

NOTA JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO A LA LUZ DE LA NUEVA REGULACION PROCESAL Y MATERIAL

MARCOS FRANCISCO MASSÓ GARROTE (*)

SUMARIO: A) CONCEPTO.-1. *Configuración.*-2. *La inviolabilidad del domicilio en la jurisprudencia.*-3. *El lugar protegido.*-4. *La titularidad del Derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.* B) EL REGISTRO.-1. *Noción.*-2. *La nueva Ley de Medidas Urgentes y Reforma Procesal.*-3. *El nuevo artículo 569.4 en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.*-3.1. *Línea conservante.*-3.2. *Línea variante.*-3.3. *La incidencia del nuevo 569.4.*-3.3.a) *Sobre el concepto de prueba preconstituida.*-3.3.b) *El nuevo valor probatorio del 569.4.*-C) EXCEPCIONES A LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO.-1. *El consentimiento del titular.*-2. *La entrada bajo mandamiento judicial.*-3. *La noción de delito flagrante.*-4. *La suspensión del Derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.*-4.1. *La suspensión del artículo 55.1-4.2.* La suspensión del artículo 55.2.-4.3. *Estado de necesidad o fuerza mayor.*-D) EL ARTÍCULO 21.2 DE LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE LA LEY DE SEGURIDAD

(*) Profesor ayudante de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha. El autor de esta nota quiere dejar constancia de su agradecimiento al profesor, maestro y amigo Diego López Garrido, por su interés en la publicación de la misma.

DAD CIUDADANA.-1. *Legislación relacionada al supuesto.*-2. *El análisis jurisprudencial del aspecto problemático del 21.2 de la LOPSC: «El conocimiento fundado».*-3. *Anexo a la luz de la nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional STC 341/1993 del 18 de noviembre.*

A) CONCEPTO

1. *Configuración*

Es el artículo 18.2 de la CE el que reconoce el derecho a la inviolabilidad del domicilio como protección a la vida privada.

Su fundamento dentro de dicho artículo es igual al resto de los derechos fundamentales reconocidos en él: el honor, la intimidad personal y familiar, la propia imagen, el secreto de las comunicaciones; es decir, son derechos cuyo denominador común es que todos afectan a la vida privada del individuo a pesar de que son derechos fundamentales autónomos. El conjunto de todos ellos tienen por tanto el objetivo de la protección y garantía de la vida privada (1).

2. *La inviolabilidad del domicilio en la jurisprudencia*

Existen numerosas sentencias del Tribunal Constitucional donde se recoge el concepto de inviolabilidad del domicilio, en-

(1) EDUARDO ESPÍN, «Fundamento y alcance del derecho a la inviolabilidad del domicilio», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, pág. 44.

tre las que vamos a destacar dos: La primera de ellas es de 17 de octubre de 1985, manifestando (2):

«El domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convicciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado sino lo que en él hay de emanación de la persona y de la esfera privada de ello.»

En otra setencia de 17 de febrero de 1984 leemos también (3):

«La inviolabilidad del domicilio definida por la regla primera del artículo 18.2 constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido para garantizar el ámbito de la privacidad de ésta dentro del espacio limitado que la propia persona elija, y que tiene que caracterizarse por quedar exento o inmune a las agresiones e invasiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública.»

En otro fundamento de la misma sentencia, se añade:

«La idea de domicilio que utiliza el artículo 18.2 no coincide plenamente con el que se utiliza en materia de derecho privado, y es especial el del artículo 40 del Código civil, como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones, la protección de carácter instrumental que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona, por ello, existe un nexo de unión entre la norma que prohíbe la entrada y el registro domiciliario, y la que impone la defensa y garantía del ámbito de privaticidad lo que obliga a mantener un concepto constitucional de domicilio en mayor amplitud que el concepto jurídico privado o administrativo.»

(2) STC 137/1985 de 17 de octubre, FJ. 2, BJC núm. 54-55.

(3) STC 22/1984 de 17 de febrero, FJ. 5, BJC núm. 8.

3. *Lugar protegido*

El artículo 18.2 de la CE y 545 de LECrim. hablan del domicilio y por éste ha de entenderse todo aquel lugar cerrado que se destina principalmente a la morada o habitación de cualquier español o extranjero residente en España. Pero es necesario hacer una ampliación, no sólo donde se habita sino donde se trabaja o aquellas dependencias donde conste la intención de su propietario de excluir la entrada a terceros. Respecto de esta ampliación la sentencia del Tribunal Supremo del 5 de noviembre de 1986 indica (4):

«...El domicilio, que puede extenderse al local de negocio donde desenvuelve el sujeto sus actividades, es una prolongación de la personalidad, o mejor es la condición espacial que resguarda la libertad y seguridad personal, y goza de la inviolabilidad establecida al más alto rango en el texto constitucional...»

4. *La titularidad del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*

Los sujetos protegidos por el derecho a la inviolabilidad del domicilio son, igual que todos los derechos encaminados a la protección de la vida privada, las personas físicas, aunque el Tribunal Constitucional va a ampliar dicha protección a las personas jurídicas como así se deduce de la STC 137/1985:

«...La libertad del domicilio se califica como reflejo directo de la protección acordada en el ordenamiento a la persona, pero no necesariamente de la persona física, desde el momento que la persona jurídica venga a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de la tutela constitucional...» (5).

(4) STS de 5 de noviembre de 1986, FJ 3.

(5) STC 137/1985 del 17 de octubre, FJ 3, BCJ núm. 13.

El título por el que el interesado se encuentra en el domicilio es indiferente, pues se encuentra igualmente tutelado constitucionalmente, ya sea propietario, usufructuario, arrendatario, etcétera, gozando de las mismas garantías y excepciones del derecho a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 de la CE. El ámbito subjetivo y genérico del artículo 18.2 tampoco establece distinción alguna entre los ciudadanos nacionales y extranjeros.

B) EL REGISTRO

1. *Noción*

Tanto de la entrada como del registro se ocupa el título VIII de la LECrim. Del registro se ocupan los artículos 569 a 578. La finalidad del registro es la recogida y aseguramiento de futuras fuentes de pruebas (art. 574). También es un acto de investigación indirecto, por cuanto posibilita la práctica de actos investigatorios, periciales, testificales (art. 572), en el cual se expresará las personas que intervengan y los incidentes ocurridos.

Dicho acto constituiría prueba preconstituida, concepto éste que luego más adelante definiremos. En los registros es necesario que esté presente el órgano jurisdiccional, aunque en la práctica ha sido el secretario el que asiste a los mismos; de la no comparecencia del secretario se venía indicando que perdía el carácter de prueba preconstituida y quedaba como mero acto de investigación. De la importancia de la presencia y actuación del secretario da cuenta el artículo 281.2 de la LOPJ de 1985 que establece:

«..., los actos del secretario judicial gozarán de la plenitud de la fe pública sin necesidad de la intervención adicional de testigos.»

