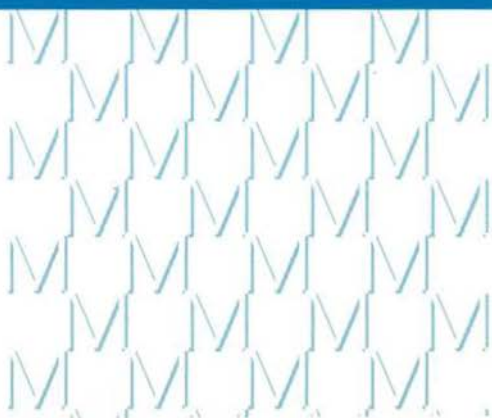


Francisco Javier Matia Portilla

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

El objetivo que se pretendía alcanzar en este trabajo era presentar una visión trabada del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Es aconsejable poner fin al mismo examinando si las conclusiones parciales a las que se ha llegado alcanzan la meta propuesta; es decir, aportan una configuración coherente del derecho.

Debe recordarse que para desarrollar la investigación se ha utilizado un esquema cercano al manejado por el profesor Santamaría Pastor respecto de las normas jurídicas. En primer lugar, se ha examinado la inviolabilidad del domicilio a la luz de una perspectiva estructural, donde se han analizado los elementos que conforman, *per se*, el derecho. En segundo lugar se ha estudiado el derecho fundamental bajo una perspectiva dinámica, donde interesa ver cómo juega el derecho fundamental en relación con otros bienes y derechos constitucionales y, en general, con el conjunto del ordenamiento.

1. La principal afirmación contenida en la primera parte del trabajo que ahora se concluye es que la inviolabilidad del domicilio protege, en nuestro ordenamiento constitucional, el bien jurídico intimidad.

No ha sido fácil justificar esta idea. Para hacerlo, fue conveniente partir del consenso doctrinal y jurisprudencial acerca de que la inviolabilidad del domicilio no protege, en los ordenamientos continentales, ni la propiedad (como ocurre, sin embargo, en Estados Unidos) ni la libertad personal (como en el pasado) ni la libre elección de residencia. Si bien la exclusión de estos bienes jurídicos no plantea hoy mayores problemas, sí los suscita determinar cuál es entonces el bien jurídico protegido por el derecho fundamental en examen en nuestro ordenamiento vigente.

Es sabido que los derechos más básicos de las personas nacen ligados a la libertad y a la propiedad (o, mejor, a la fórmula liberal de libertad más propiedad). Sin embargo, el listado de los derechos se va complicando con la aparición de nuevos bienes jurídicos que deben ser también garantizados para asegurar la dignidad de la persona y su libre

desarrollo. Entre tales bienes jurídicos surge en Estados Unidos por vía jurisprudencial la *privacy*, que se traduce y conoce en Europa como intimidad. La *privacy* evolucionará en el Derecho norteamericano asumiendo contenidos más amplios y más complejos. Esa noción ampliada de la *privacy* acabará llegando, también, al continente europeo hasta convertirse en la vida privada garantizada en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La inviolabilidad del domicilio presta, en el Estado liberal, una garantía suplementaria a la propiedad y, especialmente, a la libertad personal. Lo que con este derecho se pretende en un primer momento, es evitar que los soldados del Rey y del poder público puedan penetrar en las moradas de las personas para secuestrarlas, matarlas o detenerlas. Esta concepción del derecho fundamental, presente en los textos revolucionarios franceses, que influirán en nuestra Constitución de 1812, pretende evitar las entradas nocturnas porque ante ellas los moradores se encuentran especialmente indefensos. Por eso, dichos textos se preocupan de establecer con detalle las normas que deben respetarse para la celebración de los registros domiciliarios. En nuestro país, es la Constitución de 1869 la que dedica mayor atención a éste último extremo.

