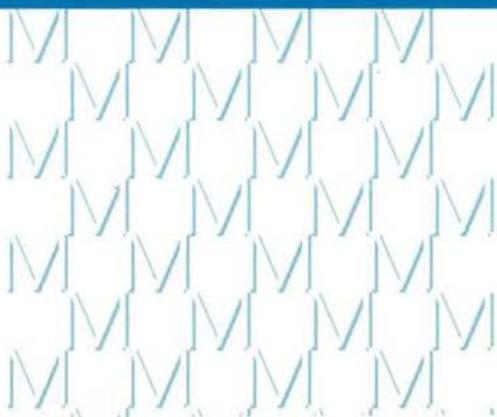


Francisco Javier Matia Portilla

El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio



Monografía



FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA

Profesor de Derecho Constitucional.
Universidad de Valladolid

El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio

Prólogo de
Paloma Biglino Campos
Catedrática de Derecho Constitucional.
Universidad de Valladolid

Monografía



Madrid, 1997

McGraw-Hill

MADRID • BUENOS AIRES • CARACAS • GUATEMALA • LISBOA • MÉXICO
NUEVA YORK • PANAMÁ • SAN JUAN • SANTAFÉ DE BOGOTÁ • SANTIAGO • SÃO PAULO
AUCKLAND • HAMBURGO • LONDRES • MILÁN • MONTREAL • NUEVA DELHI • PARÍS
SAN FRANCISCO • SIDNEY • SINGAPUR • ST. LOUIS • TOKIO • TORONTO

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

DERECHOS RESERVADOS © 1997, respecto a la primera edición en español por
McGRAW-HILL/INTERAMERICANA DE ESPAÑA, S. A. U.
Edificio Valrealty, 1.ª planta
Basauri, 17
28023 Aravaca (Madrid)

ISBN: 84-481-1126-5
Depósito legal: M. 20.242-1997

Editora: Elena Argüello
Diseño de cubierta: Estudio F. Piñuela, S. L.
Compuesto en: Fernández Ciudad, S. L.
Impreso en: Cobra, S. L.

IMPRESO EN ESPAÑA - PRINTED IN SPAIN

PARTE SEGUNDA

**LA VERTIENTE DINÁMICA
DEL DERECHO FUNDAMENTAL**

EL DELITO FLAGRANTE

1. UNA PARTICULARIDAD DE LA HISTORIA CONSTITUCIONAL Y LEGAL ESPAÑOLA: LA RELACIÓN ENTRE LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO Y EL DELITO FLAGRANTE

El artículo 18.2 CE señala que ninguna entrada o registro puede realizarse en el domicilio sin consentimiento o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. La existencia de delito flagrante exime a la persona que penetra en domicilio ajeno de la previa obtención de la resolución judicial constitucionalmente prevista. El delito flagrante excepciona así no tanto el derecho, como la resolución judicial (que se configura, así, como el verdadero contenido del derecho¹).

Ahora bien, la Constitución no es, en este punto, como en tantos otros, excesivamente explícita. Así, el artículo 18.2 CE no define qué debe entenderse por delito flagrante o, lo que es lo mismo, no aclara cuando concurre tal supuesto fáctico que permite la realización de entradas domiciliarias al margen de toda intervención judicial previa. Sólo tras aclarar la función constitucional que en relación con la inviolabilidad del domicilio tiene el delito flagrante se podrán plantear y, en su caso, resolver otros interrogantes más concretos, como son el de su virtualidad respecto de domicilios ajenos al del presunto delincuente, o su posible aplicación a detenciones realizadas por particulares.

Hasta fechas recientes no ha existido preocupación doctrinal ni jurisprudencial que tratara de delimitar la noción constitucional de delito flagrante. Sin embargo, esta situación ha cambiado radicalmente con la presentación del Anteproyecto de Ley Orgánica sobre Seguridad

¹ Idea ya apuntada por el autor de estas líneas en *Delito...*, pág. 216.

Ciudadana por parte del Gobierno, con su posterior tramitación parlamentaria (que culminó con la aprobación de la LO 1/1992, de 21 de febrero) y entrada en vigor, y con la Sentencia TC 341/1993, que declaró inconstitucional el artículo 21.2 LOPSC. Desde este momento son imprescindibles herramientas de trabajo la importante Sentencia citada y los numerosos y, en ocasiones, brillantes trabajos doctrinales dedicados al citado precepto legal y/o a la citada resolución del Tribunal Constitucional que lo declaró inconstitucional.

El análisis propuesto debe partir, en todo caso, del examen del concepto constitucional de delito flagrante. Para determinar tal concepto puede ser útil recordar, en primer lugar, las razones por las que el constituyente previó tal salvedad en el artículo 18.2 CE.

No es difícil determinar cómo se introdujo en el procedimiento de elaboración del precepto constitucional la alusión al delito flagrante. Tal alusión tiene su origen en la Enmienda presentada por Jesús Sancho Rof al precepto que disciplinaba la inviolabilidad del domicilio en el Anteproyecto constitucional², que señalaba, en ese momento, que «el domicilio es inviolable. Ninguna investigación domiciliaria podrá realizarse sin mandato judicial». El Diputado centrista solicita la inclusión de una coletilla al fin del precepto citado, que señalara «salvo en los casos de evidente urgencia o por flagrante delito según establezcan las leyes».

El Diputado motiva su enmienda en que le parece excesiva la prohibición contenida en la Constitución. Y ello por dos motivos: «por un lado, la investigación domiciliaria puede realizarse con el consentimiento del propietario u ocupante, y las leyes pueden prever, por otro lado, el hecho, por otra parte natural, de la urgencia o flagrante delito (intento de suicidio, encierro en un edificio de maleantes armados perseguidos, etc.)»³.

La ponencia acepta, entre otras, la citada Enmienda y, en lo que ahora interesa, alude a que las investigaciones deberán realizarse con mandamiento judicial, salvo en el caso de flagrante delito⁴. Aunque la fisonomía de la regulación constitucional de la inviolabilidad del domicilio va a variar en varias ocasiones, se mantendrá, finalmente, como es sabido, la alusión al flagrante delito (que, debe recordarse,

² Es la Enmienda número 715, que puede consultarse en SAINZ MORENO, F. (ed.): *Constitución...*, I, pág. 442.

³ *Idem*.

⁴ *Vid., ibidem*, pág. 517.

excepciona, en la redacción final, la resolución judicial, noción más amplia que la del mandamiento judicial).

No es sorprendente que el artículo 18.2 CE aluda al delito flagrante. Y ello por una razón: la vinculación entre inviolabilidad del domicilio y delito flagrante no es novedosa en nuestra historia constitucional. Así, de un lado, debe recordarse que tal vinculación ya se establecía en el Proyecto de Ley sobre la Seguridad de las Personas, que propugnara J. Bravo Murillo en 1852, en el que se indicaba que «para entrar en el domicilio de cualquier español se necesita, salvo el caso de flagrante delito, obtener el permiso del dueño, o en su defecto, que dos vecinos del mismo barrio acompañen al funcionario o agente de la autoridad»⁵.

También se anuda el delito flagrante a la formulación constitucional de la inviolabilidad del domicilio de 1869 (por lo demás, una de las más garantistas de nuestra historia constitucional en este punto). En efecto, el artículo 5 (*in fine*) de la Constitución de 1869 señala que «cuando un delincuente hallado *in fraganti* y perseguido por la Autoridad o sus Agentes se refugiare en su domicilio, podrán éstos penetrar en él sólo para el acto de la aprehensión»⁶. Exactamente la misma formulación se reproducirá en el Proyecto de Constitución Federal de la República Española, de 17 de julio de 1873⁷.

Podrá argüirse, sin embargo, que tal vinculación constitucional entre la inviolabilidad del domicilio y el delito flagrante tiene un contenido marcadamente diferente en la Constitución de 1869 (único texto constitucional finalmente aprobado de los citados) y en la vigente de 1978, por la naturaleza normativa de ésta última, de la que aquélla carece. Tal crítica debe ser, sin embargo, matizada. Puesto que, si bien es cierto que las Constituciones españolas decimonónicas no son consideradas normativas en nuestro país, no lo es menos que la cuestión se desplaza, en tal contexto, a la legislación ordinaria; y en la

⁵ Artículo 2. *Vid.*, sobre este punto, BRAVO MURILLO, J.: *Opúsculos IV: El proyecto de reforma de 1852*. Madrid, 1865, págs. 413-415.

⁶ El precepto es desarrollado, en lo que aquí interesa, por el artículo 10 *in fine* de la Ley de Orden Público de 23 de abril de 1870, que señala que «cuando un delincuente contra el orden público fuere sorprendido *in fraganti* y, perseguido por la Autoridad civil o sus subordinados o dependientes, se refugiase en su propio domicilio o en el ajeno, podrán éstos penetrar en él, pero sólo para el efecto de la aprehensión». Este párrafo se incluye, también, en el artículo 12 del Anteproyecto de Ley de Orden Público de 1929 y es precedente de los artículos 16.2 de la Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933 y 11.2 de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959.

⁷ Artículo 7.

legislación ordinaria la conexión entre inviolabilidad del domicilio y el delito flagrante es, si cabe, más evidente.

En efecto, el artículo 553 LECr, en su redacción original (debida al Real Decreto de 14 septiembre de 1882), señala que «los Agentes de Policía podrán asimismo proceder de propia autoridad al registro de un lugar habitado, cuando haya mandamiento de prisión contra una persona y traten de llevar a efecto su captura, cuando un individuo sea sorprendido en flagrante delito; o cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la Autoridad, se oculte o refugie en alguna casa».

Debe hacerse notar que el citado precepto no ha sido modificado hasta 1988⁸, y que, además, no parece haber suscitado dudas acerca de su compatibilidad con los textos constitucionales vigentes durante su larga existencia⁹.

⁸ Vid. la LO 4/1988, de 25 de mayo. FRANCO ARIAS ha señalado que el artículo 553 no permite las entradas policiales en aquellos locales especialmente protegidos por la ley (Cámaras Legislativas, Palacios Reales,...) ya que, de admitirse la legitimidad de tales entradas, se daría el absurdo lógico de que, mientras la autoridad judicial necesita siempre autorización previa, la policía podría desconocerla [LLOR BLEDA, J.: «Artículo 553», en CABEDO NEBOT (coord.): *Ley de Enjuiciamiento Criminal. Comentarios y Jurisprudencia*. Madrid, 1990, pág. 827].

En general sobre el artículo 553 LECr en su primitiva redacción, *vid.*, por todos, AGUILERA DE PAZ, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal V*, 2.ª ed. Madrid, 1924, págs. 309-319; VIADA LÓPEZ-PUICGCERVER: *Curso de Derecho Procesal Penal II*. Madrid, 1962, págs. 129-134 y GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCÉ QUEMADA, V.: *Derecho...*, págs. 162-166. Sobre el artículo 553 LECr en su actual redacción, *vid.*, por todos, LLOR BLEDA, J.: *Artículo...*, pág. 825-827.

⁹ Nos referimos a los de 1876, 1931 y 1978. Se omite, por motivos obvios, toda referencia al artículo 15 FE (1945), en el que se permite la realización de entradas domiciliarias basadas en mandamientos dictados por la Autoridad competente, en los casos y en la forma legalmente establecidos. Dado el escaso contenido del derecho (al que debe sumarse, además, la nula garantía del mismo), es claro que éste es materialmente compatible con el artículo 553 LECr.

La compatibilidad de los artículos 6 de la Constitución de 1876 y el artículo 553 LECr no presenta mayores problemas. El citado artículo constitucional se limita a señalar que «nadie podrá entrar en el domicilio de ningún español, o extranjero residente en España, sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes». Y es claro que el artículo 553 LECr respeta la garantía legal, prevista en el precepto constitucional.

Es más discutible la conciliación del artículo 553 LECr con el artículo 31 de la Constitución de 1931, en el que se afirma que nadie podrá entrar en un domicilio sino en virtud de mandamiento de Juez competente. En todo caso, es, quizás, conveniente, realizar dos observaciones en relación con la Constitución de 1931. La primera es que el artículo 15 del Anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora de la Constitución de la República española contemplaba la remisión a la ley cuando la entrada domiciliaria se realizara en casos de urgencia o necesidad, aunque tal remisión no se recogiera, finalmente, en el artículo 31 de la Constitución. La segunda es que la presencia judicial en la

Esta vinculación entre inviolabilidad del domicilio y delito flagrante no es, en principio, común a otros ordenamientos. No aluden así, *explícitamente*, al delito flagrante los artículos 13 LFB y 14 CI, que reconocen la inviolabilidad del domicilio, ni el artículo 66 CF, que garantiza la libertad individual.

Como es sabido, las formulaciones constitucionales alemana e italiana de la inviolabilidad del domicilio contemplan posibles intromisiones domiciliarias sin previa resolución judicial. Así, la Constitución alemana permite que el registro (*Durchsuchungen*) cuya realización sea peligroso demorar sea ordenado por los órganos legalmente establecidos, y esta idea se desarrolla en el artículo 105 del CPPA. Con ello pretende evitarse el oscurecimiento de pruebas que la demora en el registro podría provocar¹⁰. También contempla el establecimiento de otras intervenciones en el derecho fundamental con el fin de prevenir un peligro común o de muerte para personas determinadas, o de salvaguardar la seguridad y el orden público (especialmente, para subsanar la escasez de viviendas, combatir el riesgo de epidemias y proteger a los menores en peligro).

Por su parte, el artículo 14 CI asimila para la inviolabilidad del domicilio el régimen de garantías, pero también de los límites, de la libertad personal (artículo 13 CI). Así, dejando de lado que el mismo artículo 14 CI contempla la emisión de leyes especiales sobre las comprobaciones e inspecciones por motivos de sanidad y salubridad públicas o con fines económicos o fiscales, debe señalarse que es posible que las autoridades de seguridad pública adopten, en casos excepcionales de necesidad y urgencia, medidas provisionales y limitadoras del derecho fundamental que deben ser posteriormente convalidadas judicialmente (artículo 13.3 CI).

Es pacífica la doctrina y jurisprudencia constitucional que mantiene que, en caso de delito flagrante, tales motivos de necesidad y urgencia concurren y justifican la realización de entradas domiciliarias practicadas al margen de toda intervención judicial previa¹¹. La habilitación legal se recogía ya en el artículo 224 del Viejo Código Procesal Criminal italiano de 1930 y la cuestión ha sido retomada en el

realización de entradas domiciliarias ya se había previsto en el Anteproyecto de Constitución de la Monarquía española, de 1929 (artículo 23).

¹⁰ LORCA MARTÍNEZ, J.: *Una aproximación...*, pág. 2.

¹¹ En el plano doctrinal, *vid.*, por todos, CUOCOLO, F.: *Istituzioni...*, págs. 615 y 631 (en relación con los artículos 13 LFB y 14 CI, respectivamente); BARILE, P. y CHELI, E.: *Domicilio...*, pág. 868 y PACE, A.: *Problematica...*, pág. 232; en el jurisprudencial, *vid.*, la citada Sentencia TCI 56/1973/6 (*obiter dicta*), págs. 761-762. *Vid.*, también, MORTATI, C.: *La riforma...*, págs. 626-628.

Código Procesal Criminal de 1988, que indica que «en caso de delito flagrante o en caso de evasión, los oficiales de policía judicial realizarán registros personales o de lugares cuanto tengan motivo fundado para considerar que la persona que oculte cosas o huellas relativas al delito, que puedan perderse o destruirse siempre que tales cosas o huellas se encuentren en un determinado lugar o que allí se encuentre la persona sometida a las investigaciones o el evadido»¹².

La Constitución francesa, como se recordará, indica que la autoridad judicial es garante de la libertad individual, en las condiciones previstas en la ley (artículo 66). El tenor literal del precepto constitucional no excluye la eventual legitimidad de una intervención judicial respecto de la libertad individual (y, por ende, de la inviolabilidad del domicilio) realizada con posterioridad a la entrada. En concreto, el artículo 56 CICF habilita a los oficiales de policía judicial para la realización, por su propia autoridad, de registros domiciliarios en caso de delito flagrante¹³.

En fin, como es sabido, la IV Enmienda de los Estados Unidos exige que cada intromisión en el domicilio se vea justificada en un motivo verosímil (*probable cause*). Como ya se ha señalado, el Tribunal Supremo es partidario de que, con carácter general, las entradas domiciliarias se vean precedidas de un mandamiento judicial¹⁴. No obstante, en determinadas circunstancias no parece necesario que se de tal mandamiento. Así, por ejemplo, se entiende que toda orden judicial de arresto cubre toda entrada domiciliaria realizada en los loca-

¹² Artículo 352.1 CPCI.

¹³ El Tribunal de Casación Criminal, en su Sentencia de 5 de octubre de 1976, ha entendido que es lícito el registro efectuado en el domicilio de una persona, sospechosa de un robo, sin su consentimiento (Bull.Crim. n.º 278). Los registros ordinarios vinculados con el proceso penal se regulan en el artículo 76 CICF. Igualmente se permite al Procurador dictar órdenes de arresto en caso de delito flagrante (LUCHAIRE, F.: *La protection...*, pág. 384). Aunque en este trabajo se ha mantenido que los vehículos de motor no destinados a habitación no son domicilios constitucionales, los poderes policiales de registro en vehículos en el procedimiento de delito flagrante han sido doctrinalmente discutidos. *Vid.*, así, RIVERO, J.: *Liberté...*, págs. 75-80 y KAYSER, P.: *La protection...*, pág. 383. *Vid.*, también, respecto del delito flagrante y los registros domiciliarios, RIVERO, J.: *Les libertés...*, pág. 69.