El auto en el que se decreta la entrada y registro, normalmente es la policía quien lo requiere para efectuar el registro,

pero el auto nunca se debe entregar a la policía. Esto supondría una grave irregularidad procesal, pues el auto debe quedar en poder del secretario, a quien acompañará la policía a efectuar el registro, ya que de acuerdo con lo que disponía el párrafo 4 del artículo 569: «El registro se practicará siempre a presencia del secretario.» En este sentido, en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1992 (6), se indica la necesidad de que en la diligencia de entrada y registro domiciliario, ya la realice el juez por sí mismo, ya se efectúe por la autoridad policial por delegación de aquél, ha de estar siempre el secretario judicial. Es imprescindible que asista el interesado o su representante legal si así lo establece. El 569.2 indica que, si el interesado no se encuentra en el lugar, el registro se practicará en presencia de dos testigos, vecinos del pueblo. La diligencia de registro es instrumental de la entrada. Por ello, si la diligencia de entrada adolece de constitucionalidad, el registro que se practicara, aun reuniendo los requisitos legales del mismo, no tendría valor puesto que el registro debe ser efectuado de acuerdo a las exigencias legales pertinentes, tanto de la entrada en primer lugar como del registro.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1982 leemos:

«La inviolabilidad del domicilio es un derecho consagrado en el artículo 18.2, no pudiéndose efectuar ninguna entrada o registro en el mismo sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. El juez instructor no podrá ordenar la entrada y registro en cualquier edificio o lugar cerrado o parte de él que constituya domicilio de cualquier español o extranjero residente en España, precediendo siempre el consentimiento del interesado o, a falta del mismo en virtud de auto motivado» (7).

(6) STS de 3 de febrero de 1992, en *La Ley*, núm. 12.326.

(7) STS de 3 de febrero de 1992, *ob. cit.*, FJ. 2.

Así, no habría violación de derechos fundamentales si se prestara el consentimiento en la entrada. En la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1988 se indica (7):

«...no surtirán prueba, efecto alguno, las que sean obtenidas, directa o indirectamente violando, los derechos o libertades fundamentales: inviolabilidad del domicilio, derecho a la intimidad, a no ser que medie el consentimiento.»

2. *La nueva ley de medidas urgentes de reforma procesal de 1992*

En el artículo 569-4 antes de su reforma podíamos leer:

«...El registro se practicará siempre a presencia del secretario y dos testigos, sin contar los de que habla el párrafo anterior, extendiéndose acta que firmarán todos los concurrentes.»

La nueva ley deja la redacción del artículo de la siguiente forma (8):

«El registro se practicará, a presencia del secretario o, si así lo autoriza el juez, de un funcionario de la policía judicial o de otro funcionario público que haga sus veces, que extenderá actas que firmarán todos los concurrentes.»

También es importante tener en cuenta otros dos artículos: el artículo 11 de la LOPJ:

«...no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.»

y el artículo 6.3 del Código civil:

(8) Ley 10/1992 de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, «BOE» del 5 de mayo de 1992, núm. 108.

«...Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulas de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.»

El problema que surge de la nueva regulación, sería considerar qué carácter tendrá ahora la prueba que se presupone se obtiene con el registro, ver, con la actual regulación cuál es su carácter probatorio en los registros efectuados, y, de ser así cuáles son las consecuencias constitucionales. En principio baste adelantar que con la nueva regulación se produce una merma de garantías en los registros en cuanto que, se prevé la posibilidad de que sea el policía el que se constituya en secretario, lo que supone una puerta abierta a que en ocasiones se atente a la presunción de inocencia y rompa la igualdad de armas, al ser los policías mismos los que van a poder realizar por sí mismos las pruebas.

3. *El nuevo artículo 569.4 en la jurisprudencia*

Respecto de este artículo encontramos en la jurisprudencia dos líneas bien distintas:

3.1. Línea conservante

En primer lugar la sala II del Tribunal Supremo había dictado numerosas sentencias por parte de un sector, en el cual mantenía la irrelevancia de la presencia del secretario judicial al efecto de declarar la validez de la diligencia.

El artículo 18.2 sobre la inviolabilidad del domicilio no afectaba una vez producido el mandamiento judicial de entrada por el juez, al registro efectuado posteriormente si no asistiese el secretario. Se consideraba que si bien ya no tenía el carácter de prueba, la posterior declaración en el juicio de los policías que la practicaron serviría para evitar su ilicitud (9).

(9) ALBERTO JORGE BARREIRO, «Anotaciones a las medidas Urgentes de Reforma Procesal Penal», *Actualidad Aranzadi* de 4 de junio de 1992.

Con ello la STC del 23 de octubre de 1991 indica que:

«La autorización judicial existió sin que, en sí misma considerada, aparezca vicio que la pudiera invalidar. El que luego en la realización posterior de la diligencia autorizada faltara el secretario, no afecta a la validez de la anterior resolución judicial.» (10).

Así pues, se afirma que lo importante aquí es la autorización judicial y no la no presencia del secretario que sólo produciría que el acta levantada en su ausencia carezca de la validez de prueba documental pero que sirva para acreditar los hechos en un posterior juicio oral. Por ello para esta doctrina la violación de éste medio de prueba no produce la violación de ningún derecho constitucional, lo que llevaría a la ineficacia plena del acto de entada y registro según el artículo 11 de la LOPJ. La invalidez se refiere a un medio de prueba concreto y no al acto de registro en sí mismo, cuyo resultado puede acreditarse por otros medios.

3.2. Línea variante

Posteriormente otra corriente, más avanzada consideraba que la declaración de nulidad de pleno derecho en el supuesto de no intervención del secretario era la posición más acertada. Este último criterio es el que se ha impuesto en las últimas sentencias: STS 3-12-1991, 1992...

Así la no presencia del secretario para levantar el acta en los registros era nulo de pleno derecho, por infracción del artículo 11 LOPJ. En cualquier caso, la posterior declaración testifical de los policías en el juicio no podría convalidar tal efecto. Así en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1992 (11):

(10) STS de 23 de octubre de 1991, *Rep. Aranzadi*, 7355, FJ 4.

(11) *Cit.*, STS de 3 de febrero de 1992, FJ 9.

«La diligencia de entrada y registro domiciliario, ya la realice el juez por sí mismo, ya se efectúe por autoridad o agente policial por delegación de aquél, requiere inexcusablemente la asistencia del secretario judicial o de oficial habilitado que orgánicamente le sustituya, sin que resulte factible su sustitución por alguno de los agentes que intervengan, lo que corroboran los artículos 281 y 443 LOPJ. Así, el registro domiciliario efectuado sin el secretario no incorpora la fe pública, quedando devaluado el valor del acto como valor probatorio. La falta de intervención del secretario judicial en la diligencia de entrada y registro del domicilio hará la diligencia, ofreciéndose como prueba irregular carente de operatividad, motivando la pérdida del valor documental público de la misma, con la total falta de virtualidad a efectos probatorios de cuanto se relate en ella.»

ALFONSO SERRANO GÓMEZ (12), indica que existían sentencias del Tribunal Supremo que no daban demasiada importancia al registro domiciliario sin la presencia del secretario judicial, considerando que se trataba de una simple irregularidad procesal, llegando a considerar que los datos objetivos reflejados en el acta redactada por los agentes que intervienen en el registro tendrán valor si aparecen corroborados con otras pruebas complementarias (16-10-1991 y 12-11-1991), pero añade posteriormente que no puede entenderse así. Este mismo aspecto se desprende de otra sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1991 (13):

«la resolución judicial habilitante no es suficiente para producir plenos efectos probatorios salvo en los casos en que el mismo juez acuda personalmente a practicarlos.»

