar⁴, en la conducción de operaciones, y, entre otras cuestiones, en el ámbito del derecho internacional humanitario. Sin embargo, en este trabajo vamos a centrarnos en los mini-UAV y su cada vez más extendido uso en los ámbitos privado y comercial (ciudadanos, profesionales y empresas). Esa masiva utilización de este tipo de aparatos, también por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad estatales, ha hecho que se conviertan en una *tecnología de moda*, accesible a precios reducidos⁵.

La situación ha demandado la adopción de medidas regulatorias. Así, la Agencia Europea de Seguridad Aérea (EASA) tiene competencia para regular los drones de más de 150 k de masa al despegue dejando en manos de las autoridades aeronáuticas de los distintos Estados miembros la reglamentación de los drones de peso inferior, los vuelos experimentales, los vuelos gubernamentales militares y no militares y los aeromodelos⁶.

⁴ Orden PRE/1366/2010, de 20 de mayo, por la que se modifica el Reglamento de la Circulación Aérea Operativa, aprobado por el Real Decreto 1489/1994, de 1 de julio.

⁵ Ya la consultora Strategic Defence señalaba en 2013 que el mercado de drones «será uno de los puntales económicos de crecimiento en los próximos 10 años». *Informe The Market 2013-2023 Global UAV* [en línea]. Disponible en: <http://www.strategicdefenceintelligence.com> [Fecha de consulta: 9 de noviembre de 2016].

⁶ Reglamento (CE) n.º 216/2008 del Parlamento y del Consejo, de 20 de febrero, sobre Normas Comunes en el Ámbito de la Aviación Civil. Señala Paulner Chulvi que esta división se ha revelado disfuncional al complicar el avance de una regulación coherente y exhaustiva para Europa por lo que las instituciones europeas abogan por la eliminación del umbral de 150 k y la transferencia de las competencias sobre toda clase de drones a la Unión Europea sin atención a su peso. PAULNER CHULVI, C. «El uso emergente de drones civiles en España. Estatuto jurídico e impacto en el derecho a la protección de datos». *UNED. Revista de Derecho Político* 2016, n.º 95, enero-abril, p. 86.

También la Resolución del Parlamento Europeo sobre el Uso Seguro de los Sistemas de Aeronaves Pilotadas de Forma Remota (RPAS), comúnmente conocidos como vehículos aéreos no tripulados (UAV), en el ámbito de la aviación civil, de 29 de octubre de 2015

En España, el 4 de julio de 2014, se aprobó el Real Decreto Ley 8/2014 de Aprobación de Medidas Urgentes para el Crecimiento, la Competitividad y la Eficiencia, en cuyo artículo 50 se adoptaban las medidas temporales para operaciones de aeronaves civiles pilotadas por control remoto. Posteriormente, fue aprobada la Ley 18/2014, de 15 de octubre, en principio adoptada con una vigencia temporal hasta la determinación del régimen jurídico aplicable a estas aeronaves, si bien a fecha de hoy, dicha regulación definitiva no ha sido aprobada.

El régimen jurídico actual se completa con la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea (LNA), modificada para establecer que estos artefactos son efectivamente aeronaves y que como tales su utilización civil está sujeta a la legislación aeronáutica civil. La Ley se centra en los mini-UAV, a los que a su vez, divide en tres categorías, con diferentes exigencias regulatorias:

1.º) Drones de más de 25 k que no superan los 150 k: son las únicas aeronaves que deberán estar registradas en el Registro de Matrícula de Aeronaves y contar con un certificado de aeronavegabilidad emitido por la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA). El piloto necesitará un certificado básico o avanzado emitido por una organización de formación autorizada.

2.º) Drones de menos de 25 k y hasta 2 k: no necesitan estar inscritos en el registro de aeronaves ni disponer de un certificado de aeronavegabilidad, pero deberán emitir una comunicación previa de vuelo, así como una declaración responsable a la AESA con una antelación mínima de cinco días. El dron debe estar dentro del alcance visual del piloto y se requiere un permiso especial para la obtención de fotografías o filmaciones.

3.º) Drones inferiores a 2 kilos: son los únicos que pueden volar más allá del alcance visual del piloto, pero sujetos al alcance de la emisión por radio de la estación de control. Aunque tampoco se exige certificado ni inscripción, debe emitirse un aviso de vuelo al resto de usuarios del espacio aéreo informando del lugar y hora en los que se volará.