¹⁴ *Vid.* el subepígrafe «La reacción doctrinal: la inviolabilidad del domicilio y la ejecutoriedad de los actos administrativos», *supra*, en el capítulo dedicado, en la segunda parte de este trabajo, a la resolución judicial. Un resumen de la cuestión en el Derecho americano es el de JESÚS FERNÁNDEZ ENTRALGO («*Pase sin llamar...*! El artículo 21.2 de la Ley Orgánica 1/1992», en AA.VV.: *Seguridad Ciudadana. Materiales de reflexión crítica sobre la Ley Corcuera*. Valladolid, 1993, págs. 36-38).

les en los que vive la persona que debe ser detenida¹⁵, pero no en locales de terceros¹⁶.

Es interesante examinar si entre tales circunstancias que justifican la ausencia de una previa autorización judicial, se encuentra la de que un policía pueda penetrar en un local residencial para arrestar a alguien por un delito cometido en su presencia¹⁷. La cuestión no es, en absoluto, novedosa. Ya en la Sentencia McBride v. US¹⁸ (1922) se señalaba que cuando un oficial conoce sensorialmente que un crimen está siendo cometido en su presencia, está habilitado para entrar en el edificio o el local para acabar con el delito, arrestar a quién lo esté cometiendo e intervenir los efectos o instrumentos empleados en su ejecución¹⁹.

El Tribunal Supremo rechaza, posteriormente, la regla de que un oficial pueda entrar en un edificio cuando uno de sus sentidos le advierte de la comisión de un delito²⁰. El Tribunal entiende que para que se realice tal entrada deben darse circunstancias excepcionales o justificarse en razones constringentes. Sin embargo, el Tribunal Supremo va a restablecer, posteriormente, en su Sentencia US v. Santana²¹, la regla de que es constitucional la entrada domiciliaria realizada por

¹⁵ Sentencia TSEEUU Payton v. NY, 445 US 573 (1980). Los hechos que dan lugar a la Sentencia son los siguientes: la policía tiene motivos verosímiles para creer que Theodore Payton ha asesinado al encargado de una gasolinera. Seis agentes van a detenerle; golpean su puerta y, pese a haber luces en la casa y oírse música dentro, nadie responde a sus llamadas. Media hora después entran y, aunque la casa está vacía, ven, a simple vista (*in plain view*), un revolver (que es usado, en el proceso posterior, como prueba). Precisamente Th. Payton pretende suprimir esta evidencia. El Tribunal estima que sí ha existido violación de la IV Enmienda, con el disenso de algunos jueces, partidarios de mantener la validez de las pruebas [los hechos se resumen de SALTZBURG, S. A.: *American...* (1984), pág. 151; y un extracto de la Sentencia se puede consultar, como ya se ha indicado en otro lugar de este trabajo, en ALLEN, R. J. y KUHNS, R. B.: *Constitutional...* (1985), págs. 577-583, con nota en págs. 583-595]. *Vid.*, también, ISRAEL, J. H. y LAFAYE, W. R.: *Criminal...* (1988), pág. 101.

¹⁶ Sentencia TSEEUU Steagald v. US, 451 US 204 (1981). *Vid.*, ALLEN, R. J. y KUHNS, R. B.: *Constitutional...* (1985), págs. 589-591; ISRAEL, J. H. y LAFAYE, W. R.: *Criminal...* (1988), pág. 101, y SALTZBURG, S. A.: *American...* (1984), pág. 152.

¹⁷ En sentido afirmativo, ISRAEL, J. H. y LAFAYE, W. R.: *Criminal...* (1988), ág. 91.

¹⁸ 284 F 416 (CCA 5th 1922). Aunque, como indica ROY MORELAND, tal vez los policías eran, en un primer momento, *trespassers* (en *Modern...*, pág. 110, nota 42).

¹⁹ Jurisprudencia confirmada en la Sentencia Lee Kwong Nom v. US, 20 F2d, 472 (1927), relacionada con la fabricación ilegal de bebidas alcohólicas. *Vid.* MORELAND, R.: *Modern...*, pág. 110, y las Sentencias citadas en la nota 44 de la misma página.

²⁰ MORELAND, R.: *Modern...*, pág. 111. Son las Sentencias McDonald v. US, 335 US 451 (1948) y Johnson v. US, 333 US 10 (1948). Esta regla se aplicaba especialmente a los locales que no servían de habitación.

²¹ 427 US 38 (1976).

oficiales que, sin cobertura judicial, pretende arrestar a la persona que, huyendo, intenta refugiarse en su casa²². La Sentencia *Welsh v. Wis.*²³ condiciona, en alguna medida, la citada jurisprudencia. En efecto, en esta Sentencia, el Tribunal señala que la entrada policial en domicilio ajeno, con el objeto de arrestar a una persona por conducir bajo los efectos del alcohol y realizar las pruebas que establecieran el nivel de alcohol en la sangre es ilegal. La razón es que el presunto delito cometido, aun en presencia del policía, no tiene suficiente relevancia como para justificar una intromisión domiciliaria²⁴.

Es, además, posible realizar la entrada domiciliaria sin previo aviso cuando, entre otras razones, pudiera observarse la comisión actual de un delito²⁵ o, y ello tiene más interés en el presente trabajo, cuando se realiza un registro domiciliario para prevenir la pérdida de evidencias²⁶. En efecto, el Tribunal Supremo afirmó en la Sentencia *Agnello v. US*²⁷ que ni siquiera la creencia bien fundada de que un artículo se esconde en una morada suministra justificación suficiente para realizar allí un registro sin la cobertura de un mandamiento judicial. Posteriormente, las Sentencias *Johnson v. US* y *Chapman v. US*²⁸ confirman la

²² ISRAEL, J. H. y LAFAVE, W. R.: *Criminal...* (1988), págs. 99-100.

²³ 466 US 740 (1984). Un resumen de la Sentencia, así como de la opinión disidente de los Jueces Rehnquist y White, en ALLEN, R. J. y KUHNS, R. B.: *Constitutional...* (1985), págs. 597-599.

²⁴ Cuestión distinta es la de la visión evidente (*plain view*), que permite el secuestro sin mandamiento judicial previo de los objetos incriminatorios distintos a los contemplados en el mandamiento judicial y que se encuentran a la vista en los locales en los que se realiza el registro (Sentencia *Coolidge v. NH*, [403 US 443 (1971)] —que puede consultarse en ALLEN, R. J. y KUHNS, R. B.: *Constitutional...* (1985), págs. 560-565, con nota en págs. 565-569—. *Vid.*, entre nosotros, la Sentencia TS Ar. 1995/8979/2.2). Tal principio no es aplicable cuando el policía ya conocía la ubicación del objeto y no solicitó el oportuno mandamiento judicial (ISRAEL, J. H. y LAFAVE, W. R.: *Criminal...* (1988), págs. 105-106).

²⁵ *Vid.*, una vez más, ISRAEL, J. H. y LAFAVE, W. R.: *Criminal...* (1988), pág. 102. *Vid.*, también, en tono disidente, la posición mayoritaria del TSEEUU en la Sentencia *Ker v. Cal*, 374 US 23 (1963), donde se contemplan como únicas excepciones a la preceptiva advertencia de la presencia policial los casos en que *a*) las personas del interior ya conocieran la presencia y el propósito policiales; *b*) se crea que personas en el interior pueden sufrir inminentes daños corporales y *c*) se estime que, por las actividades realizadas en el interior, es altamente previsible la huida o destrucción de evidencias.

²⁶ En este punto se sigue a ISRAEL, J. H. y LAFAVE, W. R.: *Criminal...* (1988), pág. 107 y ss. y *Criminal...* (1992), págs. 186-189. Es también especialmente interesante MORELAND, R.: *Modern...*, págs. 108-114.

²⁷ 269 US 20 (1925). Un extracto de esta Sentencia se encuentra en MORELAND, R.: *Modern...*, pág. 109.

²⁸ 333 US 10 (1948) y 365 US 610 (1961), respectivamente. La cuestión se ha debatido también en las Sentencias *Chimel v. Cal.*, 395 US 752 (1969), que puede consultarse en ALLEN, R. J. y KUHNS, R. B.: *Constitutional...* (1985), págs. 651 y ss., y *Vale v.*

posibilidad de realizar registros domiciliarios sin mandamiento, apoyando su legitimidad en la necesidad de una acción inmediata.

Es también interesante recordar, también, el supuesto de la persecución *de cerca* o *reciente* (*hot pursuit*). Así, la Sentencia TSEEUU Warden, Maryland Penitentiary v. Hayden²⁹ da por buena la entrada domiciliaria realizada por la policía al margen de toda intervención judicial, y que se justificaba porque ésta había sido informada de que un presunto ladrón a mano armada se había refugiado, tras la comisión de un delito, en una casa, cinco minutos antes³⁰. La razón es que si, durante la persecución, el sospechoso entra en un edificio, los funcionarios policiales no tienen por qué arriesgarse a perderlo de vista, sino que pueden entrar y arrestarlo, sobre todo cuando existe un peligro potencial para las vidas de los policías o de terceros³¹. El mismo criterio es aplicable a la detención producida en una casa en cuyo vestíbulo la sospechosa deja caer varios sobres de droga: hubo en aquél momento motivo verosímil, y la entrada posterior de la policía fue una persecución *de cerca*³².

Del breve recorrido histórico y, sobre todo, de Derecho comparado pueden ya adelantarse dos conclusiones. La primera es que en todos los países de nuestro entorno el delito flagrante excepciona (aunque no siempre de la misma forma) la garantía judicial de la inviolabilidad del domicilio (auténtico núcleo del derecho). La segunda conclusión es que sólo en la Constitución española aparece como límite expreso el delito flagrante³³, mientras que éste se integra en limitaciones más

La, 399 US 30 (1970), que puede leerse en SALTZBURG, S. A.: *American...* (1984), pág. 227 y ss. El Tribunal Supremo solamente permite los registros sin mandamiento cuando concurre una situación excepcional, pero los tribunales inferiores son mucho más generosos con tales excepciones [como recuerdan JEROLD H. ISRAEL, y W. R. LAFAVE, en su *Criminal...* (1988), pág. 108], ya sea permitiendo el registro, ya sea permitiendo que la policía vigile los locales mientras se obtiene el oportuno mandamiento judicial. Así, la Sentencia US v. Rubin, 474 F.2d 262 (3d.Cir.1973) extraído de LAFAVE, W. R. y ISRAEL, J. H.: *Criminal...* (1992), pág. 187]. El Tribunal Supremo ha admitido tales comportamientos en su Sentencia Segura v. US, 468 US 796 (1984), que ha permitido la ocupación policial de unos locales durante 19 horas, en tanto se obtenía el oportuno mandamiento judicial para realizar el registro.

²⁹ 387 US 294 (1967). Puede consultarse en ALLEN, R. J. y KUHNS, R. B.: *Constitutional...* (1985), págs. 526-528, con nota en págs. 528-529.

³⁰ ISRAEL, J. H. y LAFAVE, W. R.: *Criminal...* (1988), pág. 100. *Vid.* la citada Sentencia TSEEUU Payton v. NY, 445 US 573 (1980).

³¹ CORWIN, E. S.: *La Constitución...*, pág. 451.

³² Sentencia US v. Santana, 427 US 38 (1976). *Vid.*, sobre esta Sentencia, CORWIN, E. S.: *La Constitución...*, págs. 451-452.

³³ Cómo el Tribunal Constitucional resalta en su Sentencia 341/1993/8b. En el plano doctrinal, *vid.*, por todos, GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, págs. 176 y 225.

amplías respecto de otras formulaciones constitucionales (artículo 13 LFB, referido a los registros cuya demora es peligrosa; artículo 14 CI, respecto de los casos de necesidad y urgencia; Enmienda IV a la Constitución de Estados Unidos, sobre la estricta racionalidad y existencia de motivo verosímil para realizar entradas domiciliarias).

Esta última afirmación explica por qué el análisis del Derecho comparado se muestra limitado para estudiar la noción constitucional de delito flagrante (es decir, a la que se refiere el artículo 18.2 CE). La razón es que el *riguroso* régimen constitucional español (en expresión del Tribunal Constitucional a la que en este mismo trabajo ya se ha aludido) de la inviolabilidad del domicilio contempla el delito flagrante, cosa que no ocurre en las otras formulaciones comparadas del derecho fundamental a las que se ha hecho referencia.

Y es que, además, la noción del delito flagrante hunde sus raíces en el Derecho procesal, como a continuación se explica.

2. LA NOCIÓN PROCESAL DE DELITO FLAGRANTE

2.1. La flagrancia en la historia. Especial referencia al procedimiento medieval español del *apellido*

El delito flagrante es, ante todo, un instituto de naturaleza procesal³⁴. Ello es claro en nuestro derecho vigente, pero a la misma conclusión se llega si se examinan los precedentes del delito *in fraganti*.

La razón es que la existencia del delito flagrante ha afectado siempre al procedimiento represivo posterior a la comisión del delito, abreviándolo, con respecto a los delitos no flagrantes. En este sentido, es interesante analizar el procedimiento medieval español del *apellido*, que, como veremos a continuación, iniciaba el procedimiento *in fraganti*. Tal examen se realiza, en lo esencial, a través del magnífico

³⁴ Ello no impide que el delito flagrante pueda utilizarse en otras ramas del Derecho. Así, debe recordarse con JESÚS FERNÁNDEZ ENTRALGO que el delito flagrante ha servido al ámbito penal sustantivo, en relación con la justificación que se daba a la reacción violenta del marido cuando sorprendía a su mujer en adulterio (*¡Pase...!*, pág. 21, nota 12. En idéntico sentido, LORCA MARTÍNEZ, J.: *Una aproximación...*, pág. 3) y que también delimita materialmente el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 CE) y la inmunidad parlamentaria (artículo 71.2 CE y las reglas de idéntico contenido recogidas en los diferentes Estatutos de Autonomía).

trabajo de Luis García de Valdeavellano, sobre “El *apellido*”. Notas sobre el procedimiento *in fraganti* en el Derecho español medieval»³⁵.

Aunque estas páginas se dedican, principalmente, al análisis del procedimiento del *apellido*, debe señalarse ya que en el Derecho romano, visigótico, germánico y medieval español, y aún antes³⁶, en Grecia, se arbitra una respuesta represiva más inmediata (y, en muchos casos, más gravosa) para los delitos flagrantes.

Ya en las XII Tablas se distingue entre el *furtum nec manifestum* y el *furtum manifestum*. El *furtum manifestum*, pese a su nombre, no puede equipararse totalmente con el hurto flagrante, pues también se consideraba *furtum manifestum* aquél en el que se encontraba lo hurtado en una casa, tras la realización de un solemne registro. También una idea amplia de hurto flagrante se mantendrá en el Derecho germánico³⁷.

El procedimiento germánico *in fraganti* se aplicaba a todos los delitos en que el autor era sorprendido y capturado en el momento mismo de la comisión delictiva o cuando emprendía la huida con las huellas del delito³⁸. La llamada (*Gerüfte*) supone, así, la iniciación del procedimiento *in fraganti* para la detención. La persona que sorprendía el delito llamaba (de ahí *Gerüfte*) a los vecinos, lo que producía un clamor (*Gerüchte*) que divulgaba el hecho y atraía a los vecinos³⁹. En un primer momento el delincuente podía ser muerto por el ofendido⁴⁰; pero si no lo era se aplicaba el procedimiento *in fraganti*⁴¹. A medida que la justicia popular fue sustituida por la justicia oficial, se permitía como regla general la detención del malhechor sorprendido *in fraganti* y su puesta a disposición judicial y, sólo excepcionalmente, cuando se trataba de un delito de adulterio, o el delincuente atacaba a sus perseguidores o intentaba fugarse, darle muerte⁴². Grandes multas se impo-

³⁵ Publicado en *CHE*, VII (1947), págs. 67-105.

³⁶ Vid. el trabajo del autor de estas líneas *Delito...*, págs. 202-203, nota 13. Como allí se indicó, sobre la evolución histórica de la noción de delito flagrante, puede acudirse a PEDRAZ PENALVA, E.: *El registro...*, pág. 214, nota 57. Sobre la nueva referencia realizada al derecho griego, vid. LÓPEZ ORTIZ, J.: «El proceso en los reinos cristianos de nuestra reconquista antes de la recepción romano-canónica», *AHDE*, 14 (1942-43), pág. 222.

³⁷ GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L.: *El apellido...*, págs. 70-71.

³⁸ *Ibidem*, págs. 67-68.

³⁹ *Ibidem*, pág. 68.

⁴⁰ Lo mismo ocurrió, en un primer momento, en nuestro país. Sobre tales problemas, vid., *ibidem*, pág. 78-79.

⁴¹ *Ibidem*, pág. 68.