En esta misma sentencia del Tribunal Supremo del 3 de diciembre de 1991:

(12) ALFONSO SERRANO GÓMEZ, «El registro domiciliario sin la presencia del secretario y sus posibles consecuencias», *Actualidad de Aranzadi* de 30 de abril de 1992.

(13) STS de 3 de diciembre de 1991, FJ 1.

«la actuación del secretario judicial es una exigencia esencial del procedimiento y su falta dará lugar a la nulidad del acto según se desprende del artículo 238.3 de la LOPJ, nos encontraríamos con una prueba obtenida con vicio de nulidad.»

Así, en la STS del 31 de marzo de 1992 (14):

«la diligencia de entrada y registro en un domicilio sin la presencia del secretario es nula de pleno derecho por ser éste el único funcionario competente en el orden judicial para dar fe con plenitud de efectos.»

En esta misma línea se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1991 (15):

«Cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la violación de un derecho fundamental, no hay ninguna duda de que tal prueba carece de validez en el proceso y los jueces y tribunales habrán de reputarla inexistente a la hora de construir la base fáctica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria.

El acta levantada en la diligencia de entrada y registro de un domicilio particular con ausencia del secretario judicial no constituye prueba documental, que como preconstituida podría tener eficacia en el acto del juicio oral, no vale como medio para acreditar la realidad de lo ocurrido ni, por tanto, puede servir en el caso para acreditar el hecho del hallazgo de la droga tóxica.»

3.3. La incidencia del nuevo 569.4

3.3.a) *Sobre el concepto de prueba preconstituida*

Anteriormente se entendía que si asistía el secretario en un registro domiciliario cuando la entrada fuese correctamente

(14) STS de 31 de marzo de 1992, FJ 2.

(15) STS de 23 de octubre de 1991, FJ 6 en *La Ley* del 6 de enero de 1992.

adoptada, constituía sólo en este caso prueba preconstituida, y en este sentido y siguiendo a JOSÉ MARÍA MELLADO, el Tribunal Constitucional estima en sentencia 31/1981:

«únicamente las pruebas practicadas en el juicio son las que han de tenerse en cuenta, y que como única excepción a lo anterior sería la prueba preconstituida o anticipada siempre que la misma sea practicada de acuerdo con las exigencias marcadas en la LECrim y se den los requisitos objetivos de su muy difícil o imposible reproducción.» (16).

Para que esta prueba tenga el valor de prueba normal, prueba probatoria penal en el momento del juicio, ha de cumplir los requisitos que le han de ser comunes con éstas, las cuales son: la inmediatez, la contradicción y la oralidad.

a) *Inmediatez*

Respecto de la inmediatez es necesario que el juez entre en contacto con los medios más directamente ligados al hecho objeto de prueba. Por tanto, si la prueba ha de formar la convicción en el juez de una sentencia condenatoria, deberá ser el juez quien esté presente y directamente en la realización de dicha prueba preconstituida. Como en este caso se delegaba en el secretario, es éste, en virtud de la fe pública que le otorga, quien procede a este carácter, pero ahora difícilmente el policía ha de dar seguridad ni carácter de fe pública con la nueva redacción del 569.4.

Así para extraer de lo actuado en un registro valor probatorio, posteriormente en el juicio ha de concurrir la autoridad judicial (aquí entendido secretario), bastando en la actualidad de la policía judicial o funcionario de los cuerpos de seguridad del Estado.

(16) JOSÉ MARÍA ARSENIO MELLADO, *Prueba preconstituida y prueba prohibida*, pág.162 y sigs.

b) La contradicción

También resalta el carácter contradictorio que ha de revestir para ser considerada como prueba preconstituida. Contradicción, que es la necesaria oposición argumental entre, acusación y defensa, en orden a obtener la convicción que constituye el fundamento de la sentencia penal. Con la nueva regulación incluso se cercena aún más al no hacer mención de los testigos que pudiesen corroborar lo actuado.

En este sentido una sentencia del Tribunal Supremo de 19-3-1990 indica (17):

«Sólo valen para destruir la mencionada presunción aquellas pruebas que hayan sido practicadas en el juicio oral, como dice el artículo 741 de la LECrim, que es el acto procesal solemne donde se realizan los principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción, con la única excepción de los supuestos de prueba preconstituida y anticipada (STC 80/1986), que únicamente existe cuando se prevé la imposibilidad de su reproducción en el juicio y, además, se realiza con intervención del abogado del encausado a fin de garantizar debidamente la necesaria contradicción.

Los atestados de la policía judicial sólo gozan del valor de denuncia (297 LECrim) y no son medio sino objeto de prueba.

Tampoco valen a tal fin las declaraciones de los funcionarios de policía, salvo que, como cualquier otra prueba testifical, éstas se realicen en el acto del juicio.»

En una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (18), vemos cuál es el carácter de la prueba preconstituida y las garantías que han de llevar consigo para su posterior utilización como elemento probatorio pleno:

(17) STS de 19 de marzo de 1990, FJ 2, *Rep. Aranzadi*, 2553.

(18) Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 13/1990.

«...el registro y la eventual recogida de objetos relacionados con un posible delito pertenece a la categoría de las diligencias estructurales, irreproducibles, cuya naturaleza de tales resulta perfectamente conocida 'ex ante' y cuya eficacia vierte directamente sobre el juicio oral.

Siempre será necesaria la presencia del secretario y de dos testigos.»

Así, se considera que la intervención del fedatario en el registro tiene un alcance mucho más que ritual. Sin duda responde a la necesidad de dar con su fe a la diligencia la autenticidad necesaria, y, al mismo tiempo, a conferirle cierto marchamo de judicialidad, mediante un control de la legalidad y la proporcionalidad de su práctica.

El Tribunal Supremo se ha mostrado riguroso al valorar la ausencia del secretario en determinadas diligencias sumariales, porque: «la importancia de la función justifica la trascendencia que debe reconocerse a su falta.» (19).

Intuimos de esta sentencia cuál es el carácter de la asistencia del secretario, que es totalmente necesaria para configurar al registro como prueba constituida, porque de su asistencia, de la de los testigos y resto de garantías, cumple el principio de contradicción, que aquí también se introduce y que es nota esencial de la prueba anticipada.

Concluye la anterior sentencia en sus fundamentos con una conclusión del todo correcta:

«la diligencia de entrada y registro, en cuanto que es entendida como acto autorizado o decidido por el juez tiene siempre carácter procesal, es suceptible de valoración 'ex ante' como estructuralmente irreproducible, merece a juicio del Tribunal Supremo la consideración y, por ello, debe recibir el tratamiento de prueba preconstituida.

(19) STS de 6 de febrero de 1989.

De aquí deriva la inexorable existencia de presencia del secretario judicial y del interesado... La no concurrencia de estas garantías dan lugar al artículo 238.3 de LOPJ (nulos de pleno derecho).»

3.3.b) *El nuevo valor probatorio del 569.4*

De lo argumentado con anterioridad vemos que únicamente los secretarios son los que han de dar la fe pública necesaria para la validez del acta. Así JOSÉ MARÍA OSTOS indica que el secretario judicial puede convertirse en un estamento infrutilizado con notable dosis de frustramiento profesional para detrimento de nuestra administración de justicia (20).

Es por ello que el acta levantada por un policía, según el 297, de la LECrim tiene el valor de mera denuncia, y ahora vemos que es posible que el acta del policía alcance mayor grado de importancia con lo que su posterior declaración en el juicio va a considerarse como prueba preconstituida.