La aparición en nuestro país de los nuevos bienes jurídicos a los que ya se ha aludido, como la intimidad, hace que ciertos derechos se reorienten. Esto ocurre, claramente, con la inviolabilidad del domicilio. Es cierto que este derecho tiene como fundamento último la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, pero esa dignidad y ese libre desarrollo se consiguen garantizando determinados bienes jurídicos instrumentales, como son la libertad personal, la igualdad o la intimidad. Así, en esta línea de argumentación, podría decirse que el *habeas corpus* es una garantía judicial que preserva en principio la libertad personal, pero podría añadirse a continuación que protege en fin la dignidad de la persona, así como el libre desarrollo de la personalidad.

El Tribunal Constitucional ha aludido a bienes tales como la intimidad, la *privacidad* o la vida privada en relación con la inviolabilidad del domicilio. Nuestra doctrina se ha referido, también, de forma indistinta en muchas ocasiones, a tales nociones. Pero debe hacerse notar que, si bien intimidad, *privacidad* y vida privada son términos conceptualmente cercanos, su contenido no es idéntico.

En efecto, la *privacidad* no es sino una arriesgada transposición de la *privacy* americana. Aunque el viejo derecho a la *privacy-property* hunde sus raíces en el Derecho anglosajón, su nacimiento doctrinal

como *privacy-personality* se debe al clásico trabajo americano de Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis («*The right to privacy*»). Estos autores pretendieron formular el derecho a ser dejado sólo (*the right to be let alone*), en afortunada expresión de Cooley, traducida en ocasiones entre nosotros como el derecho a ser dejado en paz. No obstante, el derecho a la *privacy* ha conocido una profunda evolución que ha incorporado, junto a esa dimensión de no injerencia, otras como muestran los derechos relacionados con la esterilización y la contracepción, con el matrimonio y la familia, con el aborto y con la libertad sexual. Tales dimensiones de la *privacy* desbordan el primigenio contenido de la *privacy*, que es el único asimilable o al menos cercano al español de intimidad.

Algo parecido ocurre con la vida privada. Si se recuerda la formulación que del derecho a la vida privada contiene el artículo 8 CEDH y su aplicación por parte de los órganos del Consejo de Europa, deberá concluirse que la vida privada ofrece junto a una vertiente más cercana a la intimidad (que es la que protege el secreto de esa vida privada) otra, más reciente, conectada con materias tales como la libre vida sexual, que configura un derecho general de libertad. De hecho, la reciente Sentencia TEDH *López Ostra* pone de manifiesto que el derecho al respeto del domicilio, recogido en el citado artículo 8 CEDH garantiza la vida privada, por lo que es más amplio en su contenido que el derecho fundamental español a la inviolabilidad del domicilio.

Debe señalarse, por todo lo anterior, que la noción de intimidad es más estricta en su contenido (lo que no impide que éste tenga un componente cultural y por ende variable), configurando un derecho de abstención, de respeto hacia terceros. Por contra, la vida privada y la *privacy* norteamericana presentan, además, una vertiente activa, que las conecta con los derechos al matrimonio, a la contracepción o a la igualdad de los cónyuges, que no pueden considerarse en España manifestación de la intimidad.

Ello obliga a plantearse, nuevamente, cuál es el bien jurídico protegido en nuestro país por la inviolabilidad del domicilio. Pese a que algunos autores han conectado el derecho fundamental en examen con la vida privada, esta posición es revisada en la presente investigación, en la que se estima más acertado conectar la inviolabilidad del domicilio con la intimidad, por varias y distintas razones, y a la luz de los criterios de interpretación de las normas contenidas en el artículo 3.1 CC. No parece aventurado sostener la existencia de alguna relación entre los artículos 18.1 CE (que contiene, entre otros, el derecho a la

intimidad) y el 18.2 CE. De hecho, esta conexión se puso ya de manifiesto en los trabajos preparatorios del artículo 18.2 CE y ha sido afirmada después en distintas resoluciones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional (especialmente en la 22/1984). Muchas resoluciones jurisprudenciales han ido más lejos y han señalado que la inviolabilidad del domicilio sirve al bien jurídico intimidad (esto ocurre en la, como veremos a continuación, importante Sentencia, 137/1985). Además, la doctrina mayoritaria conecta el derecho fundamental con la intimidad de las personas físicas (aunque no haga lo propio, como se indicará más adelante, con las personas jurídicas).