Los principales usos a los que se destinan estos drones son actividades de investigación y desarrollo; tratamientos aéreos, fitosanitarios, lanzamiento de productos para extinción de incendios; levantamientos aéreos;

[en línea]. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0390+0+DOC+XML+V0//ES> [Fecha de consulta: 18 de noviembre de 2016].

observación y vigilancia aérea incluyendo filmación y actividades de vigilancia de incendios forestales; publicidad aérea, emisiones de radio y TV, operaciones de emergencia, búsqueda y salvamento, etc. Y a este uso profesional o comercial es al que se dirige la regulación que hemos visto.

Otra cuestión, sin embargo, es el denominado *uso recreativo o deportivo* de estos drones, que está específicamente excluido de la aplicación de la LNA, de conformidad con su artículo 150. 2. Los dispositivos empleados en las demostraciones aéreas, las actividades deportivas, las recreativas o las de competición, son considerados aeromodelos, si bien su catalogación como aeronaves las somete también a la observancia de las leyes aeronáuticas vigentes. El borrador de real decreto sí contempla el uso recreativo de estas aeronaves a las que denomina *aeromodelos radio-controlados* y dispone las reglas de seguridad bajo las que deberán operar⁷.

Hasta la entrada en vigor de dicha reglamentación u otra normativa que pueda desarrollarse, la práctica del aeromodelismo está regulada por la Real Federación Aeronáutica de España. Además, debe tenerse en cuenta lo establecido por la legislación propia que cada comunidad autónoma y las ordenanzas municipales que cada municipio puede tener sobre esta actividad lúdica o deportiva.

Si bien los aeromodelos no necesitan autorización de AESA para volar, deben hacerlo en vuelo diurno por debajo de los 120 m de altura, dentro del alcance visual del operador y en zonas adecuadas para ello como zonas de vuelo de aeromodelismo o zonas despobladas. No pueden entrar en espacio aéreo controlado sin autorización, ni tampoco pueden volarse en espacios aéreos no controlados (por ejemplo, una plaza pública o una reunión de personas al aire libre). Además, deben cumplirse las siguientes condiciones: en condiciones meteorológicas de vuelo visual, dentro del alcance visual del piloto, manteniendo una distancia adecuada a los obstáculos y en zonas fuera de aglomeraciones de edificios en ciudades, pueblos o lugares habitados o sobre una reunión⁸.

⁷ *Op. cit.*, p. 88.

⁸ Real Decreto 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del Aire y Disposiciones Operativas Comunes para los Servicios y Procedimientos de Navegación Aérea y se modifica el Real Decreto 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea y Reglamento de Ejecución (UE) n.º 923/2012 de la Comisión, de 26 de septiembre de 2012, comúnmente llamado Reglamento SERA (Standardised European Rules of the Air). Real Decreto 1919/2009, de 11 de diciembre, por el que se regula la Seguridad Aeronáutica de las Demostraciones Aéreas Civiles. Véase también la web del Ministerio de Fomento sobre esta temática: http://www.seguridadaerea.gob.es/lang_castellano/cias_empresas/trabajos/rpas/folletos/default.aspx

Como en otros ámbitos tecnológicos, el diseño y las capacidades de estos aparatos siguen avanzando rápidamente y planteando problemas muy diversos que requieren de un continuo impulso de la normativa sobre su fabricación y uso, pero también de la adecuada difusión de información y buenas prácticas. En todo caso, y como señalábamos al principio, uno de dichos problemas puede afectar a las instalaciones militares, cuestión que abordamos en los siguientes apartados.

3. INTRUSISMO EN CENTROS MILITARES Y SU REPERCUSIÓN PENAL MILITAR

3.1. CUESTIONES GENERALES

La ubicación de determinados centros militares, algunos de los cuales tienen incluso zona de costa propicia para actividades lúdicas, hace que no resulte extraña, ni mucho menos, la entrada de civiles en dichas zonas militares para el ejercicio de actividades que abarcan desde el pastoreo a la recogida de productos silvestres o la práctica de actividades deportivas. Si bien es obligación de los respectivos jefes de las instalaciones militares, a través de las oportunas órdenes o delegaciones, y en consonancia con la normativa de referencia⁹, diseñar y poner en funcionamiento los correspondientes planes de seguridad, no toda actividad intrusiva tiene necesariamente repercusión penal, o incluso teniéndola, puede no corresponder a la competencia de la jurisdicción militar.