⁴² *Ibidem*, pág. 69. Lo mismo ocurría en el Derecho romano, visigodo y español —*ibidem*, págs. 70, 72-73 y, 80-81 y 94-95, respectivamente—. Respecto del adulterio,

nían el incumplimiento de la obligación de poner bajo disposición judicial al delincuente⁴³.

En nuestro país, la primera aplicación conocida del delito flagrante corresponde al Derecho medieval y se concreta en el procedimiento del *apellido*, así denominado porque se inicia con el griterío o llamamiento de los vecinos que sorprendían la comisión del delito (especialmente, de robo o hurto). Del griterío, del *appellare*, deriva el término *apellido* que, como se acaba de indicar, da nombre al procedimiento. El *apellido* es la *boz de llamamiento que fazen los omes para ayuntarse o defender lo suyo quando rescibe daño o fuerza*⁴⁴. El sujeto que descubre la comisión actual del delito está obligado a realizar el *apellido*, y los vecinos están igualmente obligados a acudir con presteza al lugar de los hechos⁴⁵. También debe dar el *apellido* quién viese a un delincuente declarado como tal⁴⁶.

Parece ser, en todo caso, que el delito *in fraganti*; es decir, el que es sorprendido por otras personas en el momento mismo de su comisión o inmediatamente después, se equipara en sus efectos a otros supuestos en los que se identifica con toda evidencia al autor del delito (cosa que ocurre, por ejemplo, en el *escodriñamiento* —antecedente de nuestro actual registro— en la casa en la que se encuentra lo robado⁴⁷, como persecución del rastro⁴⁸). En nuestro país también se debe proceder a la detención del delincuente y a su disposición judicial, aun-

vid., también, JIMÉNEZ ASENJO, E.: *Derecho Procesal Penal*, vol. II. Madrid, s.f., pág. 273.

⁴³ GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L.: *El apellido...*, pág. 79.

⁴⁴ Partida 2.^a, 26-24. En relación con el procedimiento medieval del *apellido*, *vid.* JIMÉNEZ ASENJO, E.: *Derecho...*, II, págs. 274-275 y, especialmente, GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L.: *El apellido...*, págs. 67-105. El último autor citado recuerda que las Partidas señalaban que tal *apellido* (mandamiento) *se faze por muchas señales, assi como por boz de omes o de campanas, o de trompas, o de añafíles, o de cuernos, o de atambores, o por otra señal qualquier que sea, que faga sueno, o mostrança, que oyan, e vean de lexos, assi como atalayas, o almenaras, segund los omes lo ponen, e lo vsan entre si* (*ibidem*, pág. 91, nota 87; el subrayado se debe a este trabajo). Así mismo recuerda LUIS GARCÍA DE VALDEAVELLANO que existía otro *apellido* (el *apellido* en tiempo de guerra), que consistía en el llamamiento a los convecinos frente al ataque de los enemigos.

⁴⁵ *Ibidem*, pág. 97. Solamente se exceptúan de tal obligación las personas que no se hallaran en la tierra o las que probasen mediante juramento que no oyeron el *apellido*. Se exige que salga un hombre de entre 20 y 65 años de cada casa. El incumplimiento de tal obligación por un particular conlleva una multa de cien maravedises, y por parte del Concejo, de una multa de mil maravedises más la cuantía de lo hurtado al ofendido (reservándose éste, eso sí, el derecho de repercutir tales cantidades sobre el delincuente), *ibidem*, págs. 99-100.

⁴⁶ *Ibidem*, pág. 99.

⁴⁷ *Vid.*, sobre el *escodriñamiento* LÓPEZ ORTIZ, J.: *El proceso...*, pág. 222-223.

⁴⁸ GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L.: *El apellido...*, pág. 105.

que, como señala Luis García de Valdeavellano, era frecuente que la propia autoridad judicial participara en la persecución posterior al delito⁴⁹. El delincuente debía, como sanción penal, pagar al ofendido el doble de lo robado y nueve veces lo robado a los poderes públicos⁵⁰, además de recibir azotes como forma de castigo corporal⁵¹. El aspecto civil (una acción reipersecutoria) supone la restitución del bien mueble robado al ofendido⁵².

Como ya se ha indicado, el *apellido* no es el procedimiento *in fraganti*, sino, solamente, una forma de que tal procedimiento se inicie, cuando el delito (independientemente de su naturaleza) es *in fraganti* y el delincuente conocido. Forma que, en ocasiones, constituía la fase inicial del proceso (a modo de querrela⁵³) y conllevaba la actuación inquisitiva de la Autoridad Pública.

La razón es que el *apellido* podía utilizarse para fines distintos del descubrimiento actual del delito. En efecto, el *apellido* era también utilizado como una vía de exclusión de la responsabilidad penal cuando se había cometido un hurto o robo de bienes ajenos en casa de un vecino. En estos casos, el *apellido* tenía por finalidad primigenia que los vecinos vieran como su casa había sido atacada y que el objeto que a él le habían prestado no estaba, por lo que no podía exigírsele responsabilidad (penal) alguna⁵⁴.

Este breve examen de los procedimientos romano, germánico, visigótico y medieval español relacionado con los delitos flagrantes ponen de manifiesto su conexión con las normas procesales posteriores⁵⁵. En efecto, ya en las normas procesales criminales anteriores a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 se incluyeron especialidades procesales para los delitos flagrantes; tanto la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872 como la Compilación General de las

⁴⁹ *Ibidem*, pág. 95.

⁵⁰ El origen de la novena se encuentra en el Derecho visigótico, (*ibidem*, pág. 76. *Vid.*, también, pág. 83). En ocasiones, como indica el mismo autor, la sanción global es la novena, que se reparte en un 70 por 100 y un 20 por 100 entre los poderes públicos y el ofendido, respectivamente (*ibidem*, págs. 86-87).

⁵¹ Siendo ésta una influencia del Derecho romano (*ibidem*, págs. 76-77). En ocasiones, se opta por la mutilación (especialmente, sacándole los ojos al delincuente), o por la muerte, en casos de reincidencia —mediante horca o despeñamiento— (*ibidem*, págs. 81 y ss.).

⁵² *Ibidem*, pág. 88.

⁵³ *Ibidem*, pág. 103, respecto del caso aragonés.

⁵⁴ *Ibidem*, págs. 96-97, nota 102.

⁵⁵ Eso explica que ENRIQUE JIMÉNEZ ASENJO, al explicar el procedimiento en flagrancia aluda, con cierto detalle, además, al *apellido* medieval como precedente histórico (en *Derecho...*, II, págs. 273-275).

Disposiciones Vigentes sobre Enjuiciamiento Criminal de 1879 permitían que en los delitos flagrantes actuara como Autoridad judicial el Juez Municipal (y no el de Instrucción)⁵⁶. Interesa examinar con mayor detenimiento la utilización procesal del delito flagrante en nuestra vieja (pero no por ello obsoleta) Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. A ello se dedican, precisamente, las siguientes líneas.

2.2. La noción procesal de delito flagrante: el derogado artículo 779 LECr

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su redacción original, incluía como procedimiento procesal criminal especial, el «procedimiento en casos de flagrante delito». Este procedimiento⁵⁷, pese a su nombre, solamente era utilizado para el enjuiciamiento de los delitos flagrantes que merecían penas correccionales (artículo 780 LECr, en su redacción original, posteriormente derogado). Precisamente a estos efectos, la Ley de Enjuiciamiento Criminal definía el delito flagrante como «el que se estuviere cometiendo o se acabara de cometer cuando el delincuente o delincuentes sean sorprendidos. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo el delincuente que fuera cogido en el momento de estar cometiendo el delito sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente «*in fraganti*» a aquél a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido el delito con efectos o instrumentos que infundan la presunción vehementemente de su participación en él» (artículo 779, en su redacción original).

Lo cierto es que el procedimiento en caso de delito flagrante, previsto en la redacción original de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (aprobada mediante Real Decreto de 14 de septiembre de 1882) cayó

⁵⁶ Artículos 195 LPEC y 430 CGDVEC, respectivamente, que pueden ser consultados en PELAEZ DEL ROSAL, M.: *Legislación*.....

⁵⁷ Sobre el procedimiento en caso de flagrante delito, *vid.*, AGUILERA DE PAZ, E.: *Comentarios*..., pág. 672 y ss.; PINA, R. de: *Manual de Derecho Procesal Penal*. Madrid, 1934, pág. 155 y ss.; JIMÉNEZ ASENJO, E.: *Derecho*..., II, pág. 271 y ss.; GARCÍA VALDÉS, R. y un redactor de la *Revista de Legislación y Jurisprudencia* (ALCALÁ-ZAMORA), *Derecho Procesal Criminal*, 2.ª ed. Madrid, 1944, pág. 358 y ss. y FENECH, M.: *Curso Elemental de Derecho Procesal Penal III. Procedimiento, Casación y Revisión. Efectos del proceso penal*. Barcelona, 1945, pág. 143 y ss. *Vid.*, también, la edición de JOAQUÍN ABELLA de la: *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 4.ª ed. Madrid, 1894, pág. 424 y ss.

en desuso⁵⁸. Ello justifica que la Ley de 8 de junio de 1957 (y su complementaria, la de 30 de julio de 1959) crearan un nuevo procedimiento: el de urgencia, aplicable a los delitos flagrantes y menos graves⁵⁹. Debe hacerse notar que tal procedimiento no modifica, sustancialmente⁶⁰, la noción de delito flagrante.

Las posteriores reformas legales no van a afectar, hasta 1988, al concepto procesal de delito flagrante. En efecto, ni la importante Ley 3/1967, de 8 de abril⁶¹ (que va a desdoblarse el viejo procedimiento de urgencia en dos diferentes, uno normal y otro abreviado), ni la posterior 10/1980, de 11 de noviembre (sobre el enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes⁶²) modifican el concepto procesal de delito flagrante. Es la LO 7/1988, de 28 de diciembre, del procedimiento abreviado para determinados delitos, la que deroga el artículo 779 LECr.

Pueden realizarse, en atención a las anteriores consideraciones, tres afirmaciones. La primera es que la noción de delito flagrante es, como se ha afirmado en el mismo título de este subepígrafe, una noción de derecho procesal. En concreto, y en segundo lugar, el concepto procesal de delito flagrante se utiliza para atribuir a algunos de estos delitos

⁵⁸ En este punto, y sobre los intentos de evitar el retraso judicial, VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER: *Curso de Derecho Procesal Penal III*. Madrid, 1964, pág. 113.

⁵⁹ Sobre el procedimiento de urgencia, *vid.*, FENECH, M.: *Derecho Procesal Penal II*. 3.ª ed. Barcelona, 1960, pág. 1045 y ss. y VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, C.: *Curso...* (1964), pág. 112 y ss.

⁶⁰ En efecto, el único cambio que se producirá en la noción procesal de delito flagrante es que, en la última parte del artículo, se modificará *presunción vehemente* por *sospecha vehemente*. Tal modificación se realiza a través de la Ley de 30 de julio de 1959. Su escasa importancia explica que el Tribunal Supremo suela estimar que la versión original de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre el delito flagrante no ha sufrido ninguna modificación hasta su derogación en la LO 7/1988. *Vid.*, así, las Sentencias TS Ar. 1994/7606/2, Ar. 1994/6371/3 y Ar. 1990/2647/4. Debe hacerse notar que la reciente LO 10/1995 vuelve a modificar el artículo 779 LECr (Disposición final primera).

⁶¹ Respecto de los procedimientos de urgencia que origina la citada Ley, pueden verse los trabajos de IBÁÑEZ y GARCÍA-VELASCO, M.: *Curso de Derecho Procesal Penal*. Madrid, 1969, pág. 387 y ss.; GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCÉ QUEMADA, V.: *Derecho...* (1972), pág. 341 y ss. y PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., y GUTIERRES DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, E.: *Derecho Procesal Penal*, 2.ª ed. Madrid, 1978, pág. 352 y ss.

⁶² Sobre la afectación de esta Ley a los procedimientos de urgencia, *vid.*, ARAGONES ALONSO, P.: *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, 3.ª ed. Madrid, 1981, pág. 449 y ss.; GÓMEZ ORBANEJA, E., y HERCÉ QUEMADA, V.: *Derecho Procesal Penal*, 10 ed. Madrid, 1986, pág. 336 y ss. y GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y ALMAGRO NOSETTE, J.: *Derecho Procesal II-2. El Proceso Penal (2)*. Valencia, 1988, pág. 43 y ss.

un procedimiento procesal concreto. En tercer y último lugar, debe señalarse que el concepto procesal de delito flagrante ha permanecido prácticamente idéntico desde 1882 hasta 1988 en el artículo 779 LECr. En efecto, como ya se ha apuntado la única modificación introducida en este siglo en la noción de delito flagrante ha sido la de la mutación del término *presunción* por el (equivalente, a nuestro juicio) de *sospecha*. Así, es delito flagrante «el que se estuviere cometiendo o se acabara de cometer cuando el delincuente o delincuentes sean sorprendidos». El mismo texto aclara que «se entenderá sorprendido en el acto no sólo el delincuente que fuera cogido en el momento de estar cometiendo el delito sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen». Finalmente, «también se considerará delincuente «*in fraganti*» a aquél a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido el delito con efectos o instrumentos que infundan la sospecha vehemente de su participación en él».

La flagrancia a efectos procesales parece reunir dos notas o características. De un lado, es precisa la existencia de una inmediatez personal, que supone que el delincuente es sorprendido. De otro lado, es también necesaria una inmediatez temporal, que implica que el delincuente es sorprendido en el momento en que está cometiendo un delito, o en el momento inmediatamente posterior⁶³.

Si concurren estos dos elementos, inmediatez personal e inmediatez temporal, estamos ante un delito flagrante. El delito flagrante es, así, aquél en el que una persona percibe la comisión delictiva por parte de otra, o la descubre inmediatamente después con efectos o instrumentos del mismo. Se evidencian, así, la existencia de un hecho delictivo y la participación que en el mismo ha tenido una determinada persona⁶⁴. Es flagrante en cuanto que es descubierto públicamente. En este sentido, no es ocioso recordar, una vez más, las acertadas palabras de Joaquín Abella, cuando afirmara, hace más de un siglo,

⁶³ El propio artículo 779 LECr especifica que en el caso de la posterior huida del delincuente que sigue a la comisión del delito flagrante, es necesario, para que tal naturaleza no se pierda, que «la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen». Ello hace difícil compartir el parecer del Tribunal Supremo (expresado en su Sentencia Ar. 1993/5920/2) de que es posible que no exista solución de continuidad en la persecución.

La inmediatez personal es denominada elemento causal por JIMÉNEZ ASEÑO, E.: *Derecho...*, II, pág. 276.

⁶⁴ *Vid.* la Sentencia TS de 11 de julio de 1986, citada por JESÚS FERNÁNDEZ ENTRALGO, en *¡Pase...!*, pág. 23.

que «flagrante es participio del verbo flagrar, que significa arder, resplandecer con fuego o llama; de aquí procede el aplicarle al crimen que se descubre con claridad en el acto mismo de cometerse»⁶⁵; palabras que nuestro Tribunal Supremo ha repetido en numerosas ocasiones⁶⁶.

Es en este punto donde se conectan los diferentes procedimientos abreviados de nuestra centenaria legislación procesal y los viejos procedimientos de la *llamada*, en el Derecho germánico o del *apellido*, en el Derecho medieval español: en la resolución más breve de los supuestos donde la comisión delictiva y su autoría son cuasi-públicos. En efecto, todos los procedimientos procesales aplicados a los delitos flagrantes (del hoy derogado artículo 779 LECr) se han caracterizado por la reducción de ciertos plazos procesales (sobre todo los relacionados con las diligencias probatorias) constituyendo, por ello, procedimientos abreviados.

Ello explica que la doctrina se haya ocupado de aclarar que solamente cabe aplicar el (hoy, por lo demás derogado) procedimiento de urgencia cuando haya seguridad sobre la que se debe haber evidenciado la autoría del delito⁶⁷ o cuando no hubiera realmente dudas «sobre quién ha sido el autor de la infracción»⁶⁸. El delito flagrante parece exigir, así, una cierta publicidad⁶⁹ o, lo que es lo mismo, ser resplandeciente para alguien⁷⁰. En definitiva, hay delito flagrante cuando se nos revela sensorialmente (a nuestra vista, o mediante nuestros oídos) que se está cometiendo (o se acaba de cometer) un delito y que una persona concreta o varias son sus autores.

No puede confundirse este supuesto con el conocimiento ajeno a nuestros sentidos de que se está cometiendo un delito. Y ello porque careciendo de percepción sensorial podemos estimar que un delito va a ser cometido o ya se ha cometido, e incluso que una o varias personas son sus autores, pero no podemos deducir de ello que el delito es

⁶⁵ *Ley...*, pág. 424 y Sentencia TS Ar. 1995/0156/5, entre otras. Pese a ello trabajos recientes recogen una noción amplia de flagrancia [como es el de JOSÉ GARBERÍ LLOBREGAT, «La flagrancia habilitadora de la entrada y registro sin autorización judicial (inconstitucionalidad del artículo 21.2 LOPSC en la Sentencia TC de 18 de noviembre de 1993)», *EJC*, 8 (1993), pág. 102].

⁶⁶ Ver Sentencias TS Ar. 1994/7606/2; Ar. 1994/6371/3; Ar. 1994/0667/2 y Ar. 1990/2647/5.