Conectar inviolabilidad del domicilio e intimidad no conlleva afirmar que el derecho fundamental no guarde ninguna relación con otros fundamentos más finalistas, como es el libre desarrollo de la personalidad. Ello no solamente supondría desconocer jurisprudencia (sobre todo penal) que alude a esta conexión, sino, sobre todo, mantener un defectuoso entendimiento del derecho fundamental. El principio del libre desarrollo de la persona constituye el fundamento último del ordenamiento constitucional, en general, y del establecimiento de los derechos fundamentales, en particular, tanto de los civiles (libertad personal) como de los sociales (educación, como se indica expresamente en el artículo 27.2 CE). Lo que ocurre es que un fundamento tan general al reconocimiento de los derechos fundamentales puede resultar, quizá, poco operativo para permitir construir, al amparo del mismo, el régimen jurídico de un determinado derecho fundamental, en este caso el de la inviolabilidad del domicilio, precisamente por tratarse de un fundamento común a todos ellos.

Podría pensarse que si la inviolabilidad del domicilio garantiza el bien jurídico intimidad puede constituir una reiteración respecto del derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE). Nada de esto, sin embargo, ocurre. La inviolabilidad del domicilio garantiza la intimidad de forma diferente a la establecida en el artículo 18.1 CE. Lo hace, en concreto, de forma absoluta. Esto supone que cualquier entrada ilegítima realizada en un domicilio a efectos constitucionales presupone la vulneración del bien jurídico intimidad. No es preciso probar que exista, como ocurre cuando se alega el derecho contenido en el artículo 18.1 CE, una vulneración real y efectiva de la intimidad, ya que el constituyente ha decidido que el ámbito domiciliario es esencial para el desarrollo de la persona y que todo lo que sucede en él es, siempre, íntimo.

2. La idea de que la inviolabilidad del domicilio protege la intimidad induce a pensar, de un lado, que estamos ante un derecho que

se atribuye a todas las personas físicas (nacionales y extranjeros), pero no a las jurídicas (que carecen de intimidad) frente a las actuaciones de los poderes públicos y también de los particulares, y aconseja entender, de otro, que la noción constitucional de domicilio debe conectarse con la habitación. Aunque la defensa de algunas de estas afirmaciones no presenta hoy mayores problemas (como es la extensión del derecho a los extranjeros, pese a la contradictoria jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los derechos fundamentales de los extranjeros), otras contradicen claramente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia (especialmente la Sentencia 137/1985, de 17 de octubre, en la que se ha reconocido a las personas jurídico-privadas el derecho a la inviolabilidad del domicilio en relación con su domicilio social). Por eso deben ser justificadas con más detenimiento.

3. En el presente trabajo se defiende que las personas jurídicas no deben considerarse titulares del derecho fundamental contenido en el artículo 18.2 CE. No debe ocultarse que esta postura contradice parcialmente la jurisprudencia constitucional sobre esta materia, y muy especialmente, la Sentencia TC 137/1985. Pero no es menos cierto que el parecer adoptado en el trabajo pretende superar algunas contradicciones en que, a nuestro juicio, incurre la citada Sentencia del Tribunal Constitucional.

Debemos comenzar advirtiendo que en este trabajo no se discute, con carácter general, la capacidad de las personas jurídicas para ser titulares de derechos fundamentales. Es cierto que nuestra Constitución carece de un precepto como el contenido en el artículo 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn, que extiende a las personas jurídico-nacionales los derechos compatibles con su naturaleza. Pero nuestro Tribunal Constitucional ha podido deducir esa extensión de la cláusula social que caracteriza nuestro Estado y, en especial, del artículo 9.2 CE que se refiere a los grupos. Lo que en el trabajo doctoral se cuestiona es, precisamente, si el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio puede predicarse de las personas jurídicas.