1. Así, la experiencia demuestra que la acción de los sujetos (civiles) puede abarcar multitud de situaciones, sirvan de ejemplo las siguientes¹⁰:
2. Personal extraviado: aquel que se ha introducido a la propiedad sin conocimiento del lugar en que se encuentra.
3. Personal en tránsito: aquel que atraviesa la propiedad por una vía, que pudiera tener servidumbre de paso o no.
4. Actividad deportiva, normalmente senderismo, carrera, itinerarios en moto o en vehículo TT o bicicleta de montaña, con conocimiento o no de la naturaleza militar del centro.

⁹ Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueban las Normas sobre Seguridad de las Fuerzas Armadas, directivas de seguridad de los Ejércitos y diversas instrucciones de las instalaciones, incluyendo aquellas relativas a la seguridad informática.

¹⁰ Borrador de Estudio sobre actuación en casos de intrusismo en CMT. IGE. Unidad de estudios. Septiembre 2016.

5. Recolección de setas, espárragos, frutos, madera. Normalmente no tendrán un fin económico. Puede que exista una regulación relativa a dichas actividades por parte de los municipios o comunidades autónomas y que se esté infringiendo.
6. Caza o pesca contraviniendo la normativa relativa a estas actividades. La caza furtiva puede además causar daños o poner en riesgo la seguridad a las tropas que se encuentran en el centro militar.
7. Actividad económica, recogida de minerales, frutos, corcho o chatarra, que implica además del intrusismo una explotación sin concesión demanial de bienes del Estado. La recogida de chatarras puede ser peligrosa por incluirse municiones sin explotar.
8. Pastoreo, que implica la introducción de rebaños en la propiedad sin autorización, realizando una actividad económica sin concesión demanial y ocupando amplios espacios del CMT con un difícil control de los espacios ocupados. El pastoreo intensivo y sin control puede causar graves daños a la vegetación del campo además de introducir insectos parásitos y excrementos en zonas no autorizadas.
9. Otras actividades menos evidentes que podrían incluir las que más afectan a la seguridad nacional y a la seguridad de las fuerzas propias, como pueden ser tomas de imágenes de unidades o material, sustracción de material o documentos, sabotajes, toma de datos sobre personal con fines terroristas, etc.

Una última categoría la conformarían aquellas actividades que pueden vulnerar las medidas de seguridad, que en hipótesis cabe cometer sin que estrictamente haya intrusismo. Ejemplos de dicha conducta son las aberturas en alambradas, inutilización de cámaras de vigilancia, o, y es la cuestión que vamos a analizar con más detenimiento, el vuelo de drones.

En todo caso, a la hora de abordar estas acciones u otras similares desde el punto de vista penal y de la jurisdicción militar, deberemos circunscribirnos principalmente¹¹ al tipo penal recogido en el artículo 29 del Código Penal Militar (CPM), aplicable a sujetos activos militares y civiles y que establece: «El que penetrare o permaneciere en un centro, dependencia o establecimiento militar contra la voluntad expresa o tácita de su jefe, o vulnerare las medidas de seguridad establecidas para la protección

¹¹ La protección penal para los intereses de la defensa puede además venir reforzada en el caso del allanamiento, si la fuerza o elemento militar neutralizador o actuante fuese centinela o componente de las guardias de seguridad con dicha equivalencia a centinela según el art. 4 del CPM, ya que la desobediencia o resistencia a sus órdenes podría constituir el delito previsto en el art. 34 del CPM, siendo luego el órgano judicial destinatario el que valorase esta situación concursal.

de aquellos, será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión».

La tipificación ha sido modificada en el CPM de 2015, ya que el artículo 61 del Código Penal Militar de 1985¹² establecía: «El que allanare una base, acuartelamiento o establecimiento militar, o vulnerase las medidas de seguridad establecidas para su protección, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión».

De tal forma que el verbo *allanar* del artículo 61 es sustituido por una descripción de la conducta: «penetrar o permanecer contra la voluntad expresa o tácita de su jefe»¹³, manteniéndose la modalidad de vulneración de las medidas de seguridad. En todo caso, y como señala la Sentencia de la Sala Quinta de 20 de junio de 2016¹⁴, en relación con Sentencia del Tribunal Militar Territorial Segundo de 16 de junio de 2015 «[...] no obsta a la apreciación de que en ambos Códigos Penales el sustrato básico de la acción delictiva es común».