⁶⁷ SAEZ JIMÉNEZ, J.: *Enjuiciamiento criminal. Comentarios prácticos a la LECr referidos a la Ley de Urgencia*. Madrid, 1962, pág. 30.

⁶⁸ *Idem*.

⁶⁹ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J.: *¡Pase...!*, pág. 29.

⁷⁰ AGUILERA DE PAZ, E.: *Comentarios...*, pág. 672.

cuasi-público. Si el proceso de urgencia siguiera hoy vigente, la *notitia criminis* no podría provocar la reducción de los plazos de prueba, ya que la autoría no es, *eo ipse*, evidente, y ello, porque no se estaría ante la noción legal de delito flagrante.

En otros términos, no pueden equipararse *notitia criminis* y delito flagrante. No hay delito flagrante cuando una persona conoce que otra, determinada, va a cometer un delito, por confirmada que tal información se encuentre. Existe delito flagrante sólo cuando en su comisión (o, inmediatamente después) el autor o los autores son sensorialmente sorprendidos⁷¹. El delito flagrante no es una *notitia criminis*, sino «aquel modo singular de conocimiento de la comisión de un delito o de recibir la *notitia criminis* por los órganos encargados de la prevención penal, caracterizado por su *inmediatividad* material y directa con el hecho por ser sorprendido su autor *in ipsa perpretacione facinoris*»⁷². La relación que media entre delito flagrante y *notitia criminis* no es de identidad, sino, como el autor de estas páginas ha indicado en otro lugar, de género y especie. En efecto, si bien el delito flagrante es una forma de *notitia criminis*, no toda *notitia criminis* es delito flagrante⁷³. Esa percepción de la acción delictiva (o del comportamiento inmediatamente posterior) puede ser auditiva⁷⁴ o visual⁷⁵.

⁷¹ El delito flagrante es aquél que es sorprendido o en su ejecución o inmediatamente después. No puede equipararse ni compatibilizarse con el delito provocado por la propia policía (como señalan las Sentencias TS Ar. 1994/5372/2; Ar. 1993/7372/1 y Ar. 1992/10469/2, entre otras).

⁷² En *Derecho...*, II, pág. 271. *Vid.*, también, GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *La flagrancia...*, pág. 97. En esta misma línea de argumentación distingue VÍCTOR FAIREN GUILLÉN la evidencia (que, como representación directa de la verdad no tiene márgenes de error) de la certeza (noción subjetiva, que conlleva un margen de error posible) [en «Algunas ideas básicas sobre la «entrada y registro en domicilio» (del artículo 21 LOPSC)», *RDP*, 1 (1993), págs. 28 y 29]. En páginas posteriores, el profesor FAIREN señala que la evidencia se aplica al modo de conocer, pero que no es tampoco, igual que el conocimiento, que puede ser adquirido de muchas otras formas (*ibidem*, págs. 29-31). En este sentido puede distinguirse la evidencia física (externa y, por ella, real) de la moral o psicológica (donde la evidencia implica una serie de razonamientos, en forma de fundamentos) (*ibidem*, pág. 34).

⁷³ En *Delito...*, pág. 210.

⁷⁴ Sentencia TS Ar. 1994/8180/1.

⁷⁵ Ya sea desde el exterior de una cueva (Sentencia TS Ar. 1994/8031/2); a través de una ventana de la casa (Sentencias TS Ar. 1994/10065/1 y Ar. 1994/7918/2); desde la misma puerta (Sentencias TS Ar. 1994/7606/2; Ar. 1994/6371/3; Ar. 1993/5912/1 y Ar. 1992/10323/5); a través de un agujero de la puerta de la casa (Sentencia TS Ar. 1994/6404/2) o de una rendija de la puerta del anexo destinado a almacén de un bar (Sentencia TS Ar. 1993/6796/2) o, en fin, a través de una ventana y de una puerta abierta de una casa (Sentencia TS Ar. 1993/3310/4). *Vid.* también las Sentencias TS Ar. 1995/8031/7a y Ar. 1995/0077/ún. —ésa última referida a la parte de un local público destinado a habitación—.

Algunas observaciones más deben cerrar el análisis de la noción procesal de delito flagrante.

La primera es que nos hallamos ante una noción formal, aplicable, en principio a cualquier tipo de delito: siempre que una persona perciba sensorialmente que otra u otras cometen un delito (o acaban de cometerlo) existirá delito flagrante, con independencia de la naturaleza del hecho delictivo. En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado que «la flagrancia no influye en la gravedad del acto, ni en la culpabilidad de su autor, sino en la certidumbre de su existencia»⁷⁶.

En segundo lugar debe hacerse notar que la noción procesal de delito flagrante contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal es muy cercana a la contenida en los ordenamientos francés⁷⁷ e italiano⁷⁸. Ello, unido al examen de los precedentes históricos del delito flagrante, analizados *supra*, lleva a pensar que el delito flagrante se refiere a las tres circunstancias contenidas en el artículo 779 LECr, y no sólo a alguna de ellas⁷⁹.

⁷⁶ Vid. la reciente Sentencia TS Ar. 1994/6404/4. Vid., también, las Sentencias TS de 20 de enero de 1986 y 28 de febrero de 1988, citadas por LORCA MARTÍNEZ, J.: *Una aproximación...*, pág. 3, nota. 31.

⁷⁷ El artículo 53 CICF señala, en su primer apartado, que «se califica de crimen o delito flagrante, el crimen o delito cometido en la actualidad, o que acabe de cometerse. Se considera también crimen o delito flagrante cuando, en un tiempo muy cercano a la comisión delictiva, la persona sospechosa es perseguida por el clamor público, o se la encuentra en posesión de objetos, o presenta huellas o indicios, que hacen pensar que participó en el crimen o delito». El segundo párrafo asimila a esta situación «todo crimen o delito que aunque no sea cometido en las circunstancias previstas en el párrafo anterior, ha sido cometido en una casa cuyo titular requiere al Procurador de la República o a un oficial de policía judicial para constatarlo».

⁷⁸ El artículo 382 CPCi señala, en su primer apartado, que «se hallará en estado de flagrancia el sujeto que sea sorprendido en el momento de cometer un delito, o si, inmediatamente después de haber cometido el delito, es sorprendido por la policía judicial o la víctima o bien es sorprendido con efectos o instrumentos de los cuales se deduce inmediatamente que han sido utilizados para la comisión del delito».

⁷⁹ En efecto, son varios los procesalistas que diferencian la flagrancia de la cuasiflagrancia y de la flagrancia impropia, también llamada ficticia o de ficción legal. La flagrancia *stricto sensu* sería la de sorprender a alguien cometiendo un delito. La persecución posterior constituye un supuesto de cuasiflagrancia, una extensión (temporal) de la flagrancia. El encontrar a una persona con los instrumentos o efectos constituiría, en esta misma línea argumentativa, una flagrancia impropia. Esta distinción se ha planteado en nuestra doctrina (*vid.*, por todos, JIMÉNEZ ASENJO, E.: *Derecho...*, II, pág. 276; FAIRÉN GUILLÉN, V.: *Algunas...*, pág. 45 y ss.; y FERNÁNDEZ ENTRALGO, J.: *¡Pase...!*, págs. 23 y ss.), así como en la francesa e italiana (como señala el mismo JESÚS FERNÁNDEZ ENTRALGO, *ibidem*, pág. 25, notas 37 y 38). No obstante, se ha observado en este trabajo como ya en los procedimientos romanos del *furtum manifestum*, germánico de la *llamada* y medieval español del *apellido* ya se contenía ese mismo contenido de la flagrancia y como, en la actualidad, como se acaba de indicar en el texto, hay un mínimo común

En tercer lugar, debe hacerse notar que la noción procesal de flagrante delito es disponible para el legislador. Desde esta perspectiva, y en lo que a la cuestión procesal examinada en estas páginas atañe, la decisión de derogar la noción de delito flagrante contenida en el artículo 779 LECr, como así ocurrió a través de la Ley 7/1988, como la de troquelar o modificar su contenido no comporta, en principio, incurrir en ningún tipo de incompatibilidad con la Constitución⁸⁰ (salvo, por supuesto, que con tal acción se pretenda vulnerar el derecho reconocido en el artículo 18.2 CE).

La cuarta y última idea es apuntar que la noción procesal de delito flagrante es tan clara en nuestros aplicadores del derecho que nuestro Tribunal Supremo, a diferencia del Tribunal Constitucional⁸¹, no ha dudado en acudir al derogado artículo 779 para examinar la noción constitucional de delito flagrante⁸².

Tal noción constitucional tiene su origen en el artículo 18.2 CE, que señala que ninguna entrada o registro puede realizarse en el domicilio sin consentimiento o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. Es posible que materialmente sea cercana a la contenida en el artículo 779 LECr, pero no debe olvidarse que posee, como todo contenido constitucional, una particular fuerza pasiva. Precisamente

en la idea de flagrancia, que se extiende en todo caso a los tres contenidos arriba citados.

Además debe de hacerse notar que la mayor parte de los procesalistas señalan como elemento necesario de la flagrancia procesal la inmediatez temporal y no la simultaneidad. Mientras que ella es aplicable a los tres supuestos contenidos en el artículo 779 LECr, ésta es solamente aplicable al primer párrafo del citado artículo. Ello hace pensar que existe incluso una aceptación más subjetivizada de la noción de delito flagrante, que se resiste, incluso, a las nuevas concepciones racionalistas de la misma.

⁸⁰ Esto implica no compartir la visión de JUAN M. ALEGRE ÁVILA (en «El artículo 21 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana», *PJ*, 30, pág. 32), que examina «la licitud de definir legalmente un concepto, el de flagrancia, acuñado doctrinal y jurisprudencialmente con un contenido muy concreto y preciso, o, *lo que en definitiva viene a ser lo mismo*, desde la perspectiva de la legitimidad de imbricar una definición legal en un concepto consagrado constitucionalmente» (el subrayado pertenece a este trabajo). Como en el texto se señala parece útil distinguir dos problemas: la disponibilidad de tal categoría para el legislador en general y la vinculada directamente con el ejercicio del derecho con el que constitucionalmente se conecta dicha categoría.

⁸¹ La Sentencia TC 341/1993 no alude al artículo 779 LECr, lo que no deja de ser sorprendente ya que el mismo Tribunal Constitucional había acudido al mencionado precepto legal en su Auto 223/1993/1.

⁸² Son abundantísimas las Sentencias TS que aluden al derogado artículo 779 LECr. *Vid.*, entre ellas, a título de ejemplo, las Sentencias TS Ar. 1994/6710/ún.; Ar. 1994/6371/3; Ar. 1994/5558/2; Ar. 1994/2584/3. *Vid.*, también, en el plano doctrinal, LLOR BLEDA, J.: *Artículo...*, pág. 826.

las siguientes páginas van a tratar de precisar la noción constitucional de delito flagrante.

3. LA NOCIÓN CONSTITUCIONAL DE DELITO FLAGRANTE

En el momento en el que se dicta la Constitución se encuentran vigentes tanto el artículo 779 LECr, que definió a efectos procesales la flagrancia hasta 1988, como el artículo 553 LECr, que disciplinó, también hasta 1988, las relaciones entre inviolabilidad del domicilio y delito flagrante. Parece claro que la noción constitucional de delito flagrante no difiere, en exceso, de la recogida (con estrictos efectos procesales, en principio) en el artículo 779 LECr. Tal cercanía material (que no identidad, como se verá a continuación) puede deducirse de varios argumentos. El primero es que, como ya se ha indicado con anterioridad, el delito flagrante procesalmente definido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal había ya servido para delimitar otras formulaciones constitucionales de la inviolabilidad del domicilio (Constituciones de 1876 y 1931), siendo la vigente tributaria, en este punto, de aquéllas (expresamente de la Constitución de 1869, aunque formalmente se anude a la de 1876). El segundo argumento que induce a pensar que las nociones constitucional y procesal de delito flagrante son cercanas es que ésta última se encontraba vigente cuando el constituyente incluyó aquélla en la Constitución⁸³. El tercer (y último) argumento en la misma dirección es que no sólo —como ya se ha indicado— no se ha cuestionado la incompatibilidad material entre las nociones procesal y constitucional de delito flagrante, sino que, bien al contrario, el Tribunal Supremo ha intentado determinar la noción constitucional partiendo, en su examen, de la procesal⁸⁴. En la misma dirección, debe recordarse que el mismo Tribunal Constitucional ha señalado que el artículo 779 LECr contenía, en su vieja redacción, una definición de delito flagrante aplicable al artículo 553 LECr⁸⁵.

Lo cierto es que la Sentencia TC 341/1993 confirma esta hipótesis. Y ello, porque, aunque el Tribunal Constitucional comienza su (ecléctica) argumentación señalando que «no procede, asumir o reconocer

⁸³ No sólo en el artículo 18.2 CE como ya se ha indicado, sino también en el artículo 71.2 CE. Este hecho ha sido resaltado por MARTÍNEZ SOSPEDRA, M.: *Los límites...*, pág. 107.

⁸⁴ Lo que se muestra en las Sentencias TS Ar. 1994/7606/2, Ar. 1994/6371/3; Ar. 1990/2647/4 y Ar. 1988/6751/1, entre otras muchas.

⁸⁵ Auto TC 223/1993/1.

como definitiva ninguna de las varias formulaciones legales, doctrinales o jurisprudenciales, que de la flagrancia se han dado en nuestro ordenamiento», sigue aludiendo a «la arraigada imagen de la flagrancia como situación fáctica en la que el delincuente es “sorprendido” —visto directamente o percibido de otro modo— en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito».

No es difícil hacer ver que la noción constitucional que puede extraerse de éste párrafo coincide plenamente con la procesal. En ella se contemplan tanto la inmediatez personal como la temporal, que conformaban, como se recordará, la noción procesal de delito flagrante.

Tal equiparación, sin embargo, se romperá más adelante, en la misma Sentencia TC 341/1993. En efecto, el Tribunal Constitucional, en un salto argumentativo que no se justifica en su fundamentación⁸⁶, concluye que «no cabe sino reconocer que estas connotaciones de la flagrancia (evidencia del delito y urgencia de la intervención policial) están presentes en el artículo 18.2 de la norma fundamental».

Como se aprecia, la noción constitucional de delito flagrante no supone, solamente, inmediatez personal y temporal (resumidos por el Tribunal Constitucional en la evidencia del delito), sino que exige, también, y además, urgencia.

Este tercer elemento de la necesidad urgente en la noción constitucional de flagrancia es la que la diferencia de la noción procesal. Aunque el Tribunal Constitucional no justifica expresamente la inclusión del elemento de urgencia en la noción constitucional de delito flagrante, es posible fundamentar dicha exigencia. Para ello será preciso examinar la función constitucional que el delito flagrante tiene respecto de la inviolabilidad del domicilio. En esta misma dirección, será igualmente útil analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia.

Es evidente que el delito flagrante no cumple la misma función en los artículos 18.2 CE y 779 LECr⁸⁷ (éste, siempre en su vieja redacción). En el precepto constitucional, el delito flagrante se erige en un límite al ejercicio de un derecho fundamental: la inviolabilidad del domicilio; en el plano puramente procesal, tuvo por fin provocar, en ocasiones, un procedimiento especial, abreviado. Es igualmente claro que su capacidad limitadora respecto del derecho fundamental debe

⁸⁶ Extremo que ya ha hecho notar el autor de estas líneas en *Delito...*, pág. 206. La crítica de tal laguna argumentativa no impide compartir el fallo de la Sentencia (*ibidem*, pág. 210).

⁸⁷ *Vid.*, en este punto, ROSAL BLASCO, B. del: *El concepto...*, pág. 2.

ser restrictivamente interpretada, lo que explica la aplicación a éstas hipótesis del principio de proporcionalidad *lato sensu*.

Y es que los límites formales contenidos en el artículo 18.2 CE (resolución judicial, delito flagrante) deben respetar, para su correcta aplicación, requisitos materiales. Como se ha visto en el capítulo que antecede a éste, no basta cualquier resolución judicial para limitar la inviolabilidad del domicilio; sino que la entrada en ella prevista debe ser adecuada, necesaria y proporcionada⁸⁸ (lo que garantiza la menor lesión posible del derecho fundamental afectado).

Si se entiende, como el propio tenor del artículo 18.2 CE sugiere, que, como ya se ha indicado en este mismo trabajo, la hipótesis de delito flagrante excepciona la exigencia de previa resolución judicial (más que el derecho en sí), deberá concluirse, necesariamente, que tal entrada solamente puede realizarse cuando, además de la inmediatez personal y de la inmediatez temporal (que caracterizan la noción procesal de flagrancia) media una necesidad urgente. Esta última excepcióna el deber de acudir al órgano judicial para la obtención de la oportuna resolución judicial previa⁸⁹.

Esta interpretación se refuerza si se considera que la entrada domiciliaria basada en un delito flagrante impide que un órgano independiente del Estado (los jueces y tribunales que integran el Poder Judicial), valore preventivamente la proporcionalidad de la intromisión domiciliaria.