De la jurisprudencia constitucional anterior a la Sentencia 137/1985, parecía deducirse que las personas jurídicas no gozaban del derecho fundamental en examen. Existía, en aquellos tiempos, cierto acuerdo doctrinal en que el derecho fundamental protegía la intimidad y, como las personas jurídicas carecían de ésta (Auto TC 257/1985), se pensaba que en buena lógica las personas jurídicas tampoco podían ser titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Esta situación quiebra con la Sentencia 137/1985, en la que el Tribunal va a mantener que una persona jurídica (en concreto, una em-

presa mercantil) es titular del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Interesa detenernos brevemente en los argumentos esgrimidos por el Tribunal en apoyo de su tesis. En el primero, de Derecho extranjero, el Tribunal utiliza una cita casi literal del clásico trabajo de los profesores Barile y Cheli en relación con el artículo 14 CI, pero aplicándolo ahora a nuestro 18.2 CE. El segundo razonamiento del Tribunal es entender que la persona jurídica puede ser titular del derecho fundamental por serlo del propio domicilio.

Estos dos argumentos, los más importantes de los empleados por el Alto Tribunal, no son convincentes. No lo es el recurso al Derecho foráneo porque el Tribunal Constitucional compara dos preceptos —el 14 italiano y el 18.2 español— que son radicalmente diferentes en su génesis y contenido. No es tampoco oportuna la alusión (o mejor, la confusión), entre la titularidad civil del domicilio y la titularidad del derecho fundamental, pues de tal forma se confunden dos derechos (propiedad e inviolabilidad del domicilio) y se atribuye este último a toda persona (física, jurídico-privada o jurídico-pública) que pueda ser propietaria de locales.

De hecho, la Sentencia del Tribunal Constitucional que comentamos incurre en una palmaria contradicción interna cuando termina afirmando que, en el caso concreto, no existió vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio porque no aprecia lesión material de la intimidad. Esta contradicción es doble. De un lado, porque, como ya se ha señalado, y confirma toda la jurisprudencia constitucional (excepto la Sentencia 137/1985), y penal, la entrada ilegítima en el domicilio ajeno produce automáticamente, *per se* (presunción *iuris et de iure*) la violación de la intimidad. Lo que el Tribunal Constitucional termina haciendo, es trasladar la presunta vulneración del derecho reconocido en el artículo 18.2 CE a la órbita de la intimidad material, constitucionalmente garantizada en el artículo 18.1 CE.

De otro lado, la resolución del Tribunal es también contradictoria porque no se entiende cómo el derecho fundamental se puede atribuir a una persona jurídica si éste protege un bien —la intimidad— del que según el mismo Tribunal Constitucional aquéllas carecen.

Podría pensarse, como se ha defendido en algunos sólidos trabajos doctrinales, que la tesis del Tribunal Constitucional no es errónea en su conclusión (la atribución del derecho fundamental a las personas jurídicas) sino en su argumentación. Algunos autores han estimado que la inviolabilidad del domicilio es predicable de las personas jurídicas porque no protege su intimidad, sino su vida privada (noción más amplia que la de la intimidad, como ya se ha indicado).

Esta tesis no puede, sin embargo, ser asumida. Parece claro que modificar el fundamento del derecho (en concreto, el bien jurídico protegido por el mismo) lo desnaturaliza. Si se examina los trabajos preparatorios del artículo 18.2 CE y el riguroso régimen jurídico que configura, forzosamente habrá de entenderse que, en nuestro país, la inviolabilidad del domicilio pretende garantizar la intimidad, necesaria a su vez para posibilitar la dignidad de la persona física y el libre desarrollo de su personalidad. Ello explica, precisamente, que el artículo 18.2 CE sea mucho más garantista en su contenido que los preceptos de similar corte de otras constituciones europeas (artículos 13 LFA y 14 CI), que permiten en muchas ocasiones la realización de entradas domiciliarias al margen de toda intervención judicial. Es posible suponer que si el constituyente no incluyó tales supuestos en el artículo 18.2 CE es porque se mantenía una concepción diferente del derecho (como se deduce también del proceso de elaboración del citado precepto constitucional).