3.2. ARTÍCULO 29 DEL CPM: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y ELEMENTOS OBJETIVO Y SUBJETIVO DEL INJUSTO

El delito contemplado en el artículo 29 del CPM es un delito de peligro abstracto, en el sentido de que debe existir una acción potencialmente peligrosa para el bien jurídico protegido. Este bien jurídico no es el centro o dependencia militar en sí, que se configura como el objeto material, sino un bien jurídico colectivo, la seguridad y defensa nacionales, cuya trascendencia social, «impone que no solo se tipifiquen aquellas acciones que representan un peligro real y concreto —peligro que es, muchas veces, difícil de precisar por la naturaleza de estos bienes—, sino, incluso, las situaciones idóneas para generar peligro»¹⁵.

Así, la denominación concreta del objeto material del delito, que ha sido modificada en el nuevo CPM¹⁶, tiene relevancia en cuanto a la natu-

¹² LO 13/1985, de 9 de diciembre.

¹³ Art. 408 del Código de Justicia Militar de 1945: «el que contra la voluntad de un jefe o encargado de centro, dependencia o establecimiento militar penetrase en los mismos».

¹⁴ STS (Sala Quinta) 3039/2016, de 20 de junio de 2016.

¹⁵ PÉREZ ESTEBAN, F. «La naturaleza de los delitos de allanamiento de bases, acuartelamientos y vulneración de sus medidas de seguridad». *Revista Española de Derecho Militar* 2001, nº 77, enero-junio, p. 177.

¹⁶ «Bases, acuartelamientos y establecimientos militares», del artículo 61 del CPM de 1985, se denominan como «centros, dependencias y establecimientos militares» en el artículo 29 del CPM de 2015.

raleza de cada centro militar como medio/recurso de la defensa nacional en cada caso concreto. Por tanto, la modificación no afecta al concepto clarificado por la jurisprudencia¹⁷, toda vez que este tipo delictivo protege el bien jurídico seguridad y defensa nacionales, por lo que aquellas instalaciones que carecen de las características necesarias para que a través de un atentado a las mismas se vea afectada la defensa nacional, no podrían ser objeto material del delito.

Para que pueda haber una infracción penal, el bien jurídico debe verse afectado negativamente, y si bien la nueva redacción del tipo en su vertiente de intrusión física («penetrare o permaneciere en un centro, dependencia o establecimiento militar contra la voluntad expresa o tácita de su jefe») se acerca más al concepto penal de delito formal, de manera que podría parecer que la mera actividad lesiona el bien jurídico, la asentada jurisprudencia¹⁸, dimanante de la ubicación de este tipo penal —título I del libro II, «Delitos contra la seguridad y defensa nacionales»—, sistemática que no ha variado, mantiene el centro de gravedad en la necesidad de que exista esa afectación negativa de la seguridad y defensa nacionales, y no la mera contravención formal de la voluntad de un jefe de dependencia militar.

Debemos tener en cuenta que si la lesión fuese simplemente respecto del objeto material, podríamos encontrarnos ante la falta de necesidad de una tipificación específica, puesto que la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas ya se encuentra protegido en el Código Penal ordinario (Artículo 203).

En cuanto a su vertiente de vulneración de las medidas de seguridad, el delito amplía la acción a todas aquellas actividades que, sin implicar una intrusión física por parte del sujeto, ataquen o conculquen las medidas de seguridad establecidas, siempre que, al igual que en la modalidad de allanamiento, ello suponga una afectación negativa del bien jurídico protegido, defensa y seguridad nacionales, en el ámbito de sus medios y recursos.

Al referirnos a una afectación negativa de un bien jurídico, ello puede comprender desde una lesión, hasta un peligro concreto, o un peligro abstracto como es el caso que nos ocupa, tal y como se establece en la jurisprudencia citada, lo que se concreta en una situación de idoneidad para generar peligro para el bien jurídico protegido. Por tanto, «la consideración de la conducta como general o normalmente peligrosa puede llevar al le-

¹⁷ STS (Sala Quinta) 8630/1993, de 13 de diciembre de 1993; STS (Sala Quinta) 2597/1995, de 8 de mayo de 1995.

¹⁸ STS (Sala Quinta) 8658/2000, de 27 de noviembre de 2000; STS (Sala Quinta) 3974/2001, de 16 de mayo de 2001; STS 2581/2003, de 11 de abril de 2003.

gislador, valorando el potencial riesgo, a tipificarla fundadamente como delito, pero no justifica, por sí sola, la punición de una acción concreta»¹⁹.

¿Qué es necesario, por tanto, para que nos encontremos ante la comisión delictiva del artículo 29?