Es útil examinar, en esta línea de argumentación, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia; es decir, la relacionada con la virtualidad limitadora del delito flagrante con respecto de la inviolabilidad del domicilio⁹⁰. El Tribunal Supremo ha entendido que el delito flagrante debe interpretarse, como todo límite en materia de derechos

⁸⁸ Vid. el subepígrafe «Resolución judicial y proporcionalidad en la intervención judicial», *supra*, en el capítulo anterior.

⁸⁹ JOSÉ MARTÍNEZ LORCA estima que además de estos tres elementos citados, deben también darse otros dos: *a*) la subsidiariedad de esta medida excepcional y *b*) el fin concreto que la entrada debe perseguir (que es la de poner término al delito que se está cometiendo y/o la de detener al autor que lo acaba de cometer de manera ostentosa (en *Una aproximación...*, pág. 4). El primer elemento añadido, que es una manifestación del principio de proporcionalidad *lato sensu*, puede expresarse a través del criterio de la necesidad en la injerencia en el derecho fundamental y entenderse en buena medida incorporado en el requisito de la urgencia. El segundo elemento, el de la finalidad, va a ser tratado *infra*.

⁹⁰ Se sigue, en este punto, el trabajo del autor de estas líneas, *Delito...*, pág. 209 y siguientes, aunque se incluyen en esta redacción nuevas y numerosas Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en la misma materia.

fundamentales, de forma restrictiva⁹¹. Ello explica por qué la noción constitucional de delito flagrante deberá responder no sólo a las notas de inmediatez personal e inmediatez temporal, sino, también, a la de urgencia, que justifique la intervención policial. Estas consideraciones llevan al Tribunal Supremo a afirmar que «por delito flagrante en el concepto usual hay que entender aquél que se está cometiendo de la manera singularmente ostentosa o escandalosa, que hace necesaria la urgente intervención de alguien que termine con esa situación anómala y grave a fin de que cese el delito porque está produciendo un daño que debe impedirse inmediatamente o porque es posible conseguir que el mal se corte y no vaya en aumento, y, además, hay una razón de urgencia también para capturar al delincuente»⁹².

Tres son, en conclusión, las notas que caracterizan la noción constitucional de delito flagrante: inmediatez personal, inmediatez temporal y necesidad urgente.

Estas reflexiones hacen especialmente criticable la reciente Sentencia TC 94/1996, de 28 de mayo. La Sentencia tiene su origen en el recurso de amparo interpuesto por una mujer que, entre otras alegaciones que no vienen al caso⁹³, estima vulnerado su derecho a la inviolabilidad del domicilio. Los hechos que originan su procesamiento son, en resumen, los siguientes: tras el establecimiento de un dispositivo de vigilancia durante cuatro o cinco horas, la policía observa que la posteriormente demandante en amparo toma contacto en la calle con presuntos «clientes» y con otra mujer (presuntamente

⁹¹ Sentencias TS Ar. 1990/2647/4 y 5, y Ar. 1988/6751/1.

⁹² Sentencia TS Ar. 1990/2647/5, auténtico *leading case* en la materia. Jurisprudencia reiterada en, entre otras muchas, las Sentencias TS Ar. 1994/6404/2; 1994/5558/2; 1994/2584/3; 1994/1694/1; 1994/0667/2; 1993/8390/1, Ar. 1993/6416/1 y Ar. 1993/5912/. El Tribunal Supremo alude en ocasiones a los tres elementos que conforman el delito flagrante (inmediatez personal, inmediatez personal y necesidad urgente —Sentencias Ar. 1995/0801/ún., 1995/0156/5, 1994/6710/2, 1994/5558/2, 1994/1694/1, 1993/8390/1. *Vid.* también la Sentencia TS Ar. 1994/0667/2—). En otras, prefiere indicar que el delito flagrante debe cumplir dos requisitos (inmediatez temporal e inmediatez personal) y dos notas adjetivas (percepción directa y la necesidad de urgente intervención, —Sentencia TS Ar. 1995/6643/3 y Auto Ar. 1995/1821/ún.—).

⁹³ Se alega la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), en relación con el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 24.2 CE). Esta lesión en su derecho fundamental vendría provocada por la incomparecencia de ciertos testigos en el proceso. El Ministerio Fiscal es de la misma opinión que la recurrente. De otro lado, la recurrente también persigue en el procedimiento en amparo que, dada la ilicitud de los registros domiciliarios por vulnerar su derecho a la inviolabilidad del domicilio, no puedan derivarse de ellos prueba alguna en su contra, pues en caso contrario se desconocería, además, su derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE).

cómplice), para después penetrar en su domicilio y en otro cercano y, finalmente, volver a la calle y hacer efectivos tales intercambios u operaciones de venta de drogas. Cuando la policía decide detener a esta mujer, un policía ve, a través de la ventana del domicilio de la otra mujer, como ésta intenta deshacerse de droga vertiéndola en el inodoro.

La policía penetró en este domicilio y rescató del inodoro una bolsa con droga y, a continuación, realizó otro registro domiciliario en el domicilio de la detenida, encontrando cierta cantidad de dinero. Tales registros se justifican, para la policía, para la Audiencia Provincial de Málaga y para el Tribunal Supremo en la existencia de un delito flagrante.

La actora estima, sin embargo, que en el registro domiciliario de su piso no concurrió delito flagrante. Los oficiales de policía solamente vieron contactos e intercambios sospechosos, por lo que pudieron llegar a tener conocimiento fundado, e incluso constancia de la existencia de un delito, pero en ningún caso medió flagrancia⁹⁴. El Fiscal es de la misma opinión, y partidario por ello de la admisión del amparo solicitado ante el Tribunal Constitucional⁹⁵.

El Tribunal va a optar, sin embargo, por dar por buenos los dos registros domiciliarios. Comienza su argumentación rememorando las afirmaciones realizadas en la Sentencia que declaró la inconstitucionalidad del artículo 21.2 LOPSC. Estima que debe darse una evidencia del delito y es precisa también una urgencia en la actuación policial para que medie delito flagrante. El delito debe ser, por tanto, sorprendido —visto directamente o percibido de otro modo—⁹⁶.

Parece claro que el registro realizado en la casa de la coacusada se basa en un delito flagrante. Un policía percibe a través de los sentidos como esta mujer, que ha visto como detenían a su cómplice, intenta deshacerse de un paquete que, presumiblemente, contiene droga. Es verdad que este delito no puede calificarse de resplandeciente para todo viandante, pero sí lo es para el policía que la está vigilando desde hace algunas horas. Puede quizás, por esta vía interpretativa, en todo caso discutible⁹⁷, justificarse el primer registro domiciliario realizado por la policía.

⁹⁴ Antecedente 3.º de la Sentencia TC 94/1996.

⁹⁵ *Ibidem*, Antecedente 6.º

⁹⁶ Sentencia TC 94/1996/4.

⁹⁷ Discutible porque la aceptación de que en el presente caso concurrió un delito flagrante pone en cuestión el mismo instituto del delito flagrante y su razón de ser. En este caso, y en otros muchos de parecidas circunstancias, el delito flagrante es esperado

Más difícil resulta, a todas luces, justificar constitucionalmente el segundo registro; esto es, el realizado en el domicilio de la recurrente en amparo. El Tribunal Constitucional lo respalda entendiendo que se desarrolló por la concurrencia de un delito flagrante. El Tribunal justifica esta idea en varios argumentos. Recuerda, en primer lugar, que la policía había visto a la detenida entrar repetidas veces en su casa tras realizar las operaciones de intercambio. Indica, en segundo lugar, que la policía ya había registrado el otro piso, en el que encontró droga de la que se había intentado deshacer la otra mujer, y ello le lleva a entender que, en este caso, medió, «si no la percepción directa, sí al menos el conocimiento evidente de que en el domicilio de la promotora del presente recurso se había cometido un delito contra la salud pública»⁹⁸.

En definitiva, el Tribunal entiende que concurrieron en este registro «indicios racionales y vehementes» de que en el mismo se estaba cometiendo un delito. La policía pudo adquirir, así, un «conocimiento evidente acerca de la existencia del delito»⁹⁹.

El Tribunal Constitucional estima que también se dio la preceptiva urgencia que justificara la intervención policial. La urgencia de la intervención policial no se basaba ni en la aprehensión de la delincuente *in fraganti* (que ya había sido detenida), ni para evitar la consumación del delito (objetivo también logrado con la detención), sino «con la patente finalidad de evitar que, por cualquier circunstancia, otros efectos o instrumentos del delito corrieran el riesgo de desaparecer; necesidad que los citados funcionarios pudieron inferir de datos de carácter objetivo tales como, de nuevo, la conducta de la recurrente en las horas previas a su detención, en las que entró y salió repetidas veces de su propio domicilio tras contactar con los potenciales “clientes” de las sustancias prohibidas, o la gran proximidad entre su domicilio y el de la otra coacusada que, de hecho, se encuentran en una misma barriada, o la circunstancia de que la detención de aquélla se produjera en plena calle a la vista de otros vecinos»¹⁰⁰.

por la policía que se encuentra vigilando a un presunto delincuente. Pero, si la policía ya está vigilando a un sospecho hace horas, y le ve entrar y salir de un domicilio (el suyo u otro), ¿por qué no acude al Juzgado de Instrucción para obtener la pertinente autorización judicial de entrada y registro domiciliario y, en su caso, de detención de tal sospechoso? Lo que con esta observación se quiere cuestionar, o, al menos, suscitar, es la licitud de que la policía realice operaciones de vigilancia que condicionan la libertad de los particulares sin control judicial. La cuestión, a la que se volverá de inmediato en el texto, no es irrelevante si se considera que tales comportamientos policiales pueden tener por finalidad actuar, precisamente, al margen de la intervención judicial.

⁹⁸ Sentencia TC 94/1996/5B.

⁹⁹ *Idem*.

¹⁰⁰ *Idem*.

El Tribunal Constitucional entiende, en definitiva, que se cumplieron las dos notas que caracterizan al delito flagrante (la evidencia del delito —inmediatez personal y temporal, en este trabajo— y la urgencia que justificó la intervención policial). No es difícil, sin embargo, mostrar las debilidades argumentativas de estas dos ideas, que se proyectan en la propia Sentencia 94/1996.

Es discutible que, como el Tribunal señala, concurriera el requisito de la evidencia del delito. Es en efecto cuestionable decir que media delito flagrante cuando la policía tiene un «conocimiento evidente de que en el domicilio de la promotora del presente recurso se había cometido un delito contra la salud pública»¹⁰¹. Se ha visto en líneas anteriores, y se estima también ahora correcto, que la flagrancia delictiva supone una determinada forma de que se produzca la *notitia criminis*¹⁰². Se da cuando los sujetos perciben, públicamente, la comisión de un delito. En este caso, se vio a una mujer cometer presuntos delitos (de hecho, los policías vieron, según sus propias palabras, contactos e intercambios sospechosos en la calle) y, en ocasiones, penetrar en su morada. No se percibió en ningún momento que la mujer cometiera delito alguno en su domicilio, por lo que no puede decirse en puridad que en el piso se hubiera cometido delito alguno y, menos aún, flagrante.

Si es discutible que en el caso concreto existiera un delito flagrante respecto de las actuaciones de la mujer en la calle, parece imposible justificar en el mismo el posterior registro realizado en su domicilio. Esta idea, que puede parecer abstracta, se concreta en los resultados de la misma inmisión domiciliaria. ¿Qué encontró la policía en el registro? Dinero. Pero ningún policía sabía que iba a encontrar allí (de hecho, el propio Tribunal señala que la finalidad del registro era evitar la *eventual* desaparición o destrucción de los efectos e instrumentos del delito... realizado en la calle). Ese desconocimiento policial es buena prueba de que, en el caso concreto, no existió evidencia del delito realizado en el domicilio.

Es también discutible que concurriera, como la policía pretende y el Tribunal Constitucional confirma, la urgencia que justificara la intervención policial. Es llamativo que en los hechos que originan la presente Sentencia se aluda a una vigilancia policial de más de cuatro horas en la que no se acudió, según parece deducirse de los antecedentes de la propia Sentencia, al órgano judicial competente para ob-

¹⁰¹ *Idem.*

¹⁰² Esta cuestión ha sido extensamente tratada *supra*, en el subepígrafe *La noción procesal del delito flagrante: el derogado artículo 779 LECr.*

tener la correspondiente resolución judicial que les permitiera realizar la detención de las presuntas delincuentes y los subsiguientes registros domiciliarios. Es igualmente llamativo que la policía decidiera actuar en un determinado momento (cuya elección no se justifica de ninguna forma), habiendo visto con anterioridad contactos, intercambios sospechosos o delitos flagrantes, respecto de los que su intervención no parecía ser urgente ni obligada.

Con base en todas estas afirmaciones, el Tribunal Constitucional debería haber llegado a una solución distinta de la mantenida en la Sentencia 94/1996. Podría haber aprovechado esta ocasión para delimitar el papel que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad deben tener en un Estado social y democrático de Derecho, subordinado en sus funciones de investigación de los delitos en relación con el poder judicial (en especial, con la jurisdicción penal) y primigeniamente conectado con la prevención del orden público.

Esta solución habría sido, obvio es decirlo, más coherente con la construcción doctrinal del delito flagrante (en sus acepciones procesal y constitucional) y con su propia jurisprudencia anterior (Sentencia TC 341/1993/8).

Por estas razones, y pese al tenor de la Sentencia TC 94/1996, es más conveniente defender doctrinalmente que la noción constitucional del delito flagrante debe contar con los tres elementos a los que ya se ha aludido con cierta extensión en páginas anteriores: la inmediatez personal, la inmediatez temporal y la necesidad urgente que justifique la intervención policial.

Obvio es decir que cualquier formalización legislativa que desconozca tal noción constitucional, con la intención de afectar al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (o al artículo 71.2 CE), debe ser tachada de inconstitucional. Por el contrario, nada impide al legislador alterar o troquelar la noción procesal del delito flagrante, pues tal afectación legal no conllevaría la alteración de la noción constitucional de delito flagrante.

Desde esta perspectiva puede afirmarse que, posiblemente, en dos ocasiones, a juicio del autor de estas líneas, se ha hecho en nuestro país mal uso de la noción constitucional de delito flagrante. En las siguientes páginas se describirán, brevemente, tales incorrectas formalizaciones legislativas de la noción constitucional de delito flagrante. Asimismo, se examinará, brevemente, otra incorrecta lectura jurisprudencial de la noción constitucional de delito flagrante, además de la analizada en estas páginas.

4. DOS DISCUTIBLES FORMALIZACIONES LEGISLATIVAS Y UNA CUESTIONABLE LECTURA JURISPRUDENCIAL DE LA NOCIÓN CONSTITUCIONAL DE DELITO FLAGRANTE

4.1. La legislación antiterrorista de 1978

En fechas relativamente recientes se ha debatido ampliamente la formalización legislativa de la noción constitucional del delito flagrante, con ocasión de la aprobación del polémico artículo 21.2 LOPSC.

No obstante puede ser útil analizar brevemente la legislación antiterrorista dictada en el año 1978. La razón es que en ella el legislador realiza una inadecuada formalización de la noción de flagrante delito contenida, en aquél momento, en el Proyecto de Constitución. Se alude, aquí, al Real Decreto-Ley 21/1978, de 30 de junio y a la Ley 56/1978, de 4 de diciembre, que regula algunas medidas en relación con los delitos cometidos por los grupos organizados y armados.

Merece la pena referirse, aunque sea brevemente, a tales disposiciones porque, durante la tramitación parlamentaria de la Ley 56/1978, se aprecian muchas de las posiciones y opiniones que se repetirán, catorce años después, respecto de la Ley de Protección de Seguridad Ciudadana.

Debe comenzarse este análisis recordando que, en junio de 1978, el Gobierno (apoyado por la UCD) presenta un Proyecto de ley sobre delitos cometidos por grupos o bandas armadas¹⁰³. El mismo texto que es utilizado por el Gobierno para dictar un Decreto-ley es aceptado por la Comisión de Urgencia legislativa¹⁰⁴. El artículo 3 de ambos cuerpos legales señala que a los efectos prevenidos en el artículo 553 LECr —norma que habilita a los Agentes de policía a realizar entradas domiciliarias—, los delitos a los que la norma en cuestión se refiere (es decir; los cometidos por grupos organizados y armados), son, siempre, flagrantes.

En concreto, en la tramitación parlamentaria al texto del artículo se le añade un segundo párrafo en el que se señala que «el Ministro del Interior comunicará inmediatamente al Juez competente el registro

¹⁰³ BOC 1978 104, de 8 de junio.

¹⁰⁴ Publicado en el BOE de 1 de julio de 1978.

efectuado, las causas que lo motivaron y los resultados obtenidos del mismo»¹⁰⁵. Pese a esta modificación, la discusión parlamentaria del artículo 3 de la, finalmente, Ley 56/1978, de 4 de diciembre, sobre medidas en relación con los delitos cometidos por los grupos organizados y armados, recuerda en muchas ocasiones, como ya se ha indicado, a la acaecida en relación con el artículo 21.2 LOPSC. En efecto, en ambos casos se ha mantenido —en sede parlamentaria— la innecesariedad de tal precepto¹⁰⁶ y, también, su posible inconstitucionalidad¹⁰⁷.