Lo anterior ha de ser cuestionado, pues la jurisprudencia viene entendiendo que la lesión de un derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio o a la presunción de inocencia derivada de la no presencia del secretario, no podía ser salvada por la posterior declaración de los policías en el juicio.

En una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid leemos (21):

«Cuando se trata, como aquí sucede, de registros practicados con infracción del artículo 569.4 de la LECrim, podrá discutirse el grado de afectación negativa del derecho fundamental. Pero además está el plano de la legalidad ordinaria, dentro del que el

(20) JOSÉ MARÍA OSTOS: «Hacia un nuevo secretario judicial español», *La ley* de 25 de febrero de 1992.

(21) Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 262/1991.

artículo 569.4 de la LECrim tiene el inequívoco carácter de un precepto imperativo, es decir, de derecho necesario, cuyo cumplimiento habrá de acarrear las consecuencias previstas en el artículo 6.3 del Código civil, es decir, nulidad de pleno derecho. Así, aunque un registro sea efectuado con anterioridad en base a una sentencia autorizada y no se alegase ningún derecho fundamental, la legalidad ordinaria irá contra normas imperativas. La declaración en el juicio como testigos de los policías no sana tal defecto. La intervención a posteriori de los agentes de policía que efectuaron el registro y entrada sin la presencia del secretario judicial, compareciendo en las sesiones de juicio oral no puede subsanar los actos de nulidad ya producidos.»

Anteriormente se consideraba que la infracción era como una consecuencia de infringir el artículo 11 de la LOPJ al ir en contra de los derechos fundamentales, entendiendo el Tribunal Supremo que si bien de forma directa no los infringía, de forma indirecta sí los infringía y por ello eran nulos.

Para PÉDREZ PENALBA la actuación del secretario se concreta no en la mera dimensión procesal sino sobre todo en garantizar que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio se ha producido exclusivamente dentro de los límites jurisdiccionales prescritos, únicos admisibles constitucionalmente (22). Desde esa perspectiva constitucinal la entrada y registro practicada sin la asistencia de la fe del secretario es nula, ya que no se trata de una cuestión de mera legalidad ordinaria sino de principios procesales constitucionales de directa aplicación.

Con todo ello y como consecuencia de todas las argumentaciones referidas al respecto no todas las culpas han de recaer en el legislador a la hora de imputar el recorte de garantías procesales en los registros domiciliarios, sino que también los

(22) PÉDREZ PENALBA, *Actualidad Aranzadi* de 15 de noviembre de 1991. En el mismo sentido ANTONIO ROBLES ACERA, «La autorización judicial y el secretario en las entradas y registros», *Actualidad Aranzadi* del 5 de marzo de 1992.

jueces de instrucción han de cargar con sus responsabilidades porque a fin de cuentas, pues, es él el que establece la forma de realizar el registro teniendo plena libertad para poner al secretario en los registros o a la propia policía judicial.

C) EXCEPCIONES A LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO

Este derecho fundamental cede en determinados supuestos, pues si los derechos fundamentales han de estar siempre cubriendo la esfera de los ciudadanos tutelados, éstos no pueden ser siempre el escudo que reduzca la actuación de la justicia cuando existan especiales circunstancias que así lo aconsejen. El artículo 18.2 de la CE recoge los supuestos de excepcionalidad del domicilio:

- cuando se preste el consentimiento del interesado,
- cuando exista mandamiento judicial que autorice la entrada,
- y en caso de delito flagrante.

Así mismo, el artículo 55.2 de la CE recoge que por ley orgánica, estos derechos pueden ser suspendidos en caso de investigación sobre elementos terroristas y bandas armadas.

En el 55.1 de la CE indica por otro lado que se suspenderán cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución.

1. *El consentimiento del titular del domicilio*

Es el artículo 551 de la LECrim quien nos indica que es lo que se entiende por «prestar consentimiento». Una vez efectuado el requerimiento y se realicen los actos necesarios de entrada, y en su caso de registro, sin que se invoque por el titular del domicilio vulneración alguna, se entiende que presta tal

consentimiento. Por tanto, el consentimiento puede ser tanto expreso como tácito, pero, en cualquier caso, la petición para que se otorgue el consentimiento debe de ser de tal forma, que no pueda comportar en el interesado una posibilidad de error, de modo que el titular entienda la petición de registro, sin amenazas ni coacciones.

La persona que ha de consentir es el titular del domicilio y no caben formas delegadas, de ahí que en los casos de cootitularidad o pluralidad de titulares sea necesario el consentimiento de cada uno de ellos. Tampoco el consentimiento puede ser obtenido por personas incapaces o menores aunque sean titulares, haciéndose necesario el requerimiento a sus representantes legales, tutores, padres, etc...

2. *La entrada bajo mandamiento judicial*

El otorgamiento de licencia para la entrada mediante mandamiento judicial, es potestad de los jueces, con lo que la competencia exclusiva jurisdiccional la ostentará el juez de instrucción competente. En la STS de 17 de febrero de 1984 (23):

«La autoridad judicial está investida de la suficiente potestad para otorgar las autorizaciones de entrada y registro de domicilio.»

La actividad del juez no puede ser automática ante cualquier petición que se le formule, para entrar en un domicilio. Su otorgamiento, por tanto, no puede basarse en la apreciación que haga una autoridad policial, sino que el juez en ejercicio de sus funciones lo habrá de examinar, teniendo en cuenta todos los elementos posibles a su juicio para evitar posibles errores; en este sentido la misma STC de 17 de febrero de 1984 expresa:

(23) STC 22/1984 de 17 de febrero, FJ 3, BJC núm. 8.

«...pensar que el juez carece de jurisdicción es hacer supuestos de la cuestión y nada autoriza a pensar que el juez a quien el permiso se pide y es competente para darlo, deba funcionar con un automatismo formal no se someta a su juicio una valoración de la acción de la administración, pero sí la necesidad justificada de la penetración en el domicilio de una persona.»

La competencia del juez para autorizar la entrada es clara, pero en ocasiones no ha de ser necesario el mandamiento judicial, pues puede ocurrir que la autoridad policial recabe el consentimiento del interesado y éste no se niegue (como vimos en el apartado anterior). Cuando el juez deba conceder autorización para la entrada (que necesariamente ha de revestir la forma de auto fundado según el artículo 558 de la LECrim, donde se indican los motivos que dan lugar a la convicción acerca de la existencia en lugar cerrado del imputado, cuya detención se pretende, o de los instrumentos del cuerpo del delito que son necesarios recabar) es necesario que si el domicilio es de un particular se le notifique de acuerdo al artículo 556 de la LECrim (24).

Respecto de la necesaria notificación del auto es indispensable determinar cuál es su valor y en caso de no notificación qué efectos se derivan de las pruebas obtenidas. Así en una sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1989 se hace mención a estos problemas (25). El caso concreto era una entrada con autorización judicial en unas dependencias donde se ejercía la prostitución, y la defensa argumentaba que el acto sólo les permitía entrar en las primeras dependencias del bar y no en las contiguas, y que no se había procedido a la notificación correcta del mismo, por lo que consideraban que las pruebas obtenidas no debían ser tenidas en cuenta. El Tribunal Supremo, sin embargo, manifestó que:

(24) Según ELENA JIMÉNEZ la resolución judicial no sólo ha de ser emitida por el juez competente sino que ha de ser motivada y por escrito. *Policía* núm. 54, febrero de 1990, pág. 55.