Como señala la Sentencia de la Sala Quinta del TS de 11 de abril de 2003²⁰:

«Los elementos del tipo entonces comprenderán la entrada en el Establecimiento tutelado con intención de acceder al mismo y conocimiento de que se trata de una Base, Acuartelamiento o Establecimiento militar y de que existe una interdicción de acceso al mismo, sin que sea necesario acreditar riesgo concreto y bastando el aludido peligro abstracto. Sin embargo, la simple entrada no es suficiente para la tipificación del delito, puesto que ha de quedar probada la afección del bien jurídico tutelado, que debe completar el hecho de introducirse subrepticamente en la zona, tal como se describía en la Sentencia de esta Sala de 8 de mayo de 1995. En el mismo sentido, en nuestra Sentencia de 16 de mayo de 2001 se puntualiza que, en consecuencia “no es preciso acreditar la existencia de ningún riesgo real y efectivo”, pero *si debe quedar acreditada la concurrencia de la situación de peligrosidad potencial o riesgo abstracto*, que es la base de la punición como necesaria exigencia del principio de culpabilidad. Más específicamente, en nuestra Sentencia de 11 de diciembre de 2000 se hace referencia en el mismo sentido a que basta la “potencial afección al interés protegido por la norma”, lo que no es óbice para sostener que “cuando del comportamiento de los sujetos activos se excluya, por sí mismo y desde el principio, cualquier peligrosidad en tal caso la acción resulta atípica y por tanto impune”, en razón a que no existe delito sin lesión o puesta en peligro del bien protegido».

Por tanto, habrá que analizar en cada caso concreto si la acción fue idónea para generar una situación de peligro, por lo que además de probar los elementos objetivos del tipo, habrá que constatar la peligrosidad potencial de la acción.

En cuanto al elemento subjetivo del tipo, el artículo 29 es un delito doloso, lo que cobra una gran relevancia a la hora de valorar la relevancia penal de las conductas que hemos enumerado anteriormente y otras

¹⁹ *Op. cit.*, p. 183.

²⁰ STS (Sala Quinta) 2581/2003, de 11 de abril de 2003.

similares. La configuración del tipo como un delito de peligro abstracto implica que el dolo no debe abarcar solo los elementos materiales del tipo y la voluntad de ejecutarlo, sino que debe alcanzar a la idoneidad de la actividad para producir peligro. Ahora bien, «la realización de los hechos típicos, con conocimiento y voluntad, permiten inferir, en principio, que el autor conocía esa situación de peligrosidad»²¹. En este sentido, resulta especialmente relevante destacar que la reforma de 2015 ha eliminado la comisión por imprudencia, que se tipificaba en el artículo 62 del CPM de 1985. Ello tiene, indudablemente, repercusiones importantes en la imputación delictiva por la comisión de estas conductas que, en la realidad, pudieran suponer una afección negativa a la defensa nacional, pero estar desprovistas de intencionalidad.

3.3. EL SOBREVUELO DE DRONES COMO MODALIDAD DE COMISIÓN DELICTIVA DEL ARTÍCULO 29 DEL CPM

Vista la configuración teórica del tipo penal, vamos a abordar en las siguientes líneas el vuelo de drones y su posible subsunción en este.

El sobrevuelo de drones sobre centros militares se encuadra en la modalidad de vulneración de las medidas de seguridad, toda vez que, salvo que de alguna forma dicho sobrevuelo sirva de excusa para penetrar en el centro, no se trata de un intrusismo físico del sujeto activo. En este sentido, la mera acción, *a priori*, parece implicar la vulneración de las medidas de seguridad de la dependencia, desde el punto de vista de la descripción formal del tipo²², y también, en principio, la concurrencia del elemento subjetivo en cuanto al conocimiento de la acción que se está llevando a cabo, salvo que el vuelo haya sido accidental, en el sentido de descontrol del aparato, o exista un desconocimiento total de que la zona sea militar, aspectos que, en todo caso, deberán ser objeto de investigación y análisis.

Descartando que el sobrevuelo sea completamente accidental por fallo mecánico o electrónico, en cualquier vuelo de dron sobre una dependencia

²¹ *Op. cit.*, p. 185.