Ciertamente, el artículo 3 de la Ley 56/1978 no redefine la noción de flagrante delito sino que contiene una presunción legal que supone que todo delito en una determinada materia (la terrorista) es, siempre, flagrante. De esta forma se desnaturaliza la noción constitucional de flagrante delito. Y se hace, precisamente, para permitir mayores intervenciones en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Es claro que, con ello, se desconoce el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, tal y como sería aprobado en la Constitución española de 1978.

Podría argüirse que tal limitación, si bien no es acorde con la noción constitucional de flagrante delito mantenida en el artículo 18.2 CE, sí lo es en relación con el artículo 55.2 CE. Pero parece claro que la suspensión individual del derecho recogida en el artículo 55.2 CE no puede ser formalizada a través de una redefinición de la noción constitucional de delito flagrante. Por estas razones, es posible entender que la aprobación de la Constitución derogó los preceptos con fuerza de ley que se acaban de examinar.

¹⁰⁵ La modificación se realiza en el Informe de la Ponencia en el Congreso (cuyo debate en Comisión se puede analizar en *DSCD* 1978 C 111).

¹⁰⁶ En relación con la Ley de 1978, *vid. DSCD* 1978 111, pág. 4311 (Cuerda Montoya, GPV). Comparese con las intervenciones de Trillo Figueroa y Trias de Bes en relación con el artículo 21.2 LOPSC (*DSCD* 1991 P 137 pág. 6594 y 6628, respectivamente).

¹⁰⁷ En relación con la ley de 1978, *DSS* 1978 38, pág. 1523-1524 (Bandrés Molet, Euskadiko Ezquerria); 1531 (Vidarte de Ugarte, Grupo de Senadores Vascos). *Vid.* también el Informe de la Ponencia del Senado (publicado en el *BOC* 1978 146 bis) no seguido en este punto en el Dictamen de la Comisión (*BOC* 1978 149). *Vid. DSS* 1978 57, pág. 2846-2847, donde se señala que la medida propuesta en el proyecto de ley es *a)* desproporcionada y *b)* supone una vejación en relación con el poder judicial (intervención de Navarro Estevan, del Grupo de Socialistas del Senado —*Vid.*, también, pág. 2849—). Compárense dichas afirmaciones con las realizadas, en relación con el artículo 21.2 LOPSC, por, entre otros muchos, CASTELLANO CARDLLIAGUET (*DSCD*, 1991 P 137 pág. 6615) y OLIVER CHIRIVELLA (*ibidem*, pág. 6583), respectivamente.

4.2. El artículo 21.2 de la LO 1/1992 sobre Protección de la Seguridad Ciudadana

El artículo 21.2 LOPSC ha suscitado buen número de críticas durante su tramitación parlamentaria y tras su aprobación definitiva. Estas críticas se han vertido en medios de comunicación social¹⁰⁸, en un buen número de trabajos doctrinales¹⁰⁹ (que comentan o bien el precepto legal o, en su caso, la Sentencia del Tribunal Constitucional que declara su nulidad) y en tres recursos y dos cuestiones de inconstitucionalidad interpuestos ante el Tribunal Constitucional¹¹⁰.

El precepto finalmente¹¹¹ aprobado señalaba que «será causa legítima para la entrada y registro en domicilio por delito flagrante el

¹⁰⁸ En este sentido, pueden citarse (como ya se hizo en el trabajo de quién escribe estas líneas, *Delito...*, pág. 197, nota 1) los artículos de los profesores JUAN J. SOLOZÁBAL (*El País*, de 22 de diciembre de 1991), ENRIQUE GIMBERNAT (*ABC*, de 18 de agosto de 1991), MANUEL JIMÉNEZ DE PARGA (*La Vanguardia*, 16 de junio de 1991 y 13 de octubre de 1991; *El Sol* de 26 de octubre de 1991), JORGE DE ESTEBAN (*El Mundo* de 13 de noviembre de 1991), entre otros muchos. El último diario citado reunió el 21 de octubre de 1991 las opiniones de varios profesores de Derecho Constitucional y publicó, también, el Manifiesto de varios catedráticos de la disciplina contra el Proyecto de ley. Por su parte, *El País* publicó también un crítico estudio sobre la ley en su periódico de 5 de diciembre de 1991. También debe recordarse el Seminario que sobre el problema se celebró en el Centro de Estudios Constitucionales el 18 de octubre de 1991 que contó con la participación de los profesores Manuel Jiménez de Parga, Manuel Aragón Reyes, Juan J. Solozábal Echavarría, Diego López Garrido y Pedro J. González Trevijano, entre otros.

¹⁰⁹ Como son los de FERNÁNDEZ ENTRALGO, J.: *¡Pase...!*; LORCA MARTÍNEZ, J.: *Una aproximación...*; FAIRÉN GULLÉN, V.: *Algunas...*; ROSAL BLASCO, B. del: *El concepto...*; ALEGRE ÁVILA, J. M.: *El artículo...*; CASTILLO BLANCO, F. A.: *Comentarios...*; MASSO GARROTE, M. F.: *Nota...* y, en fin, el escrito por el autor de estas líneas, *Delito... Vid.*, asimismo, los artículos relacionados con el artículo 21.2 LOPSC de la Revista *EJC*, 8 (1993). Aluden también a esta materia GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J.: *La inviolabilidad...*; ALONSO DE ANTONIO, Á. L.: *El derecho...*; FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *El sistema...* y PEDRAZ PENALVA, E.: *El registro...*

¹¹⁰ Los recursos de inconstitucionalidad son los números 1045/92, presentado por noventa y un diputados al Congreso; 1279/92, interpuesto por el Parlamento de las Islas Baleares; y 1314/1992, interpuesto por la Junta General del Principado de Asturias. El último Recurso citado es considerado como el Tribunal como extemporáneo (Fundamento Jurídico 1.a de la Sentencia), como ya lo considerara el Abogado del Estado (Antecedente 16.a). Las cuestiones de inconstitucionalidad a las que se aluden son la 2810/1992, planteada por la Sección 15 de la Audiencia de Madrid y la 1372/1992, promovida por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla. La Audiencia de Madrid sostiene, acertadamente, que la flagrancia se ve, se observa, no se demuestra, y aparece vinculada a la prueba directa y no a la indirecta, circunstancial o indiciaria (como recuerda la Sentencia TS Ar. 1995/0037/1).

¹¹¹ Esta última disposición ha sufrido significativas modificaciones durante su tramitación. El texto del Anteproyecto legitimaba las entradas policiales realizadas en «espa-

conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad 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, siempre que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito».

No puede negarse la novedad que supone la redacción del artículo 21.2 LOPSC en relación con la noción constitucional de flagrante delito¹¹². Ésta fue puesta de manifiesto en el mismo debate parlamentario por los señores Corcuera o Mohedano¹¹³ y provocó que el Tribunal

cios en que habitualmente no se desarrolle la vida íntima de sus titulares». Este texto fue duramente criticado en el Informe que sobre el Anteproyecto realizara el Consejo General del Poder Judicial (de 18 de diciembre de 1990), que recordaba la noción extensiva del concepto constitucional de domicilio, mantenida por el Tribunal Constitucional (especialmente, en su Sentencia TC 137/1985). Ello explica la nueva redacción dada al artículo 21.2 del Proyecto, que señalaba que «A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, será causa legítima para la entrada y registro en domicilio por delito flagrante el conocimiento por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de que se está cometiendo alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, castiga el Código Penal».

Ya en sede parlamentaria, el precepto es modificado en la Comisión de Interior y Justicia del Congreso de los Diputados. La nueva redacción del precepto legal exige ahora, en primer lugar, frente al simple conocimiento, el conocimiento fundado (lo que, como acertadamente ha señalado PEDRO J. GONZÁLEZ-TREVIJANO, constituye un pleonasma, porque todo conocimiento es, necesariamente, fundado —en *La inviolabilidad...*, pág. 220—). En segundo lugar, legitima la entrada policial no sólo en el momento de la comisión delictiva, sino también cuando se acaba de cometer el delito. En tercer lugar, exige, finalmente, «que la urgente intervención de los Agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito». El artículo 21 es posteriormente modificado por el Senado, que incorpora la exigencia del «conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer» un delito en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Un breve resumen de la tramitación parlamentaria de la Ley en SALA ARQUER, J. M.: *La tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, EJC*, 8 (1993), págs. 159-164 y, especialmente, en MARTÍNEZ SOSPEDRA, M.: *Los límites...*, pág. 75-95. *Vid.*, también, en este punto, GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, pág. 216 y ss.

¹¹² De hecho, si se entendiese que no es novedoso sería, en todo caso, superfluo e inútil. Debe recordarse que, con base en esta argumentación, el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 18 de diciembre de 1990 proponía la supresión del, entonces, artículo 20.2 del Anteproyecto LOPSC. *Vid.* FERNÁNDEZ ENTRALGO, J.: *¡Pase...!*, pág. 39.

¹¹³ *DSCD*, 1991 P 137 (10 de octubre de 1991), pág. 6603. En un momento posterior, añade que «la flagrancia no es para sustituir lo que tiene que hacer el juez; la flagrancia es para cuando el juez no lo puede hacer» (pág. 6624). Esta afirmación convierte la flagrancia no en un problema de evidencia, sino de oportunidad policial.

Constitucional entendiéndose¹¹⁴ que el artículo 21.2 LOPSC vulneraba el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

La razón es que, si bien el artículo 21.2 LOPSC incorpora la nota constitucionalmente exigida de urgencia, el «conocimiento fundado» exigido en el mismo precepto legal, en cuanto no integra necesariamente un conocimiento o percepción evidente, va notoriamente más allá de aquello que es esencial o nuclear a la situación de flagrancia: la evidencia del delito (en este trabajo escindida en dos elementos: inmediatez personal e inmediatez temporal).

El artículo 21.2 LOPSC es contrario al núcleo esencial de la inviolabilidad del domicilio no porque el legislador no haya tenido en cuenta las distintas funciones de las nociones procesal y constitucional de delito flagrante (que explican la exigencia de urgencia en la constitucional¹¹⁵), sino porque ha desconocido la idea *in genere* de flagrancia, uno de los institutos jurídicos más asentados culturalmente.

Ello explica que haya existido una crítica doctrinal prácticamente¹¹⁶ unánime¹¹⁷ al artículo 21.2 LOPSC por desconocer la noción de delito flagrante contenida en el artículo 18.2 CE.

¹¹⁴ Sentencia 341/1993/8b. Posteriormente, el Tribunal Constitucional ha dictado su Sentencia 387/1993, por la que resuelve una nueva Cuestión de Inconstitucionalidad, interpuesta por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en relación con el artículo 21.2 LOPSC. Se analizan semánticamente las nociones de conocimiento fundado, constancia y evidencia en FAIRÉN GUILLÉN, V.: *Algunas...* y MORENO BERNAL, J.: «Interpretación lingüística de los términos del artículo 21.2 LOPSC y de la Sentencia del Tribunal Constitucional», *EJC*, 8 (1993).

¹¹⁵ En este sentido debe recordarse, una vez más, que no toda infracción de los preceptos legales en la realización efectiva de la entrada domiciliaria conlleva vulneración del algún derecho fundamental. Así, un registro domiciliario realizado exclusivamente por la policía sin que medie necesidad urgente vulnera el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de los afectados, porque la entrada no supone una limitación proporcional del derecho (*vid.* la Sentencia TS Ar. 1995/9644/3). Por otro lado, un registro en el que no se respeten preceptos legales (como el que prevé la presencia de testigos), no vulnera el derecho fundamental en examen (aunque sí, quizás, otros derechos fundamentales —derechos de defensa— y, por supuesto, principios básicos del procedimiento —sobre todo, el contradictorio—). *Vid.*, en este sentido, entre otras muchísimas, las Sentencias TS Ar. 1994/8176/2; 1994/1771/2 y Ar. 1992/2741/1. En sentido equívoco, *vid.* MASSO GARROTE, M. F.: *Nota...*, pág. 179.

¹¹⁶ *Vid.*, aparte del trabajo que va a ser inmediatamente citado en el texto, FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *El sistema...*, pág. 226.

El Defensor del Pueblo había defendido la constitucionalidad del artículo 21.2 LOPSC, entendiendo que el término constancia otorga rigidez al precepto, «de forma que no admite otras interpretaciones que las derivadas de su propio significado, es decir, certeza o exactitud de un hecho que se obtiene únicamente por el conocimiento directo a través de los sentidos y no de ninguna otra forma» (en su *Informe Anual de 1992 y Debates en las Cortes Generales. I: Informe*. Madrid, 1984, págs. 967-968).

Incluso, el magnífico trabajo de Juan M. Alegre Ávila, donde se defiende la constitucionalidad del artículo 21.2 LOPSC, parte de que el legislador ha desconocido la noción constitucional de flagrante delito¹¹⁸. Ello no impide que el autor entienda que tal precepto no es contrario a la Constitución por no vulnerar el núcleo esencial del derecho fundamental¹¹⁹. El autor distingue así dos cuestiones. Una, la inadecuada lectura que de la noción constitucional de delito flagrante se contiene en el artículo 21.2 LOPSC, que el autor no discute. Otra, la no incidencia de tal lectura de la noción constitucional de delito flagrante en el contenido esencial del derecho fundamental. La argumentación no es ociosa, y exige, por ello mismo, que en este trabajo se realicen un par de valoraciones.

La primera se refiere a la (a juicio del autor de estas líneas) incorrecta determinación que del núcleo (esencial) del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio se realiza en el trabajo de Juan M. Alegre Ávila. Entiende el autor¹²⁰ que tal contenido esencial es el «poder jurídico de su titular de impedir las *inmisiones* indebidas o no justificadas debidamente en el ámbito a que se extiende el domicilio en sentido constitucional». El autor entiende, así, que lo que la Constitución prohíbe son las injerencias en el derecho; es decir: las entradas irrazonables¹²¹. Esta interpretación del artículo 18.2 CE, que acerca el régimen constitucional del derecho al contenido en la IV Enmienda de los Estados Unidos, olvida, de un lado, que la Constitución incorpora (rigurosamente además, como ya se ha indicado) una garantía judicial al derecho, que se sitúa, indudablemente, en el conte-

¹¹⁷ Ya se había adelantando la inconstitucionalidad del artículo 21.2 LOPSC en los trabajos de FAIRÉN GULLÉN, V.: *Algunas...*, pág. 59; MARTÍNEZ SOSPEDRA, M.: *Los límites...*, pág. 108; MASSO GARROTE, M. F.: *Nota...*, pág. 180; LORCA MARTÍNEZ, J.: *Una aproximación...*, pág. 5; implícitamente PEDRAZ PENALVA, E.: *El registro...*, pág. 215. *Vid.*, también, el magnífico trabajo de JESÚS FERNÁNDEZ ENTRALGO (*¡Pase...!*).

Comparten el sentir del Tribunal Constitucional CASTILLO BLANCO, F. A.: *Comentarios...*, pág. 318-320; HERRERO-TEJEDOR, F.: «La primacía de la libertad sobre la eficacia», *EJC*, 8 (1993), págs. 72-73; MONTAÑÉS PARDO, M. A.: «Algunas consideraciones sobre la Ley de Seguridad Ciudadana a la luz de la jurisprudencia constitucional», *EJC*, 8 (1993), pág. 82; ESPÍN TEMPLADO, E.: «La inviolabilidad del domicilio y el concepto de flagrancia», *EJC*, 8 (1993), pág. 92; GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *La flagrancia...*, pág. 103 (aunque en tal trabajo se recoge una discutible formalización de la noción de evidencia. *Ibidem*, pág. 102) y el mismo autor de estas líneas, en *Delito...*

¹¹⁸ ALEGRE ÁVILA, J. M.: *El artículo...*, pág. 34.

¹¹⁹ *Ibidem*, pág. 35 y ss.

¹²⁰ *Ibidem*, pág. 39.

¹²¹ *Idem*.

nido nuclear del mismo¹²². Pero es que, además, desconoce que en materia de política criminal, el propio constituyente ha fijado *expresamente* el régimen lícito de entradas: la existencia de delito flagrante.

Nuestra Constitución exige que toda entrada domiciliaria se vea precedida, en principio, de una resolución judicial. Se podría alegar (como ya se apuntó también respecto del artículo 3 de la Ley 56/1978, sobre medidas en relación con los delitos cometidos por los grupos organizados y armados) que el artículo 21.2 LOPSC fija un supuesto donde el derecho fundamental limita con otros derechos; que estamos ante un supuesto en el que el derecho fundamental choca con el orden público constitucional, y que ello explica que si bien el camino utilizado por el legislador no es el dogmáticamente más acertado, su fin justifica la regulación material.

Pero (y aquí se entra en la segunda valoración anunciada) tal argumentación no es de recibo. No es constitucionalmente legítima (siempre a juicio del autor de este trabajo) la equiparación legislativa de los delitos terroristas y de los delitos flagrantes (artículo 55.2 CE) o la afirmación de que los incendios o las misiones de salvamento se equiparan al de delito flagrante. En el caso de las bandas terroristas, porque el artículo 55.2 CE ya habilita directamente al legislador para limitar, entre otros derechos, el de la inviolabilidad del domicilio. No es preciso alterar los contenidos recogidos en el artículo 18.2 CE¹²³. En el caso de los límites producidos por el orden público constitucional, el límite tiene su origen en el propio texto constitucional, que como tal debe ser invocado (a través de una interpretación sistemática de la misma).