Las incertidumbres doctrinales apuntadas (en relación con el bien jurídico protegido por el derecho y con las intervenciones que pueden operarse sobre él mismo), y otras señaladas en el texto, constituyen manifestaciones de que la atribución del derecho fundamental a las personas jurídico-privadas desnaturaliza el régimen del derecho. Si se comparte esta idea, es aconsejable optar por la solución contraria, más acorde con el artículo 18.2 CE, entendiendo que las personas jurídico-privadas no son titulares del derecho recogido en dicho precepto.

Esta solución puede apoyarse, además, en el proceso de elaboración del artículo 18.2 CE, en la jurisprudencia penal y procesal penal relacionada con la inviolabilidad del domicilio y en un sector doctrinal que aún hoy entiende, como este mismo trabajo, que el derecho fundamental es incompatible con la naturaleza de la persona jurídica, y no puede por ello, atribuírsele.

4. Se ha indicado, en ocasiones, que es posible que una persona jurídica pueda alegar el derecho a la inviolabilidad del domicilio del que sean titulares sus miembros. Esta idea, que se conecta con la legitimación por sustitución para recurrir en amparo haciendo valer intereses legítimos [artículo 162.1.b) CE] y no derechos fundamentales propios, no es sin embargo de recibo. No lo es porque el Tribunal Constitucional está exigiendo en su jurisprudencia más reciente que la persona que haga valer tal interés legítimo pueda ser, cuando menos, eventual titular del derecho (cosa que, como se acaba de ver, no ocurre en este caso). Pero aunque el Tribunal mantuviera, como ya hizo en el pasado, una visión extensa del interés legítimo, no podría

reconocerse a las personas jurídico-privadas legitimación suficiente en relación con los derechos que son, para el propio Tribunal Constitucional, de estricto ejercicio por parte de su titular, como ocurre con la inviolabilidad del domicilio (Auto TC 942/1985, de 18 de diciembre).

5. Lo señalado en relación con las personas jurídico-privadas es también de aplicación a las personas jurídico-públicas. Y ello no sólo porque las razones esgrimidas en relación con las personas jurídico-privadas sean en lo esencial extensibles al supuesto de las personas jurídico-públicas, sino también porque éstas no tienen una capacidad general en materia de derechos fundamentales. Las personas jurídico-públicas disponen de competencias y no de derechos fundamentales para el cumplimiento de sus fines. Es verdad que, desde el momento en que ciertos principios del ordenamiento (como la igualdad) o ciertas garantías procesales (artículo 24 CE) se *subjetivizan*, convirtiéndose en derechos fundamentales, éstos benefician también a las personas jurídico-públicas. Pero este limitado reconocimiento de derechos en favor de personas jurídico-públicas no encuentra su origen en una hipotética capacidad general de tales sujetos para ser titulares de derechos fundamentales, sino en la particular naturaleza de los citados derechos fundamentales (especialmente del derecho a la tutela judicial efectiva, que actúa como auténtico cierre del sistema). Además, y ya en relación con la inviolabilidad del domicilio, el Tribunal parece exigir a la persona jurídico-privada que quiera hacer valer el derecho que se sitúe en el lugar del sujeto privado comprendido en el área de la tutela constitucional (Sentencia 137/1985, de 17 de octubre), lo que no parece que pueda predicarse de las personas jurídico-públicas.

Estas ideas no se ven traicionadas porque el nuevo Código Penal tipifique como delito la entrada en locales de cualquier persona jurídica, ya sea de carácter privado o público, pues como ha explicado Alessandro Pace, es posible que la tipificación penal del allanamiento de morada se utilice para la protección de bienes adicionales (o distintos, podría añadirse) a los defendidos por la inviolabilidad del domicilio.