²² Si bien, en este sentido, debemos recordar la ya citada STS, de 16 de mayo de 2001: «El principio de legalidad exige la interpretación en sentido objetivo del precepto. La acción ha de ser peligrosa para la seguridad del establecimiento militar, pero mediante la conculcación de una de las medidas establecidas para su protección. Por consiguiente, no basta, pues, para la apreciación de esta específica figura delictiva la realización de cualquier actividad que pueda afectar a esa seguridad y mucho menos que, subjetivamente, inquiete a quienes tienen a su cargo mantenerla, si su peligrosidad no es consecuencia de la infracción de esas determinadas medidas».

militar deberemos analizar dos cuestiones, si dicha acción supuso un peligro potencial para la seguridad de la instalación como recurso de la defensa nacional, y si la intencionalidad del sujeto activo abarcaba tanto la acción como dicho peligro potencial.

De forma genérica, cabría aquí diferenciar dos tipos de acciones:

1.º) Uso de drones como instrumento específico para vulnerar la seguridad de las instalaciones/dependencias militares (grabación de imágenes, sonidos, extracción de datos, etc.). Uno o varios sujetos activos, militares o civiles, usan este medio y sus posibilidades con la intención concreta de perjudicar los recursos de la defensa nacional, en el momento de la comisión, o en un futuro indeterminado, mediante la información obtenida. Ello sin perjuicio de que el dron sea utilizado para causar daños específicos, lo que podría suponer otra figura delictiva²³. En este tipo de casos, por tanto, al margen de la obligación de probar en el correspondiente proceso penal la concurrencia de los elementos del tipo en el caso concreta, con las múltiples circunstancias que podrían concurrir, no encontramos, *a priori*, dificultad en identificar la existencia de una vulneración de medidas de seguridad, de un peligro (incluso concreto) y del dolo.

2.º) Uso de drones con finalidades comerciales o privadas (lúdicas o deportivas), sobrevolando (y, en su caso, grabando imágenes o sonidos) centros militares²⁴. Al encontrarnos ante este tipo de suceso, puede resultar más complejo determinar si se ha conculcado alguna medida de seguridad, se ha producido la afección negativa al bien jurídico protegido, es decir, una situación de potencial peligrosidad, y si el dolo del sujeto activo abarca tanto los elementos objetivos como dicha idoneidad de la acción para causar una situación de peligro.

²³ Si el sujeto activo fuera militar, artículo 27 del CPM, en caso de ser civil, el delito de daños del artículo 265 del CP ordinario.

²⁴ En estos casos cabe señalar que podemos encontrarnos además con la figura del intrusismo profesional en el sector empresarial: «El intrusismo lo ejerce en mayor medida aquel que compró un RPA de tamaño medio (Phantom, Inspire, etc.) para divertirse, como *hobby*, y se ha dado cuenta de que puede sacarle unos euros haciendo trabajos, de fotografía y video principalmente, sin cumplir la normativa en cuanto a seguridad, sin titulación de piloto, sin seguro de RC y sin gastos empresariales y a unos precios irrisorios; a este grupo de intrusos el sector puede combatirlo con calidad en los trabajos, profesionalidad en el servicio, seriedad, etc.». «El intrusismo en el mundo dron» [en línea]. *Dronopedia blog*. Disponible en: <http://www.dronepedia.es/blog/el-intrusismo-en-el-sector-dron>. [Fecha de consulta: 21 de noviembre de 2016]. Ello puede resultar relevante a la hora de abordar sucesos concretos en los que nos encontramos con drones de capacidades importantes, utilizados sin la formación adecuada, incrementando la peligrosidad potencial del sobrevuelo.

Adentrémonos pues en el análisis de este último tipo de acciones por parte de civiles y su repercusión penal militar.

Partimos de que la actividad que está desarrollando el sujeto activo es el sobrevuelo de un mini-UAV, pero dicho sobrevuelo se puede producir sobre las dependencias militares por diversas circunstancias:

a) Sobrevuelo intencionado, por motivos que pueden abarcar desde la mera curiosidad al ánimo de lucro (mediante la venta posterior de imágenes captadas, por ejemplo). ¿Este tipo de acción vulnera la seguridad y es potencialmente peligrosa? Para determinarlo será necesario tomar en consideración cuestiones como el modelo de dron, sus capacidades de grabación e interacción con los sistemas de seguridad y funcionamiento de la instalación, etc., y para ello será necesario llevar a cabo el correspondiente peritaje. Si el suceso concreto o el aparato en cuestión no pueden ser considerados de ningún modo una potencial peligrosidad para la defensa nacional, no sería posible su subsunción en el tipo del artículo 29. En caso de que efectivamente la acción haya supuesto un peligro potencial (no necesariamente efectivo o real), resulta más fácil determinar que el dolo abarcaba no solo la acción en sí misma, sino la posibilidad de que el uso del dron pudiese implicar dicha peligrosidad, dadas sus características y el tipo de vuelo desarrollado, y teniendo también en cuenta las características del centro militar, ya que, dependiendo de su funcionalidad y medidas de seguridad concretas, el sobrevuelo del dron podría suponer una mayor o menor peligrosidad potencial para la defensa nacional.