Tales formalizaciones legislativas son inválidas no porque sus fines (incluso, en casos concretos, sus consecuencias prácticas) no sean legítimos, sino porque, simplemente, el legislador no puede alterar las

¹²² *Vid.*, en este sentido, y por todas, la Sentencia TC 199/1987/9, de 16 de diciembre. Éste es el contenido normal del derecho, que puede ser limitado en aras a una mejor protección del orden público constitucional, si fuera preciso (*vid.* el capítulo del presente trabajo dedicado al orden público como criterio delimitador de los derechos fundamentales).

¹²³ Y es que el legislador no puede troquelar ni modificar las nociones constitucionales. Esta idea se muestra claramente en la Declaración TC de 1 de julio de 1992, en relación con el Tratado de Maastricht (como el autor de estas líneas ya hizo notar, extensamente, en *Delito...*, págs. 203-204). PEDRO J. GONZÁLEZ TREVIJANO (*La inviolabilidad...*, pág. 224) y el propio Defensor del Pueblo (*Informe...*, pág. 965) recuerdan, también, la Sentencia TC 76/1983/4, de 5 de agosto. *Vid.*, también, la Sentencia TC 214/1989/5, de 21 de diciembre y, en el plano doctrinal, FERNÁNDEZ ENTRALGO, J.: *¡Pase...!*, pág. 33 y ALEGRE ÁVILA, J. M.: *El artículo...*, pág. 33.

nociones constitucionales cuando pretende, con ello, afectar al derecho fundamental al que tales nociones delimitan.

En conclusión puede afirmarse que el delito flagrante es lo que es y sirve, exclusivamente, para lo que sirve. Solamente puede entenderse que concurre cuando existen inmediatez personal, inmediatez temporal y necesidad urgente. Sólo cuando se den estos elementos estamos en presencia de un delito flagrante a efectos constitucionales.

Por ello no pueden compartirse las formalizaciones legislativas del delito flagrante a las que se ha hecho referencia en páginas anteriores. Tampoco es, en este sentido, asumible la doctrina contenida en la Sentencia TS de 8 de septiembre de 1993¹²⁴, que se examina brevemente a continuación.

4.3. La Sentencia TS de 8 de septiembre de 1993 y los límites del derecho a la inviolabilidad del domicilio (remisión)

La Sala segunda del Tribunal Supremo ha justificado en esta Sentencia una entrada policial que pretendía liberar a una menor que había sido secuestrada, entendiéndose que existía un delito flagrante. Y ello a pesar de que en la misma se dice que el lugar del secuestro había sido localizado; es decir, que no existió percepción sensorial del delito previa a la entrada.

En un sentido cercano, se ha afirmado recientemente¹²⁵ que «si una persona [...] reclama el auxilio del agente policial para prevenir un homicidio que se está cometiendo a una manzana del lugar en el que se encuentra, el policía no podrá demorar su urgente intervención escudándose en que no percibe sensorialmente los hechos delictivos». Y ello, porque «existirá, pues, el estado de flagrancia, aun sin percepción sensorial, en base a la evidencia obtenida por un conocimiento directo del delito que se está cometiendo o se acaba de cometer».

Si bien la conclusión a la que llegan tanto el Tribunal Supremo como José Garberí Llobregat (la licitud constitucional de la entrada) no es, quizás, discutible, el fundamento de la intervención policial no es ya la existencia de delito flagrante (constitucionalmente prevista en

¹²⁴ Sentencia TS Ar. 1993/6707.

¹²⁵ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *La flagrancia...*, pág. 102. Es paradójico que el autor se refiera, en este punto, a los delitos cometidos en lugares públicos cuando, en opinión del autor de este trabajo, su comisión en lugares cerrados (en domicilios a efectos constitucionales) exigen la inmediata intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado aun en ausencia de flagrante delito (sobre estos temas, *vid.*, *supra*, las páginas dedicadas al orden público como criterio delimitador de los derechos fundamentales).

el artículo 18.2 CE), sino, más simplemente, la limitación del derecho a la inviolabilidad del domicilio producida por concurrir otros derechos fundamentales (la vida y seguridad personal de la menor o la vida, respectivamente), que deben prevalecer a todas luces.

4.4. Consideraciones finales en torno a la delimitación conceptual de la noción constitucional de delito flagrante

Lo que las líneas anteriores pretenden poner de manifiesto ante todo es la posible tentación de utilizar la noción de delito flagrante (o, en su caso, de consentimiento¹²⁶) para asimilar supuestos distintos. Pero también que, en ocasiones, las limitaciones efectivamente provocadas pueden ser perfectamente constitucionales, por justificarse expresamente en otros preceptos constitucionales. Ahora bien, para que tales limitaciones no sean invalidadas deben, como es lógico, adoptarse de forma lícita, y no a través de la *mutación* de las diferentes nociones contenidas en la Constitución española.

Estas reflexiones cierran el análisis (polémico, como se ha visto) de la noción constitucional de flagrante delito. Ahora bien, resuelta esta cuestión, surgen otras, de índole práctico, que no han recibido la atención de nuestra doctrina y a las que se dedican las siguientes líneas.

5. ALGUNAS CUESTIONES PRÁCTICAS RELACIONADAS CON LA DELIMITACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DELITO FLAGRANTE Y LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO

En efecto, la doctrina y jurisprudencia (constitucional y ordinaria) han centrado su análisis en la noción constitucional de flagrante delito con-

¹²⁶ Recuérdese, en este punto, como se ha defendido, en relación con la ejecutoriedad de los actos administrativos que conllevan entradas domiciliarias, que la falta de impugnación de los mismos podría asimilarse a un consentimiento tácito a la entrada administrativa (*vid.*, así, el subepígrafe «La reacción doctrinal: la inviolabilidad del domicilio y la ejecutoriedad de los actos administrativos», *supra*, en el anterior capítulo de este trabajo). Asimismo, en el clásico *Curso de Derecho Político* del profesor VICENTE SANTAMARÍA PAREDES (3.ª ed. Madrid, 1887), se entiende que media consentimiento tácito de entrada en los casos urgentes de agresión ilegítima o de incendio, inundación u otro peligro de análoga naturaleza (pág. 184).

tenida en el artículo 18.2 CE (y, en principio, aplicable también al artículo 71.2 CE).

Ese debate doctrinal, sin duda alguna, relevante, ha provocado que otros extremos relacionados con la afectación del delito flagrante a la inviolabilidad del domicilio no hayan sido doctrinalmente examinados¹²⁷. La ausencia de estudios y resoluciones judiciales que las resuelvan únicamente permiten adelantar algunas ideas, a modo de hipótesis, que parecen deducirse de la lógica jurídica aplicada a la delimitación constitucional de la flagrancia delictiva.

Así, por ejemplo, no se ha cuestionado nuestra doctrina si el límite del delito flagrante contenido en el artículo 18.2 CE opera solamente respecto de los domicilios de los sospechosos o puede afectar, también, a domicilios constitucionales de terceros en los que el delincuente *in fraganti* se refugie. Planteado en términos negativos, la cuestión sería la siguiente: ¿Puede desconocerse el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio cuando el titular del derecho no ha cometido delito flagrante, aunque sí lo haya hecho un tercero?

Debe recordarse que el artículo 5 de la Constitución de 1869 señalaba que «cuando un delincuente hallado *in fraganti* y perseguido por la Autoridad o sus agentes se refugiare en *su* domicilio, podrán éstos penetrar en él»¹²⁸. Pese al tenor literal de la Constitución de 1869, es, quizás, más acertado entender hoy que la limitación constitucional referida al derecho a la inviolabilidad del domicilio juega respecto del domicilio en el que se refugie el delincuente *in fraganti* o en el que se esté cometiendo (o se acabe de cometer) el delito flagrante, con independencia de que la acción sea cometida por el titular del domicilio o por un tercero.

La razón es que, si estamos ante una situación de necesidad urgente, no parece lógico ni conveniente someter la entrada domiciliaria a la previa identificación del sospechoso y del domicilio, para, posteriormente, examinar si el primero es titular del segundo. Si tal operación previa fuera necesaria para realizar la entrada, la misma podría, igualmente, someterse a la existencia de una resolución judicial. No parece ser ésta la voluntad del constituyente. Éste, bien al contrario, posibilita la realización inmediata de entradas domiciliarias en caso de flagrante delito. De la exigencia de urgencia y de su correlativo, la necesidad de una inmediata entrada domiciliaria, se deriva que no es constitucional-

¹²⁷ Algunas de ellas, sin embargo, han sido apuntadas por el autor de estas líneas en *Delito...*, pág. 216.

¹²⁸ El subrayado corresponde a este trabajo.

mente relevante que el domicilio afectado sea el del propio sospechoso o el de un tercero¹²⁹. De hecho, el artículo 10 de la Ley de Orden Público de 23 de abril de 1870 que desarrollaba el artículo 5 de la Constitución de 1869, permite la entrada en el domicilio en el que el delincuente *in fraganti* pretende refugiarse, sea éste propio a ajeno¹³⁰.

Es también cuestionable si existe una habilitación *ex constitutione* en favor de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (y, en su caso, de los particulares) para la realización de entradas domiciliarias que tengan su origen en un delito flagrante o si es precisa la *interpositio legislatoris*. La cuestión, que puede parecer eminentemente teórica por conectarse con la necesidad de que las facultades de los poderes gubernativos se vean legalmente atribuidas, ha recibido en nuestra doctrina y jurisprudencia una respuesta absolutamente pragmática.

En efecto, debe comenzarse recordando que la antigua redacción del artículo 553 LECr, que permitía a los Agentes de Policía realizar registros en lugares habitados cuando, entre otras hipótesis, un individuo fuera sorprendido en flagrante delito o cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la autoridad, se ocultara o refugiara en alguna casa, fue derogada por la LO 4/1988, de 25 de mayo. Esta misma Ley da una nueva redacción al artículo 553 LECr, que permite ahora a los Agentes de policía, en su primer párrafo, «proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando [...] sean sorprendidas en flagrante delito» o «cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los agentes de la autoridad se oculte o refugie en alguna casa», entre otras hipótesis. Pese a las modificaciones en el tenor literal del artículo 553 LECr, nuestra doctrina¹³¹ y jurisprudencia no dudan en afirmar¹³² que el artículo 553 sigue desarrollando, en la actualidad, el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, y autoriza la realización de entradas domiciliarias.

Tampoco se ha suscitado en el seno de nuestra doctrina si los particulares, capacitados en virtud del artículo 490 LECr para detener al

¹²⁹ De hecho el artículo 553 LECr en su vieja redacción ya alude al supuesto de que el delincuente se refugie *en alguna casa* (el subrayado pertenece a este trabajo). Es cierto, como indica JESÚS GARCÍA TORRES, que esta hipótesis puede plantear problemas cuando el delincuente pretenda refugiarse en un domicilio que nada tenga que ver con él (en *Voz...*, pág. 2158).

¹³⁰ *Vid.*, en idéntico sentido, los artículos 12 *in fine* del Anteproyecto de Ley de Orden Público de 1929 y 16.2 de la Ley de Orden Público de 1933 (en SAINZ DE VARRANDA, R.: *Colección de leyes fundamentales*. Zaragoza, 1957).

¹³¹ *Vid.*, en este punto, por todos, MASSO GARROTE, M. F.: *Nota...*, pág. 168.

¹³² Sentencias TS Ar. 1994/5558/2; 1994/0935/2; 1993/9941/3; 1993/6707/7 y 1992/2363/2.

delincuente *in fraganti*, pueden, para ello, realizar entradas domiciliarias. Parece claro que el artículo 553 LECr solamente autoriza la realización de entradas domiciliarias en caso de delito flagrante a los agentes de policía. Ello excluye, en principio, que los particulares puedan realizar tales entradas domiciliarias en caso de delito flagrante. El ordenamiento vigente no autoriza, hoy por hoy¹³³, a los particulares a que realicen entradas domiciliarias para aprehender al delincuente *in fraganti*. Ahora bien, no sería inconstitucional que el legislador ordinario contemplara tal posibilidad siempre que respetara las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad en sentido lato.

Debe asimismo discernirse cuál es la finalidad de las entradas domiciliarias realizadas cuando concurre un delito flagrante: si éstas permiten exclusivamente la detención del delincuente sorprendido o habilitan también a los perseguidores a realizar un registro domiciliario con el objeto de secuestrar las evidencias, efectos o instrumentos conectados con el delito flagrante. Es evidente que la pretensión primera es la detención del delincuente o de los delincuentes. No lo es menos que es habitual posibilitar, asimismo, que los Agentes de Policía realicen un registro en el lugar para hacerse con las evidencias, instrumentos y efectos relacionados con el delito. El registro es así contemplado en el propio artículo 18.2 CE (entrada o registro) y en las versiones vieja y nueva del artículo 553 LECr. El Tribunal Supremo ha respaldado, en la misma dirección, la realización de registros domiciliarios que siguen a una entrada domiciliaria provocada por una situación de flagrancia¹³⁴.

Sin embargo, la discutible Sentencia TS de 4 de febrero de 1994¹³⁵ ha dado un paso más en esta dirección, amparando bajo el supuesto de delito flagrante la entrada en un corral de un vecino para recuperar una bolsa (presumiblemente, con droga en su interior) que la presunta delincuente había lanzado allí. En concreto, el Tribunal señala que «aun dando por supuesto que el vecino no autorizara la entrada —por lo menos no se opuso ni lo ha denunciado después y era el único legitimado para hacerlo— hubo supuesto de flagrancia para excluir la vulneración de inviolabilidad del domicilio»¹³⁶. El mismo Tribunal hace notar que la misma no se trató, en el caso concreto, «de un registro propiamente dicho, sino de la recuperación de un objeto extraño

¹³³ En sentido contrario, *vid.* la Sentencia TS Ar. 1993/3310/4.

¹³⁴ Sentencias TS Ar. 1993/8390/1 y 1993/6707/7. Implícitamente, la Sentencia TS Ar. 1994/6996/3.

¹³⁵ Sentencia TS Ar. 1994/0667.

¹³⁶ Sentencia TS Ar. 1994/0667/2. *Vid.*, también, las Sentencias TS Ar. 1995/0001/2 y 1994/6815/3.

al domicilio y arrojado a él por un agente externo y perseguido sin interrupción por los policías»¹³⁷.

De esta forma el Tribunal parece realizar una lectura extensiva de la habilitación constitucional del delito flagrante, lectura que ha sido acertadamente revisada en la reciente Sentencia TS de 28 de diciembre de 1994¹³⁸. El supuesto que origina el recurso es parecido al anterior. Una persona (finalmente absuelta) lanza desde la calle una cantidad de droga a un balcón. La policía penetra en la casa invocando la existencia de un delito flagrante. Como consecuencia de la entrada, el morador es acusado y condenado por un delito contra la salud pública. El condenado recurre la Sentencia entendiendo que no existió delito flagrante. El Ministerio Fiscal y el propio Tribunal Supremo comparten su argumentación, casando éste último la Sentencia recurrida y absolviendo libremente al recurrente.

El Tribunal entiende¹³⁹, con acertado juicio crítico, que el fin perseguido por la entrada en caso de delito flagrante es la aprehensión del delincuente. Ahora bien, en el caso que el Tribunal examina, el morador de la casa no había cometido ningún delito (aún menos en estado de flagrancia), pues se hallaba en el interior de la vivienda, fuera de la zona de percepción directa policial. Tampoco ofrecía conexión alguna conocida con el presunto delito cometido en la calle. En definitiva, «no se daban, pues, respecto al recurrente titular del domicilio invadido, las condiciones de la flagrancia antes expuestas ni, habiéndose detenido al supuesto delincuente «*in fraganti*» y ocupado la sustancia que quedó en el exterior, la urgencia de la entrada domiciliar era tal que hubiere de hacerse sin solicitar la autorización del titular u obtener una autorización judicial»¹⁴⁰.

Corolario lógico de esta doctrina es la exclusión de hipótesis en las que la policía pueda realizar operaciones distintas a la detención o el registro, salvo que cuente para ello con el consentimiento del morador. Tales operaciones no pueden fundarse en la existencia de un delito flagrante.

No se comparte, así, la posibilidad de que un delito flagrante pueda justificar un registro domiciliario que pretenda «evitar que, por cualquier circunstancia, otros efectos o instrumentos del delito corriesen el riesgo de desaparecer», como ha sostenido el Tribunal Consti-

¹³⁷ *Idem.*

¹³⁸ Sentencia TS Ar. 1994/10321.

¹³⁹ Sentencia TS Ar. 1994/10321/1.

¹⁴⁰ *Idem.*

tucional en su Sentencia TC 94/1996/5B, cuando su titular es detenida en la vía pública. La razón es que la asunción de ese razonamiento aconsejaría aceptar también la licitud de todo registro domiciliario que la policía realizara tras detener —por la presunta comisión de un delito, flagrante o no— a cualquier persona, pues siempre es deseable evitar la posible desaparición de los efectos e instrumentos utilizados en la presunta actividad delictiva.