6. La conclusión de que las personas físicas son las únicas beneficiadas por el derecho en examen suscita algunas cuestiones que deben ser examinadas. Éstas son, en concreto, las que derivan del supuesto de convivencia de varias personas sobre un mismo domicilio a efectos constitucionales.

Es posible profundizar, de un lado, en la determinación del bien jurídico protegido en el caso de que dos personas capaces que conviven con idéntico derecho sobre una misma morada (como puede ser el

caso de un matrimonio). Hasta este momento se ha indicado que ese bien jurídico es la intimidad.

Puede cuestionarse, ahora, si la inviolabilidad del domicilio protege la intimidad familiar o la personal de cada uno de los cónyuges (a las dos se alude en el artículo 18.1 CE) o, planteado en otros términos, si nos encontramos con un derecho de ejercicio compartido o con dos derechos de ejercicio personal. Esta última es la posición defendida en el trabajo. La intimidad familiar se presenta, en relación con la inviolabilidad del domicilio, como la presunción de que existe un acuerdo de los cónyuges o, cuando menos, de que no consta discrepancia entre los mismos. Tal presunción puede, sin embargo, destruirse mediante prueba en contrario, como demuestra la Sentencia TCI 176/1970, de 2 de diciembre.

La inviolabilidad del domicilio sirve, entonces, al bien jurídico intimidad personal. Ahora bien, en el supuesto de que exista una cohabitación y existan discrepancias en relación con una determinada entrada (que un cónyuge permita y otro prohíba), es preciso encontrar reglas que permitan resolver tales eventuales conflictos. Estas reglas son dos. La primera es la que hace prevalecer el *ius prohibendi* sobre el *ius admittendi*; es decir, la prohibición de entrar sobre el permiso, ya que en los lugares comunes se expresa también la intimidad de la persona que veta la entrada. Ahora bien, para que esta regla opere, y éste es el segundo criterio al que se aludía, la prohibición debe ser conocida previamente por la persona que entra. Quien penetra en una morada *invita domina* solamente puede vulnerar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (y verse sujeto a responsabilidad penal) cuando lo hace *conscientemente* en contra de la voluntad de un morador.

Estas reglas no operan de la misma forma en relación con todas las personas que cohabitan en un mismo domicilio. Es solo parcialmente cierta la afirmación generalizada en la doctrina de que, por ejemplo, los menores y el personal de servicio doméstico son también titulares del derecho fundamental. Si se examinan detenidamente éstos y otros supuestos cercanos en los que se da esa cohabitación (alimentista, mayor de edad que convive *de facto* con sus padres, precarista) se puede deducir que, si bien dichos sujetos son titulares del derecho frente a terceros, su ejercicio se ve condicionado en relación con aquéllos de quienes dependen (progenitores, dador de alimentos, precario,...). Tal ejercicio limitado del derecho encuentra su explicación en diversos factores (falta de capacidad natural de los menores, imposición de cargas —en sentido estricto para el alimentista y en sentido lato para el

precarista— o la concreta naturaleza contractual de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar). El fundamento que explica todas estas limitaciones es que el titular pleno del derecho posee la exclusividad de la posesión del domicilio en relación con los sujetos de capacidad limitada (que convivirán en el mismo domicilio solamente si el titular pleno del derecho quiere).

7. Es cierto que aun negando a las personas jurídicas la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio puede todavía cuestionarse si la noción constitucional del domicilio puede alcanzar a locales de las personas físicas distintos de la morada, como son los destinados a su trabajo, a sus negocios o a otros fines no conectados con su profesión.

La determinación de la noción constitucional de domicilio no es tarea fácil. Y ello porque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se muestra, en este punto, contradictoria. Si, de un lado, ha reconocido el derecho a las personas jurídicas y ampliado, por esa vía, el concepto constitucional de domicilio, de otro ha estimado en repetidas ocasiones que existen, en relación con el artículo 87.2 LOPJ, lugares cerrados que constituyen domicilios a efectos constitucionales y otros lugares cerrados que solamente cuentan con la garantía legal (y no constitucional) prevista en el citado precepto.