(25) STS de 27 de diciembre de 1989, FJ 2, *Rep. Aranzadi*, 9799.

«la notificación prevista en el artículo 566 no tiene el carácter formal de un acto procesal que confiere legitimidad a la entrada en el domicilio. Su incumplimiento, por tanto, no implica una vulneración de principios procesales que invaliden la prueba obtenida como si la entrada hubiera carecido de autorización judicial.»

Para entenderse los derechos fundamentales vulnerados debe haberse procedido de forma directa contra ellos, pero si el incumplimiento proviene respecto de normas cuya finalidad no es la protección de los derechos fundamentales sino informar sobre cual es el procedimiento legal que debe seguirse, ésto no va a suponer invalidez de la prueba. Así, pues la no notificación no supone vicio alguno para la prueba como sí lo sería la no obtención del mandamiento judicial. Esta autorización judicial no puede ser adoptada si no es respetando los derechos que la Constitución atribuye al titular del domicilio; inviolabilidad e intimidad. Por ello la sentencia del Tribunal Constitucional de 1989 indica que:

«La afectación del ámbito de la intimidad es posible sólo por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva atendidas las circunstancias del caso de trato degradante alguno.» (26).

3. *La noción de delito flagrante*

El tercer supuesto que contempla el artículo 18.2 de la CE para no ver afectado el derecho a la inviolabilidad del domicilio es el de flagrante delito. Por consiguiente es posible que se pueda proceder a la entrada en el domicilio sin consentimiento del titular ni mandamiento judicial que así lo autorice. Por flagrancia se entiende la evidencia de la comisión de un delito de

(26) STC 37/1989, FJ 7, BJC núm. 23.

(27) El artículo 779 ha sido reformado con arreglo a la LO 7/1988 de 28 de diciembre.

forma directa por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Un precepto antiguo de la LECrim, el 779 (27) hoy reformado, entendía por flagrancia aquella situación definida por la que se estuviese cometiendo o se acabara inmediatamente de cometer un delito, es decir, cuando al delincuente se le sorprende inmediatamente después de cometido el delito con efectos o instrumentos que infundan la sospecha de su participación en el delito. Por tanto su finalidad pura es evitar la consumación de los delitos que son descubiertos mientras se está cometiendo, y lograr la detención de aquellos delincuentes que son sorprendidos mediante la comisión de un delito o inmediatamente después de ser cometido.

En esta misma línea, el 553 de la LECrim autoriza a la policía, sin necesidad de mandamiento judicial, a efectuar la entrada y registro cuando exista mandamiento de prisión contra una persona en delitos flagrantes, o cuando, en persecución policial, el imputado se oculte o refugie en alguna casa. Se permite que la policía, cuando persigue a un delincuente, pueda efectuar la entrada, debiendo proceder a informar al juez inmediatamente. La policía habrá de levantar un atestado donde se indique la oportunidad de la medida adoptada, remitiéndose ésta al juez con los resultados obtenidos en el mismo.

Este tercer supuesto está recogido en numerosas sentencias entre ellas una sentencia de 16 de octubre de 1991 en la que se indican los elementos de delito flagrante (28):

«...hay que entender aquél que se está cometiendo de manera singularmente ostentosa o escandalosa, que hace necesaria la urgente intervención de alguien que termine con la situación análoga y grave a fin de que cese el delito... existe además una razón de urgencia también para capturar al delincuente. Así ocurre con los delitos de robo, incendio, daños, homicidios, lesiones, violaciones, etc..., pero no en los supuestos de delitos

(28) STS de 16 de octubre de 1991, FJ 1.

de consumación instantánea y efectos permanente, como lo son aquéllos que se cometen por la tenencia de objetos de tráfico prohibidos (drogas, armas, explosivos).»

Es importante destacar cómo para la entrada en domicilio en los supuestos de tráfico de drogas es necesaria la autorización judicial, pues el tribunal no entiende que éste sea asimilable al concepto de flagrancia.

En otro fundamento de la sentencia leemos:

«...Estos últimos delitos desde el momento que quedaron consumados por su tenencia ilegal, ya no requieren normalmente una intervención urgente de la policía, tan urgente que no pueda esperar el tiempo que se tarda en acudir al juzgado para obtener mandamiento judicial. Ante los indicios de lo anterior lo que debería hacer la policía es establecer la vigilancia necesaria para evitar la huida, en espera de autorización.»

Pero más concretamente el Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de marzo de 1990, indica que ha de entenderse por delito flagrante de acuerdo al artículo 18.2 de la CE y al 553 de la LECrim diciendo (29):

«el delito flagrante entendido de acuerdo con los anteriores preceptos consta de tres requisitos:

1. *Inmediatez temporal*: Que se esté cometiendo un delito o que haya sido cometido un instante antes.

2. *Inmediatez personal*: Consiste en que el delincuente se encuentra allí en ese momento en situación con relación al objeto o los instrumentos del delito que ello ofrezca una prueba de su participación en el hecho.

3. *Necesidad urgente*: De tal forma que la policía, por las circunstancias concurrentes en el caso concreto se vea impedida a intervenir inmediatamente con el doble fin de poner término a la situación del mal que la infracción penal acarrea y de conse-

(29) STS de 29 de marzo de 1990, *Rep. Aranzadi*, 2647, FJ 6.

guir la detención del autor de los hechos, necesidad que no existirá cuando la naturaleza de los hechos permite acudir a la autoridad judicial para obtener el mandamiento correspondiente.»

Es claro que los delitos contra la salud pública no cumplen los requisitos de la flagrancia, pues si se intenta perseguir a los traficantes y detenerlos con la droga estamos ante un delito de consumación instantánea, por ello, sería necesario proceder a la vigilancia del lugar del que se tenga conocimiento fundado para requerir al mandamiento de entrada y registro y no al revés, y en este sentido la misma sentencia del 16 de diciembre de 1991 se pronuncia (30):

«...el concepto de delito flagrante ha de ser objeto de interpretación restrictiva en aras del máximo respeto al derecho fundamental...»

En la sentencia del Tribunal Constitucional de 17-12-1987, ante un recurso presentado por los Parlamentos vasco y catalán contra la LO 9/1984 (relativa a terrorismo y bandas armadas), interesa, no obstante, traer los fundamentos jurídicos en base a los cuales en su día se declaró inconstitucional un determinado precepto de la ley (31):

«...El número 1 autoriza a los miembros y cuerpos de seguridad a proceder sin necesidad de previa autorización o mandamiento judicial a la inmediata detención... así como al registro de dichos lugares y a la ocupación de los efectos o instrumentos que en ellos se hallaren y que pudieran guardar relación con el delito. El número 2 del artículo exige una comunicación inmediata al juez competente de las causas del registro, sus circunstancias y su resultado. Se recurre, por un motivo, el que la intervención judicial, exigida del artículo 55.2 de la CE, en el caso de entrada o registro domiciliario, debería ser previa a dichas medidas de investigación. La inviolabilidad del domicilio es un derecho relativo y limitado en cuanto que la propia

(30) STS de 16 de octubre de 1991, FJ 1.

(31) *Cit.*, STC 199/1987 de 16 de diciembre.