b) Sobrevuelo no específicamente intencionado de centros militares en el desarrollo de una actividad lúdica o deportiva. Al igual que en el anterior supuesto, la potencial peligrosidad de ese sobrevuelo habrá que determinarla en función del suceso concreto, el tipo de aparato y su capacidad de interacción específica con las medidas de seguridad de la instalación. Determinado eso, sin embargo, y suponiendo que efectivamente se hubiese producido una situación de peligrosidad, la cuestión fundamental a determinar se encontrará en la intencionalidad del autor, en el dolo.

Para analizar este último tipo de sucesos, vamos a exponer un caso real²⁵: El sujeto activo, civil, está volando un dron por una zona de destacada altitud en Palma de Mallorca, zona en la que se encuentra ubicado un Escuadrón de Vigilancia Aérea (EVA).

²⁵ Diligencias Previas, n.º 33-2-16, JUTORER 33, Baleares.

Con conocimiento de esa circunstancia, dado que las señalizaciones del centro militar son evidentes (extremo que en todo caso es constatado en la toma de declaración), el sujeto continúa manejando el dron por la zona y sobre la instalación. El aparato, por fallo del sistema, cae dentro de la instalación militar y el sujeto informa de dicha circunstancia al control del acuartelamiento y solicita la devolución del dron, indicando desde fuera de la dependencia el punto de caída. En principio, no es posible determinar si efectivamente se ha producido una vulneración de medidas de seguridad, si ha habido una potencial peligrosidad para las instalaciones y la defensa nacional, ni las intenciones del sujeto activo. Se procede por tanto a la apertura de diligencias previas para determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, procediéndose al peritaje del aparato, por expertos de las Fuerzas Armadas. De dicho peritaje se deduce que esa afección negativa a la defensa nacional no se ha producido, debido a las características del aparato, su tipo de sobrevuelo y la zona específica de caída, y a la propia constatación por parte de los encargados de seguridad de no existencia de ningún tipo de peligro potencial ni real de interferencia con los sistemas ni de daños de ningún tipo. Se procede al archivo del caso, sin perjuicio de acordarse en el auto de archivo la remisión de testimonio del mismo a la AESA, para posibles fines sancionadores por contravención de la normativa referenciada anteriormente.

Ahora bien, este suceso real podría haberse producido con cierta variación en sus elementos, ejercicio de planteamiento hipotético que nos permite profundizar en la comisión de este tipo penal mediante el uso de esta tecnología: En primer lugar, la acción de sobrevuelo, bien por las características del dron, bien por las imágenes grabadas o por ambas cosas, podría haber supuesto una lesión del bien jurídico protegido, es decir, podría haber supuesto un peligro potencial para la defensa nacional, más teniendo en cuenta que la instalación militar era un EVA. Si la afección negativa al bien jurídico hubiese existido, habría sido necesario determinar el dolo del autor. ¿Abarcaba su conocimiento y voluntad de sobrevolar una dependencia militar el conocimiento de las posibles afecciones a la seguridad de dicha instalación y la defensa nacional? ¿Se vería desmentida dicha presunción por el hecho de que sea el propio sujeto activo el que se acerque a pedir el aparato, relegando lo acontecido a un mero accidente fortuito irrelevante? Coincidimos en la conclusión sobre este tema que realiza Pérez Esteban²⁶: «el conocimiento de la no idoneidad de la acción para general la situación

²⁶ *Op. cit.*, p. 188.

de peligrosidad para el bien jurídico, excluiría, en todo caso, el dolo del autor».

Por tanto, si el sujeto activo hubiese asumido que existe un riesgo en el uso del aparato, si hay conciencia de ese potencial riesgo, su comportamiento habría sido doloso. Si, por el contrario, por las características concretas del aparato, la acción, el lugar, etc., tiene conocimiento de la no idoneidad de sus actos para generar peligro alguno, ni vulnerar medida de seguridad alguna, quedaría excluido el dolo, en cuyo caso podríamos estar en presencia de un delito imprudente²⁷, si bien dado que dicha modalidad de comisión, como hemos señalado anteriormente, no está específicamente contemplada en relación con el artículo 29, no cabría la inculpación.