Es difícil pensar que el local destinado a trabajo constituya, constitucionalmente, domicilio de las personas en ellos ocupados. No parece que allí el individuo viva sin estar sometido necesariamente a los usos y convenciones sociales y menos aún que una persona ejerza en tales locales su libertad más íntima (Sentencia TC 22/1984, de 17 de febrero). El derecho fundamental no tiene por objeto, como a veces se ha defendido, los despachos de los profesores universitarios. El uso de tales locales suele estar condicionado por los órganos de dirección universitaria (horarios, operaciones de mantenimiento,...) lo que impide que exista la exclusividad en la posesión del local a la que ya se ha hecho referencia en estas mismas páginas. Además, dichos locales (de negocio y/o profesionales) están sometidos, como ya se ha señalado, a inspecciones de muy distinta índole que no aparecen contempladas en el artículo 18.2 CE. La misma solución puede aplicarse, con matices, a los locales profesionales en los que se ejerce una actividad técnica (despachos profesionales, consultas médicas,...) que no parecen conectarse, en principio, con la intimidad.

Más difícil de responder es la pregunta de si los locales de uso privado distintos de la morada y no destinados a actividades profesionales o domésticas tienen encaje en la noción constitucional del domi-

cilio. La respuesta negativa encuentra justificación en la idea de que la inviolabilidad del domicilio ofrece un *plus* en la garantía de la intimidad, en relación a la ofrecida por el artículo 18.1 CE. Si se acepta esta idea, es preciso interpretar tal domicilio restrictivamente, ya que siempre queda abierta la posible alegación del derecho reconocido en el artículo 18.1 CE en relación con los locales distintos a la morada.

Parece, entonces, que la noción constitucional de domicilio equivale a la penal de morada. A esta idea puede llegarse no solamente por la exclusión de los locales distintos a la morada como objeto sobre el que recae el derecho a la inviolabilidad del domicilio, sino también porque importantes argumentos apoyan esta solución. Éstos son, en lo esencial, el proceso de elaboración del artículo 18.2 CE, la jurisprudencia penal y procesal penal (especialmente, en este campo, la referida al concepto de domicilio del artículo 554.2 LECr, de cuya relevancia constitucional casi nadie duda) y, especialmente, la concreta configuración del derecho recogido en el artículo 18.2 CE. Todos estos datos configuran la morada penal y el domicilio procesal como los lugares —bienes inmuebles o muebles, como son las *roulottes* o las tiendas de campaña— que sirven, siquiera eventualmente, como habitación. Y esta última exigencia puede también predicarse de la noción constitucional del domicilio. Debe llamarse la atención de que hasta este momento no se ha suscitado la eventual inconstitucionalidad del artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981, sobre los Estados de Alarma, Excepción y Sitio que, en relación con el Estado de alarma —que, como es sabido, no puede limitar derecho fundamental alguno—, prevé la intervención y ocupación de industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, *con excepción de los domicilios privados*.

Las afirmaciones que se acaban de realizar no obstan para que el legislador penal decida proteger, a través del allanamiento de morada o de figuras cercanas, bienes diferentes o complementarios en relación con la intimidad. Aunque el nuevo Código Penal ha tipificado así ciertas entradas realizadas en los locales de personas jurídico-privadas y jurídico-públicas en consonancia, parcial al menos, con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia, desde estas líneas se ha mantenido que estamos ante garantías penales que no vienen impuestas por la Constitución y que no son, desde esta perspectiva, garantías del derecho fundamental en examen.

En definitiva, el domicilio y la morada son, en nuestro país y en otros de nuestro entorno, los dos reversos de la misma moneda. Lo que ocurre es que no todas las configuraciones constitucionales euro-

peas sobre la inviolabilidad del domicilio son idénticas. Mientras que en los casos alemán e italiano, la noción constitucional del domicilio y la penal de morada se extienden a locales empresariales, en Francia y España tales nociones de naturaleza constitucional y penal se conectan, en todo caso, con la habitación.