Constitución autoriza su restricción, en supuestos contemplados por la ley, aunque exige, en principio, una decisión judicial al respecto salvo en los casos de flagrante delito... Debe tenerse en cuenta que en el caso de inviolabilidad del domicilio tienen razón los recurrentes cuando sostienen que la única intervención judicial efectiva en principio es aquella que se adopta antes de la penetración en el domicilio, y no evitaría en ningún caso el sacrificio del derecho fundamental, sino que a parte de la eventualidad responsabilidad disciplinaria o penal en caso de extralimitación manifiesta, sólo podría tener algún efecto en la legitimidad de las pruebas conseguidas en una penetración del domicilio que el juez posteriormente a su realización halla desautorizado. Sólo permite la entrada en un domicilio sin previa autorización judicial, para efectuar una inmediata detención y, con ocasión de ella, proceder al registro y ocupación de los instrumentos y efectos relacionados con las actividades terroristas. Se ha aplicado, así, la regla del artículo 553 de la LECrim, suponiendo el efecto de la suspensión del derecho al prescindir del requisito legal general del mandamiento judicial para proceder a una detención inmediata. Esta razón de inmediatez indica que la ley ha querido limitar esta posibilidad a supuestos excepcionales en los que en función de la inmediata detención se hace absolutamente imprescindible la adopción directa de la medida y en las que el mínimo retraso que supondría la intervención judicial haría inviable el éxito de la detención y el registro.»

La entrada en domicilio así, podría quedar suspendida o sacrificada cuando causas así reconocidas lo aconsejen, pero es necesario para ello que el fin social tenga una gran importancia en orden a conseguir un resultado deseable, no pudiendo cualquier motivo dar lugar a suspensiones de derechos fundamentales, como ocurre en el caso de los delitos del narcotráfico donde la vía más eficaz o deseable no pasa por restringir derechos fundamentales, pues si bien el fin social es loable, el método para conseguirlo no parece el más adecuado, a costa de cercenar el artículo 18.2 (32).

(32) De la misma opinión es MARGARITA RETUERTO BUADES en sus conclusiones definitivas del Informe sobre la Ley Orgánica de Protección de Seguridad Ciudadana, páginas finales.

Así, la sentencia del 17 de febrero de 1984 del Tribunal Constitucional reconoce que (33):

«Existen ciertamente fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos fundamentales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismo valores constitucionales reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución. Pero no ocurre esto en materia de inviolabilidad del domicilio, donde la Constitución no dice que deba de sacrificarse a cualquier fin social y únicamente menciona de modo expreso la presunción de un delito flagrante como causa bastante para el sacrificio del derecho. La inviolabilidad del domicilio definida por la regla primera del artículo 18.2 constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido para garantizar el ámbito de privacidad de ésta dentro del espacio limitado que la propia persona elija, y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las agresiones o invasiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública.»

En sentencia del Tribunal Constitucional del 18 de julio de 1991 se establece cuál ha de ser el significado del artículo 18.2 y su cumplimiento (34):

«La garantía judicial aparece así como un mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho, y no como en otras intervenciones judiciales previstas en la Constitución a reparar su violación cuando se produzca. La resolución judicial aparece, pues, como el método para decidir, en casos de colisión de valores e intereses, antes que se proceda a cualquier entrada o registro, y como condición ineludible para realizar éste, en ausencia del consentimiento del titular.»

Las medidas que sean necesarias en una sociedad democrática para restringir los derechos fundamentales implican una exigencia social imperiosa que no sea sólo meramente deseable

(33) *Cit.*, STC 22/1984 de 17 de febrero, FJ 6, BJC núm. 8.

(34) STC 160/1991 de 18 de julio, FJ 1, BJC núm. 29.

o conveniente como ocurre con los delitos de narcotráfico. Además todo este tipo de medidas han de ser tomadas de forma proporcionada a la legítima medida perseguida.

4. *La suspensión del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*

- a) La suspensión del artículo 55.1 de la CE, estado de excepción o de sitio

En estas dos situaciones, de estado de excepción o de sitio acordado por las instituciones de la nación, se limita entre otros este derecho fundamental. Se trata de la necesidad de suspensión de los derechos de los ciudadanos y una alteración de los poderes en favor del ejecutivo cuando se trate de circunstancias graves o excepcionales que alteren el orden público de una sociedad, y hagan necesaria la adopción de medidas rápidas modificando la estructura de los poderes en favor del Gobierno. Pero en todo caso se trata de medidas justificadas y que son reguladas en la LO/1984 de 26 de diciembre (35).

- b) La suspensión del artículo 55.2 de la CE (delitos de bandas armadas o elementos terroristas)

El artículo 55 permite que por LO fuese desarrollada dicha materia.

En un principio lo fue por una ley hoy derogada, la conocida Ley Antiterrorista (36). Posteriormente, otras dos leyes orgánicas han reformado lo referente a estos dos delitos en el có-

(35) Sobre estos temas en concreto puede consultarse el libro de PEDRO CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Editorial Tecnos, 1984.

(36) LO 9/1984 de 26 de diciembre, «BOE» de 16 de marzo, núm. 65.

digo penal y en la LECrim (37), de ahí la nueva redacción del 553 que fue objeto de reforma por la anteriormente citada LO 4 de 25 de mayo donde se indica que la policía además de delito flagrante o por mandamiento de prisión, puede, para detener a presuntos delincuentes relacionados con bandas o elementos terroristas, penetrar en el sitio donde se oculten o refugien esos sujetos, sea cual sea dicho lugar. Hay que matizar que la entrada sin mandamiento judicial en estos casos se debe a que su petición podría acarrear la no detención del presunto delincuente terrorista. De todas formas el control judicial será siempre a posteriori puesto que la policía que proceda a la detención ha de entregar informe sobre los motivos que le llevaron a tal medida y los resultados obtenidos al juez. Respecto de esta suspensión del Tribunal Constitucional ha establecido, en sentencia de fecha del 16 de diciembre de 1987 (38), que hay ocasiones donde los derechos fundamentales han de ceder por especiales circunstancias y por otros bienes jurídicos que sopesados son éstos, se hace necesario suspender, y así:

«La habilitación conferida por el artículo 55.2, para establecer un régimen específico de suspensión de determinados derechos fundamentales con la finalidad de facilitar las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, demuestra, el reconocimiento exconstitucional de la razonabilidad y no arbitrariedad de la existencia de esa diferenciación de trato respecto del goce de determinados derechos constitucionales en ciertas situaciones, cuando se trata de facilitar la investigación de unos delitos de especial gravedad en relación con la vida privada e integridad física de las personas y de especial transcendencia para la subsistencia del orden democrático constitucional.»

(37) Leyes Orgánicas 3 y 4 de 25 de mayo de 1988.

(38) STC 199/1987 del 16 de diciembre, FJ 3, BJC núm. 19.

c) Estado de necesidad o fuerza mayor

También cede a la necesidad de consentimiento o mandamiento judicial cuando nos encontremos ante una situación de necesidad o fuerza mayor, por tanto en caso de auxilio inmediato, solicitando o no, de riesgos para la vida o seguridad para las personas o de otros supuestos análogos, la entrada, tanto de agentes de la autoridad como de los particulares, no puede considerarse una vulneración de la inviolabilidad de domicilio, de la que es prueba evidente el que semejante actuación está expresamente exenta por la legislación penal de los delitos que protegen dicha inviolabilidad.