Finalmente, debe examinarse si es posible que el principio de que todo delito flagrante limita la inviolabilidad del domicilio pueda verse relativizado por la gravedad o la naturaleza de los delitos en cada caso. En realidad, se agrupan en este punto dos problemas de distinta índole, aunque ambos se conecten con la naturaleza formal de la noción constitucional de delito flagrante. El propio Tribunal Constitucional ha señalado¹⁴¹ recientemente que el concepto constitucional de delito flagrante «tiene, en el artículo 18.2 de la Constitución, una vocación o alcance general», independientemente de la infracción legal que corresponda al delito que hace que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado actúen en funciones de policía judicial.

Lo que aquí se cuestiona es si la gravedad o la naturaleza del mismo delito pueden, en algún caso, excluir (o, al menos, relativizar) la injerencia domiciliaria. Como se aprecia, ambos problemas (el del la gravedad del delito y el de la naturaleza del delito) deben ser examinados por separado.

En relación con el primero, puede traerse a colación la jurisprudencia norteamericana en la materia (especialmente, la citada Sentencia *Welsh v. Wis.*¹⁴²). Como se recordará, en ella el Tribunal Supremo estimaba ilegal una entrada domiciliaria realizada sin mandamiento judicial que perseguía arrestar a un infractor de las normas de tráfico para realizarle pruebas de alcoholemia antes de que desaparecieran restos de alcohol en su sangre. El Tribunal basó su decisión en que era difícil concebir un arresto domiciliario sin mandamiento judicial que no fuera irrazonable bajo la IV Enmienda cuando el delito principal es extremadamente menor.

¹⁴¹ Sentencia TC 341/1992/8c. En la misma línea, el Tribunal Supremo ha indicado (en su Sentencia Ar. 1994/6404/2) que «cualquier clase de infracción penal puede dar lugar a la flagrancia delictiva para permitir, sin ningún otro requisito, la entrada en domicilio ajeno por parte de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado».

¹⁴² 466 US 740 (1984). Como ya se ha indicado, un resumen de la Sentencia, así como de la opinión disidente de los Jueces Rehnquist y White, puede consultarse en ALLEN, R. J. y KUHNS, R. B.: *Constitutional...* (1985), págs. 597-599.

La pregunta es si puede trasladarse tal jurisprudencia al Derecho constitucional español. La cuestión debe ser respondida negativamente. La razón es que si bien existe una noción constitucional de delito flagrante, ésta se conecta con las acciones delictivas; y éstas últimas son contempladas por el legislador. Es decir, la propia formalización de una conducta como delito penal conlleva que, en caso de cometerse de forma flagrante, active todas las normas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Constitución.

No ocurre lo mismo, evidentemente, cuando se trata de faltas. La comisión flagrante de estas no justifica, por sí sola, injerencia alguna en la inviolabilidad del domicilio, sino es obteniendo una previa resolución judicial.

Lo que ocurre es que, en ocasiones, se percibe una comisión penalmente ilícita, aunque no se conozca (no pueda conocerse) si tal acción es constitutiva de un delito o de una falta. Éste es, por ejemplo, el caso de un robo de una cartera, cuya calificación penal como delito o falta depende de la cuantía de dinero que contenga. En estos casos sí que es posible la intervención domiciliaria, porque *ha podido* cometerse un delito¹⁴³.

La conclusión de lo que se acaba de indicar es que no son los jueces o tribunales los encargados de valorar si la gravedad de uno u otro delito justifica la restricción del derecho fundamental en examen; tal decisión corresponde al legislador y se expresa en la misma tipificación penal de una conducta como delito. Es decir todo delito flagrante (que sea delito, y que sea flagrante) permite a los agentes de policía (artículo 553 LECr) realizar, cuando ello sea preciso, intervenciones domiciliarias.

El segundo problema planteado aludía a si la naturaleza del propio delito podría, eventualmente, excluir o, al menos, dificultar su revelación, su *notitia criminis*, a través de la flagrancia.

La cuestión puede plantearse en concreto respecto de los delitos permanentes, en los que la infracción se está consumando durante todo el tiempo en que dura la situación antijurídica en palabras del Tribunal Supremo¹⁴⁴ o respecto de los que rige, para el Tribunal Constitucional¹⁴⁵, «el principio de que el momento de la comisión incluye todo el espacio de tiempo que discurre hasta la “terminación” del hecho, no identificándose en consecuencia con el momento, posiblemente distinto, de consumación del delito».

¹⁴³ El ejemplo se toma de ALONSO DE ANTONIO, Á. L.: *El derecho...*, pág. 120.

¹⁴⁴ Sentencia TS Ar. 1994/6996/3.

¹⁴⁵ Auto TC 223/1993/1.

La relación entre los delitos permanentes y la flagrancia delictiva se ha suscitado¹⁴⁶ respecto del (hoy nulo) artículo 21.2 LOPSC. Como se recordará, este precepto apoderaba a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para que, en situaciones de urgencia, realizara entradas domiciliarias cuando el conocimiento fundado les llevara a la constancia de que se estaba cometiendo (o se acababa de cometer) «alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, castiga el Código Penal».

Ante el Tribunal Constitucional se plantea¹⁴⁷ si puede el legislador formalizar una noción general de delito flagrante respecto de tipos delictivos singulares, como se había hecho en el artículo 21.2 LOPSC. El Tribunal Constitucional, que acaba de declarar inconstitucional la impugnada formalización legislativa del flagrante delito por desconocer la constitucional, se limita a afirmar¹⁴⁸ que «la noción general de delito flagrante requiere una aplicación jurisdiccional siempre atenta a las singularidades del modo de verificación de cada concreta conducta delictiva, y que bien puede el legislador anticipar en sus normas esa precisión o concreción, para ilícitos determinados, del concepto cons-

¹⁴⁶ *Vid.*, entre otros, GONZÁLEZ-TREVIANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, pág. 221 y ss.; GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *La flagrancia...*, págs. 104 y 105; y el escrito por el autor de estas líneas, *Delito...*, págs. 213-214.

¹⁴⁷ Este requerimiento se plantea expresamente en los Recursos de Inconstitucionalidad interpuestos por el Parlamento de las Islas Baleares (RI 1279/1992) y por la Junta General del Principado de Asturias (RI 1314/1992).

El Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal han defendido reiteradamente ante el Tribunal Constitucional que el legislador no ha pretendido redefinir la noción de delito flagrante sino, más correctamente, aludir a un subgrupo o subclase de delitos flagrantes. La posición del Abogado del Estado en este punto no ha sido uniforme en todos los asuntos acumulados. En sus alegaciones al RI 1045/1992 considera irrelevante que el precepto impugnado se refiera a un tipo de delito (Antecedente 5.c). En relación con el RI 1279/1992, el Abogado del Estado alega que el precepto impugnado describe un subgrupo de casos (Antecedente 11.c. *Vid.* también el Antecedente 16.c) y, por último, en relación con la Cuestión de Inconstitucionalidad 1372/1992, señala que la descripción de un tipo concreto de figura delictiva no supone la creación de un concepto *ad hoc*, sino que, con el designio de una mayor seguridad jurídica, describe los elementos de flagrancia constitucionales para ese tipo de delitos (Antecedente 27.b). El Ministerio Fiscal estima que la alusión a un determinado tipo de delitos «cuya estructura objetiva está llena de singularidades: delitos de mera actividad, de consumación instantánea y efecto permanente, de peligro abstracto, de consumación anticipada que, por lo general, no admiten formas de ejecución imperfectas», no es inconstitucional (Alegaciones a la Cuestión de Inconstitucionalidad 2810/1992, Antecedente 21.a. *Vid.* el Antecedente 26 de la Sentencia).

¹⁴⁸ Sentencia TC 341/1993/8c. El Tribunal concluye que «El artículo 21.2 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 CE».

tucional que nos ocupa. Tal delimitación selectiva del concepto constitucional sólo podrá reputarse de ilegítima si con ella se pretendiera relativizar o disminuir la garantía dispuesta en el artículo 18.2 de la Constitución, pero ello, como bien se comprende, supone trasladar la cuestión al ámbito de la propia definición legislativa de la flagrancia [...] al margen, por lo tanto, del alcance o no general de tal definición».

Sin embargo, la respuesta del Tribunal Constitucional no es, en este punto, enteramente, satisfactoria¹⁴⁹. Es cierto que los delitos en materia de materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas pueden ser, en ocasiones, flagrantes. Pueden concurrir, en efecto, la inmediatez personal, la inmediatez temporal y la necesidad urgente constitucionalmente exigidas para realizar entradas domiciliarias.

Ahora bien, es posible, también, que en ocasiones no se den tales elementos. Y ello por dos motivos. El primero de ellos es que en alguno de los delitos contemplados por el artículo 21.2 LOPSC, como es, por ejemplo, el de almacenamiento de drogas (o de cualquier otra sustancia) no parece darse, en principio, la exigencia de necesidad urgente constitucionalmente exigida para poder realizar una entrada domiciliaria. Ésta fue al menos la posición que el Tribunal Supremo mantuvo en la ya citada e importante Sentencia de 29 de marzo de 1990, en la que afirmó¹⁵⁰ que estos delitos de tenencia ilegal, desde el momento en que quedaron consumados, «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 un mandamiento judicial». La mera tenencia no provoca ninguna lesión inmediata que explique la urgencia de la entrada policial, más aún cuando la misma policía puede establecer una vigilancia externa mientras obtiene el oportuno mandamiento judicial.

Esta atinada jurisprudencia ha sido confirmada posteriormente en la Sentencia de 14 de diciembre de 1990, en la que se afirma¹⁵¹ que

¹⁴⁹ *Vid.*, en este punto, el trabajo del mismo autor de estas líneas, *Delito...*, págs. 212 y ss. Es especialmente crítico en este punto ÁNGEL L. ALONSO DE ANTONIO, porque el artículo 21.2 LOPSC *a)* es incompatible con una admisión genérica de la figura de flagrante delito (válida para cualquier comisión delictiva), *b)* puede dar lugar a fraudes de ley (utilizar esta vía legal de entrada para delitos diferentes) y porque, en fin, *c)* la transformación que una entrada que persiga delitos en materia de narcotráfico pueda transformarse en entradas relacionadas con otros delitos (en *El derecho...*, págs. 150-151. En relación con la primera crítica, *vid.* la pág. 155 de la misma obra).

¹⁵⁰ Sentencia TS Ar. 1990/2647/5. En el mismo sentido, ALONSO DE ANTONIO, Á. L.: *El derecho...*, pág. 156 *in fine*.

¹⁵¹ Sentencia TS Ar. 1990/9510/3.

los delitos de posesión de drogas o armas son permanentes pero no de resultado, sino de peligro, porque «el legislador ha anticipado la consumación a un estado anterior al de la lesión del respectivo bien jurídico que tutelan».

Por ello, concluye el Tribunal Supremo¹⁵², «serán flagrantes tan sólo en la medida en que la lesión sea inminente y de particular gravedad». Esta lesión no existe en los delitos de peligro, como los de tenencia, por lo que mal puede invocarse la existencia de urgencia respecto de ellos¹⁵³.

Lo cierto es que la Sentencia TS de 14 de diciembre de 1990 señalaba que, excepcionalmente, podía concurrir la necesidad urgente en relación con los delitos de tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Pero la jurisprudencia posterior ha normalizado tal excepción. Ello explica que en la reciente Sentencia TS de 29 de junio de 1994¹⁵⁴ se pueda leer que «la necesidad se ha impuesto y aquello que entonces pudo parecer excepcional no lo ha sido tanto, sino que se ha convertido en numerosos casos que han suscitado abundante jurisprudencia de esta Sala».

Esta nueva orientación jurisprudencial es altamente discutible porque tiene por efecto (deseado o no) convertir la excepcional intervención policial en ordinaria, desplazando a la autoridad judicial en su función de garantía del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio¹⁵⁵.

Pero es que, como se ha indicado, hay un segundo motivo que dificulta, en ocasiones, que tales delitos de almacenamiento puedan ser considerados flagrantes. Y es el de la discutible concurrencia de la inmediatez personal: es posible que, en un momento dado, la policía

¹⁵² *Idem.*

¹⁵³ Este extremo ha sido analizado con detalle por PEDRO J. GONZÁLEZ-TREVIJANO (en *La inviolabilidad...*, especialmente págs. 219-225). Recuerda el autor como para ALMAGRO NOSETE (en su artículo publicado en *El Sol* de 15 de junio de 1991) sólo puede existir urgencia cuando el delito tiene efectos inmediatos (pág. 219). *Vid.*, asimismo, FERNÁNDEZ ENTRALGO, J.: *¡Pase...!*, pág. 39, nota 58, en referencia al artículo de ENRIQUE GIMBERNAT en el *ABC* de 18 de agosto de 1991, siempre en la misma dirección.

¹⁵⁴ Sentencia TS Ar. 1994/6404/2, y la abundante jurisprudencia allí citada.

¹⁵⁵ De este peligro es consciente el propio Tribunal Supremo que, recientemente, ha señalado que «la urgencia es de difícil justificación porque la infracción se ha consumado, o la lesión al bien jurídico protegido en abstracto se ha producido ya. Queda en pie solamente la posibilidad [...] de una intervención urgente e imperiosa en aquellos casos en los que los efectos del delito, sus consecuencias y daños, presumiblemente aumenten de futuro seguido» (Sentencia TS Ar. 1995/0156/5).

perciba sensorialmente la existencia de droga en una vivienda¹⁵⁶. Así, por ejemplo, un policía observa que en el interior de una cueva (usada también como morada) se encuentran colocadas sobre un cristal entre setenta y ochenta *rayas* de heroína¹⁵⁷, o constata, desde la puerta, la existencia de un paquete que contiene droga¹⁵⁸.

En estos dos supuestos no concurren las exigencias del delito flagrante, pero no sólo porque (como se acaba de indicar) no concorra la necesidad urgente habilitadora, sino, también, por la ausencia de la inmediatez personal legal y constitucional necesaria. Es cierto que el policía percibe, en ambos casos, situaciones antijurídicas, como son la tenencia de drogas destinadas o a su venta o a su distribución, pero igualmente cierto es que no puede vincular tal conducta con un sujeto concreto (salvo el supuesto, en sí mismo también polémico¹⁵⁹, en el que un único morador habite en el domicilio). La vinculación entre el sujeto y la actuación delictiva no es, en este caso, resplandeciente. No existe, por ello, una situación de flagrancia.

Por las razones esgrimidas en las últimas líneas de este trabajo, hubiera sido conveniente que el Tribunal Constitucional hubiera advertido, en su Sentencia 341/1993, de la dificultad, acaso imposibilidad, de que los delitos permanentes puedan justificar, en general, la flagrancia constitucionalmente exigida en el artículo 18.2 CE. Por ello, también, «la concreta delimitación legislativa de la noción constitucional de flagrante delito referido a los delitos en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas debiera, quizás, haber sido apuntada como un segundo argumento en favor de la inconstitucionalidad del artículo 21.2 LOPSC, si en tal categoría se pretendía incluir los delitos de almacenamiento de tales sustancias»¹⁶⁰. La paradoja de este segundo motivo de inconstitucionalidad del artículo 21.2

¹⁵⁶ No es ocioso recordar, en todo caso, como el supuesto constitucional y legalmente establecido en un primer momento aludía al delincuente «*in fraganti*» que pretende refugiarse en su domicilio (artículo 5 de la Constitución de 1869) o en un domicilio en su sentido constitucional propio o ajeno (artículos 553 LECr, en su redacción originaria; 12 del Anteproyecto de Ley de Orden Público de 1929; 16.2 de la Ley de Orden Público de 1933). *Vid.*, en el plano doctrinal, el trabajo del autor de estas líneas *Delito...*, pág. 213, nota 38 (el subrayado pertenece a este trabajo).

¹⁵⁷ Sentencia TS Ar. 1994/8031/2. *Vid.* también, la Sentencia TS Ar. 1994/7918/2.

¹⁵⁸ Sentencia TS Ar. 1993/5912/1.

¹⁵⁹ No habría delito flagrante ni en el supuesto de que la vivienda fuera ocupada por una sola persona. La razón es que la flagrancia debe ser públicamente revelada, por la actuación de la delincuente. No obedece a un juicio lógico, sino a la simple percepción.

¹⁶⁰ Como el autor de estas líneas tuvo la oportunidad de apuntar en *Delito...*, pág. 214. No puede compartirse, por el contrario, la idea de que los delitos contra la salud pública no cumplen, en general, los requisitos de la flagrancia (como sostiene MASSO GARROTE, M. F.: *Nota...*, pág. 170).

LOPSC es que no se debe a que la formalización de una categoría general, como es la de delito flagrante, se refiera a un sólo tipo de delitos, sino a que, precisamente, algunos de tales delitos no son, por lo general, flagrantes.

La difícil flagrancia de los delitos permanentes se ha intentado superar en países de nuestro entorno a través de una presunción legal: la de considerar que los delitos permanentes son, siempre, flagrantes. Así, el artículo 382.2 CPCI afirma que «en los delitos permanentes, el estado de flagrancia durará hasta que no haya cesado la permanencia».

Obvio es decir que tal solución, la de incorporar una presunción legal, no es extrapolable a nuestro ordenamiento constitucional. La inclusión de esta norma en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal no podría alterar, ello es claro, la noción constitucional (sí la legal) de flagrante delito contenida en los artículos 18.2 y 71.2 CE.