Por supuesto, ello no implica que la mera afirmación, derivada de consideraciones puramente subjetivas que otorgan poco valor a la delimitación, interés o valor de zonas militares, de que no se creía estar ejecutando una acción peligrosa sirva sin más para fundamentar la falta de dolo, ya que, en principio, la acción concreta de uso de drones puede entrañar un potencial peligro para las personas o instalaciones que son sobrevoladas, así como una interacción negativa con sistemas electrónicos de seguridad, cuestiones de general conocimiento, y de las que derivan las medidas, regulaciones y prácticas de buen uso establecidas sobre su empleo y que todo usuario tiene la obligación de conocer. Será el juzgador quien deba inferir el dolo de los datos acreditados.

En definitiva, este nuevo avance tecnológico, que sigue desarrollándose, proporciona múltiples posibilidades de uso público, militar, comercial, de investigación, deportivo, lúdico, etc., pero también puede generar situaciones de peligro potencial para las dependencias militares, en función de las capacidades de los drones, las características de la dependencia y sus medidas de seguridad, la intencionalidad del sujeto, etc. Será necesario analizar dichas cuestiones a la hora de otorgar relevancia penal militar a estos sucesos y conductas que podrían ser cada vez más numerosos.

BIBLIOGRAFÍA

ARTÍCULOS, CAPÍTULOS DE LIBROS, INFORMES, ESTUDIOS:
ACED FÉLEZ, E. «Drones, una nueva era de la vigilancia y la privacidad» [en línea]. *Revista Red Seguridad* 2013, n.º 52, marzo.

²⁷ Existiría culpa si el sujeto, por falta de diligencia, no se representa la peligrosidad, o actúa confiado en que por las circunstancias cuyo control mantiene, la podrá evitar, siendo esa confianza infundada.

- Disponible en: <http://www.redseguridad.com/opinion/articulos/drones-una-nueva-era-de-la-vigilancia-y-de-la-privacidad> [Fecha de consulta: 17 de noviembre de 2016].
- Borrador de Estudio sobre actuación en casos de intrusismo en CMT.* Inspección General del Ejército, Unidad de estudios, Septiembre 2016.
- COMUNIDAD DE MADRID. *Los drones y sus aplicaciones a la ingeniería civil.* Madrid: Consejería de Economía y Hacienda, Comunidad de Madrid 2015.
- DE ALVEAR TRENOR, I. «Algunos retos del derecho en relación con la regulación de la operación civil y militar de drones y RPA». DE TOMÁS MORALES S. (dir). *Retos del Derecho ante las nuevas amenazas.* Madrid: Dykinson 2015, pp. 125-136.
- Dronopedia blog. *El intrusismo en el sector dron* [en línea]. Disponible en: <http://www.dronepedia.es/blog/el-intrusismo-en-el-sector-dron> [Fecha de consulta: 21 de noviembre de 2016].
- OACI. Circular 328, AN 90/2011 [en línea]. Disponible en: http://www.icao.int/Meetings/UAS/Documents/Circular%20328_en.pdf [Fecha de consulta: 8 de noviembre de 2016].
- PAULNER CHULVI, C. «El uso emergente de drones civiles en España. Estatuto jurídico e impacto en el derecho a la protección de datos». UNED: *Revista de Derecho Político* 2016, n.º 95, enero-Abril, pp. 83-116.
- PÉREZ ESTEBAN, F. «La naturaleza de los delitos de allanamiento de bases, acuartelamientos y vulneración de sus medidas de seguridad». *Revista Española de Derecho Militar* 2001, n.º 77, Enero-junio, pp. 177-191.
- Strategic Defence. *The Market 2013-2023 Global UAV* [en línea]. Disponible en: <http://www.strategicdefenceintelligence.com> [Fecha de consulta: 15 de noviembre de 2016].

JURISPRUDENCIA

- STS (Sala Quinta) 8630/1993, de 13 de diciembre de 1993.
STS (Sala Quinta) 2597/1995, de 8 de mayo de 1995.
STS (Sala Quinta) 8658/2000, de 27 de noviembre de 2000.
STS (Sala Quinta) 3974/2001, de 16 de mayo de 2001.
STS (Sala Quinta) 2581/2003, de 11 de abril de 2003.
STS (Sala Quinta) 3039/2016, de 20 de junio de 2016.
STS (Sala Segunda) 1709/2016 de 20 de abril de 2016.