Es necesario destacar que la lista de excepciones a la inviolabilidad del domicilio, no es una lista exhaustiva, sino que habrá supuestos, como los del estado de necesidad y fuerza mayor que tendremos que incluir (39).

D) EL ARTÍCULO 21.2 DE LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE LA LEY DE SEGURIDAD CIUDADANA

1. *Legislación relacionada al supuesto*

Para examinar el problema planteado por el cambio que supone la LOPSC (40), concretamente en su artículo 21.2, es necesario hacer mención, no sólo del ya mencionado artículo 18.2 CE, sino de otros que mantienen una estrecha relación. Este es el caso del artículo 545 de la LECrim que nos indica:

«nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residentes en España sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstas en las leyes.»

(39) EDUARDO ESPÍN, *Los derechos de la esfera personal*, pág. 189.

(40) Ley Orgánica de 21 de febrero sobre Seguridad Ciudadana de 1992, «BOE» de 22 de febrero de 1992, núm. 46.

Otros artículos relativos al tema son los ya comentados 553, donde se refiere al flagrante delito, y también los supuestos de suspensión en los casos del artículo 55.1 y 55.2.

Pero todos estos preceptos que tienden a proteger un derecho fundamental (inviolabilidad del domicilio) y a recoger las excepciones al mismo y las garantías procesales para su aplicación, se ven restringidos por el artículo 21 de la LOPSC:

«1. Los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad podrán proceder a la entrada y registro en domicilio en los casos permitidos por la Constitución y en los términos que fijen las leyes.

2. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, será causa legítima para la entrada y registro en domicilio, por delito flagrante en 'conocimiento fundado' por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleven a la total constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer en algunos de los delitos que en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas castiga el Código penal, siempre que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación de la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito.

3. ...

4. ...cuando por las causas previstas en el presente artículo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad entrasen en un domicilio, remitirán sin dilación el acta o atestado que redacten a la autoridad.»

El término «conocimiento fundado» puede dar lugar a la entrada sin que sea necesaria la autorización judicial y contra el consentimiento del interesado.

Habremos de estudiar por tanto qué significado tiene el conocimiento fundado, y si los delitos de drogas, entran dentro del concepto de flagrancia, puesto que las circunstancias que pueden dar lugar a la entrada están recogidos taxativamente y

esta nueva ampliación no se encuentra entre las excepciones analizadas.

2. *El análisis jurisprudencial del aspecto problemático del 21.2 de la LOPSC: «El conocimiento fundado»*

A continuación se procederá a analizar el concepto ampliado de flagrancia del artículo 21.2 en la jurisprudencia para llegar a la conclusión de su incompatibilidad con la inviolabilidad del domicilio del 18.2.

Para Margarita Retuerto en el artículo 21.2 existen tres puntos conflictivos y de dudosa constitucionalidad (41):

1. Es la ley la que establece los términos en que procede la entrada en domicilio.
2. Se equipara al delito flagrante el conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que les lleve, a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas castiga el Código penal.
3. Se dulcifica la medida mediante la obligación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de remitir un acta para el posterior control judicial.

Esto supone que un policía con conocimiento fundado de que se está cometiendo o se acaba de cometer un delito sobre drogas, puede intervenir con un margen discrecional amplio y entrar en un domicilio para impedir que se consuma o retenga los instrumentos de comisión del delito. En ocasiones, el conocimiento fundado de esta forma entendida puede dar lugar a

(41) MARGARITA RETUERTO BUADES, adjunta primera al Defensor del Pueblo, *Conclusiones definitivas del informe sobre la LOPSC*.

que, sin mandamiento, se entre en unas dependencias y no sea correcto el conocimiento fundado que puede estar fundamentado sólo en simples indicios, vulnerando el derecho fundamental del artículo 18.2.

Las posibilidades de admitir la entrada en domicilio es incluirla dentro de los supuestos que hemos estudiado en el artículo 18.2, el artículo 55.1 y 2 y el estado de necesidad permiten. Por otro lado es necesario precisar que el artículo 21.2 sólo va a afectar a uno de los supuestos de excepcionalidad del artículo 18.2, en concreto al delito flagrante.

El artículo 553 al que ya se ha hecho referencia, redactado conforme a la LO 4/1988 recoge la entrada en domicilio, por los agentes cuando se ha sorprendido en delito flagrante. La asimilación del 21.1 al delito flagrante que se hace, nos lleva en primer lugar a analizar la base jurisprudencial donde se examina cuando estamos ante un supuesto de flagrancia o de conocimiento fundado, en el supuesto recogido en la LOPSC sobre tráfico de drogas.

Así, en el examen de una sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 1988 (42), vemos cual es la conclusión a la que llegó el Tribunal al definir el concepto de flagrancia en relación con el tráfico de drogas. Si este mismo caso se hubiese planteado después de la LOPSC, quizá su resultado no hubiese sido el mismo. En primera instancia se condenó a una persona a un delito contra la salud pública y posteriormente el Tribunal Supremo va a estimar la doctrina de inviolabilidad del domicilio y delito flagrante absolviéndole del delito contra la salud pública y admitiendo el recurso presentado en tales terminos:

«...el tema es establecer la legitimidad de entrada y registro de un domicilio si sirve como base para la acusación y condena... si el efectuado por la Guardia Civil puede dar lugar a que se condene por delito de tráfico de drogas.

(42) STS de 13 de septiembre de 1988, FJ 1, *Rep. Aranzadi*, 6750.

A la diligencia de entrada, ha de preceder por mandato constitucional (art. 18), resolución judicial motivada autorizándola, al restringirse con ella el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y dicha actuación excepcional, tiene como objetivo practicar la detención del imputado o asegurar el cuerpo del delito. Más excepcionalmente, la policía, sin necesidad de mandamiento judicial puede practicar la entrada y registro cuando exista un mandamiento de prisión (y por consiguiente orden de búsqueda y captura), en los casos de delito flagrante conforme al artículo 779.1 y 2 cuando en una persecución policial el inculpado se oculta o refugia en casa. En todo caso es necesaria la presencia de dos testigos, de acuerdo con el artículo 569.4 de la LECrim. Veamos en primer lugar si se estaba en presencia de un delito flagrante. El artículo 779 da una definición de flagrancia. El delito que se estuviera cometiendo o se acabara de cometer cuando el delincuente o delincuentes fueran sorprendidos, interpretación auténtica que se complementa con las aclaraciones que, inmediatamente, después hace el legislador. En cualquier caso este precepto, como cualquier otro restrictivo de derechos fundamentales ha de interpretarse en función del principio de proporcionalidad y en favor del inculpado y en este supuesto no cabe, en los términos ya expuestos afirmar de manera inequívoca la flagrancia.»

En este caso además se producen errores procesales que justifican la absolución: 1.º teniendo conocimiento días antes de la comisión del delito de tráfico de drogas no se consultó con la autoridad judicial; 2.º no se produce el registro con la presencia del secretario ni de los testigos pertinentes; 3.º las personas que supuestamente subieron a comprar la droga no fueron interrogados y 4.º el registro de la interesada se produjo por la mujer de uno de los policías. Todas estas irregularidades son las que dan lugar a que el Tribunal se pronuncia en *la forma en que lo hizo*:

«las medidas y exigencias procesales que nacen de la Constitución y tienen su reflejo en las leyes procesales no garantizan la Justicia de la decisión acusada, pero son reflejo de requisitos indispensables para que cumplidos tales mandatos la condena pueda revestir los caracteres de fundada en derecho.»

Así un defecto de forma puede dar lugar a que no se entre sobre el fondo del asunto. Si bien es claro que se cometía un delito contra la salud pública, la actuación de la policía de forma arbitraria, hace que se persiga los delitos de forma más rápida, pero, deja sin castigar esta actividad, por defectos procesales. Pero esta sentencia que en cualquier caso es acertada por la necesaria presunción de inocencia del artículo 24.1 de la Constitución española cambiaría con la nueva regulación, pues de lo que se habla en la LOPSC es de una asimilación del delito contra la salud pública, en el supuesto de delito flagrante, pues si bien con ello se busca la eficacia en la persecución de delitos, ello no se puede hacer sobre la petrificación de los derechos fundamentales al producirse la asimilación del conocimiento fundado al delito flagrante. Asimilación que no es tal según el Tribunal Supremo, pues sino estaríamos hablando sólo de delito flagrante (43). Cualquier incidencia en un derecho fundamental bajo la regulación legal contiene dos presupuestos: 1. ha de estar justificado razonadamente y 2. no podrá rebasar el contenido esencial. Como escribe IGNACIO DE OTTO (44), una limitación del derecho fundamental sólo es constitucionalmente admisible si está constitucionalmente justificada y además no afecta al contenido esencial del derecho. Por ello la justificación del artículo 21.2 de la LOPSC que puede ser constitucional (el bien jurídico protegido es la salud pública frente a los delitos de tráfico de drogas) traspasa su contenido esencial, pues los límites a la inviolabilidad del domicilio están definidos ya en el 18.2 y en el caso concreto del delito flagrante se trata de un concepto que según hemos visto, ya lo ha definido claramente el Tribunal Supremo.

(43) Para FÉLIX JODRA el delito de tráfico de drogas al que se asimila el conocimiento fundado, para entrar en un domicilio lleva incorporado los factores de certeza que lo sitúan como excepción frente al principio general de existencia del mandamiento judicial. «Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana», *Ciencia Policial*, núm. 17, 1992.

(44) DE OTTO Y PARDO, IGNACIO, «Derechos fundamentales y Constitución», *Cuaderno Civitas*, 1988, pág. 132.

En esta misma línea se pronuncia otra sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1986 (45):

«Para que la vulneración del artículo 18 pueda entenderse producida será preciso que no concurra alguno de los condicionamientos del derecho al que el precepto se contrae, los cuales se comprendían en el consentimiento del titular que no necesita ser expreso, la autorización que autorice la entrada o registro, el caso de delito flagrante y las hipótesis que generan las causas de justificación.» (46)

ANEXO

Dado que el artículo fue escrito con varios meses de antelación, a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Protección de Seguridad Ciudadana, conviene analizar su jurisprudencia sobre todo no sólo para completar lo redactado, sino para confirmar la línea doctrinal que de modo descriptivo se ha hecho en este artículo.

En la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de noviembre de 1993, el análisis de la misma vendrá centrado en ausencia en relación a la inviolabilidad del domicilio (47).

Tres son las consideraciones a estudiar por la sentencia. En primer lugar sobre si el legislador puede llevar a cabo una definición del concepto constitucional de flagrante delito. En segundo lugar si existe adecuación o no con el concepto de flagrancia del 18.2, y en último lugar si es posible determinar el

(45) STS de 19 de diciembre de 1986, FJ 3.

(46) GONZÁLEZ TREVIJANO afirma que en la inviolabilidad del domicilio no caben más excepciones que las del artículo 18.2 de la CE y no es jurídicamente correcto defender una noción de flagrancia más amplia que la mantenida jurisprudencialmente rechazando el análisis comparativo con el derecho europeo, pues tal comparación sólo es posible en los términos de nuestro texto constitucional. «La inviolabilidad del domicilio», *Temas clave de la Constitución Española*, Editorial Tecnos, 1992.

(47) STC 341/1993, de 18 de noviembre, publicada en el «BOE», de 10 de diciembre de 1993. En especial, FJ 8.

artículo 21.2 de la LOPSC con carácter excepcional para determinados delitos.

En el análisis del primer supuesto señala el Tribunal Constitucional, que no está vedada a la ley desarrollar el contenido de lo que deba entenderse por delito flagrante a los efectos de la entrada en domicilio sin autorización judicial. El objetivo no es otro que alcanzar una mayor seguridad jurídica para la aplicación del precepto. Pero el legislador no actúa aquí para definir el único sentido de la norma, o dictando una norma meramente interpretativa sino el de formalizar en su norma el sentido de un concepto presente. Tal labor legislativa viene según el Tribunal Constitucional a estimarse como necesaria a fin de asegurarse una identificación segura de la hipótesis en la cual será legítima la entrada forzosa en el domicilio por delito flagrante. Por ello cualquier reproche de inconstitucionalidad vendrá no por la creación de la norma, sino en su contenido.

Ello es lo que da paso al Tribunal Constitucional para examinar el contenido del 21.2 de la LOPSC y su adecuación o no con el 18.2 de la CE. En primer lugar se reconoce la arraigada imagen de la flagrancia con una situación fáctica en la que el delincuente es sorprendido en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la percepción del delito, connotaciones que para el Tribunal Constitucional están presentes en el concepto del 18.2. La previa intervención judicial ha sido excepcionada por la Constitución con rigor a través de la noción de flagrante delito, que no puede entenderse, por ello, a los fines del artículo 18.2, como la situación fáctica en la que queda excusada aquella autorización judicial, precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia y exige de manera inexcusable una inmediata intervención. La Constitución no atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para que sustituyan con la suya propia la valoración judicial a fin de acordar la entrada en domicilio, sino que ha considerado una hipótesis excepcional en la que, por las circunstancias en las que se muestra el delito, se justifica la inmediata intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Los conceptos empleados por el legislador como conocimiento fundado o constancia, no integran para el Tribunal Constitucional, un conocimiento o percepción evidente, nuclear a la situación de flagrancia. Al utilizar tales términos el precepto permite entradas y registros domiciliarios basados en conjeturas o sospechas que nunca, por sí mismas, bastarían para configurar una situación de flagrancia. Por ello concluye el Tribunal Constitucional, en el análisis de la segunda cuestión, que la persecución del delito no puede imponerse, sin embargo, a costa de los derechos y libertades fundamentales. La delimitación del 21.2 de la LOPSC por lo que respecta al 18.2 es inconstitucional.

En su análisis de la tercera cuestión, sobre la excepcionalidad dada al 21.1 para determinados delitos, el Tribunal Constitucional, afirma que el 18.2 de la CE tiene un alcance general y no ha diferenciado aquí entre unos u otros tipos de delitos. La Constitución no ha singularizado supuesto delictivo alguno para aplicarle o permitir que le sea aplicado, un concepto *ad hoc*, de flagrancia. Concluye en último lugar para decir que el artículo 21.1 de la LOPSC no es en suma contrario a la Constitución en lo que tiene de intento de descripción de la flagrancia para determinados tipos delictivos, sino por su parcial inadecuación, ya vista, al concepto mismo de flagrante delito presente, en el artículo 18.2 de la CE.