Precisamente por ser tan estricto el objeto sobre el que recae la inviolabilidad del domicilio, el derecho es muy rígido en su protección. La intervención en el derecho fundamental exige, en principio, intervención judicial. Esto no ocurre en los artículos 13 LFB y 14 CI, donde se prevé la existencia de leyes singulares que pueden consentir la realización de entradas domiciliarias. Esta mayor permisibilidad encuentra su sentido en constituciones que atribuyen el derecho fundamental a las personas jurídicas, sobre las que es preciso realizar inspecciones de muy distinta naturaleza (laborales, fiscales, administrativas), careciendo de él Constituciones como la nuestra, que sólo tratan de preservar la intimidad de las personas físicas en sus moradas.

Lo dicho no supone, *contrario sensu*, que los locales que no constituyen morada puedan ser impunemente invadidos. El titular de los mismos cuenta con un buen número de derechos (unos fundamentales —como la propiedad, los derechos de defensa y, en su caso, la intimidad— y otros ordinarios) frente a tales injerencias. En este sentido, es conveniente recordar que el Tribunal Constitucional ha establecido, con base en el artículo 24.2 CE, y no en el 18.2 CE, la imposibilidad de que despliegue efectos probatorios el registro policial de un vehículo de motor realizado al margen de toda intervención judicial (Sentencia 303/1993, de 25 de octubre). Y ello a pesar de que un automóvil no puede, en principio, considerarse como domicilio a los efectos del artículo 18.2 CE.

8. Queda por justificar aún la afirmación de que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio tiene eficacia *erga omnes*, idea que puede ser deducida de su conexión con el bien jurídico intimidad. Podrían citarse otros derechos que, protegiendo el mismo bien jurídico, parecen poseer tal eficacia directa (en relación con el reconocido en el artículo 18.1 CE, *vid.* el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; en relación con el contenido en el 18.3 CE, *vid.* la Sentencia TC 114/1984, de 29 de noviembre) y que el propio Tribunal Constitucional ha parecido insinuar esta idea en su Sentencia TC 22/1984. No obstante, estos datos no justificarían de por sí una solución inequívoca. Por eso ha sido conveniente completarlos con otros.

Lo cierto es que la afirmación de que el derecho opera *ex constitutione* en las relaciones jurídicas entre particulares (*Drittwirkung*) no es enteramente acertada. No lo es porque el derecho a la inviolabilidad del domicilio, como otros de la personalidad (vida, libertad personal, secreto de las comunicaciones) suelen verse tradicionalmente acompañados de garantías penales (como es, por ejemplo, el delito de allanamiento de morada), previstas por el legislador y conectadas, quizá, con la vertiente objetiva del derecho fundamental. Cuestión distinta, que solamente se apunta, es si el Tribunal Constitucional podría controlar o no (y en su caso, de qué forma) la eventual despenalización de los tipos penales que garantizan determinados derechos fundamentales.

9. La segunda parte del presente trabajo se ha destinado a examinar la vertiente dinámica del derecho; es decir, las limitaciones que pueden afectarlo en la práctica. La idea directriz que permite examinar la perspectiva dinámica del derecho es que el orden público constitucional puede revelarse como un eficaz criterio a la hora de circunscribir los derechos fundamentales.

El orden público constitucional, empleado en este trabajo a modo de *tópico*, puede ser utilizado como criterio que permite, en cada caso, delimitar los derechos fundamentales no solamente por lo que en sí mismos son, sino también por su relación con otros derechos fundamentales, valores o bienes constitucionales. El orden público constitucional al que se alude conecta con el orden político y la paz social del artículo 10.1 CE, que son necesarios para el pacífico ejercicio de los derechos fundamentales (y del resto de los derechos) por parte de las personas. Es cierto que en virtud de tal orden público constitucional pueden limitarse, en ocasiones, derechos fundamentales, pero no lo es menos que con tales restricciones se garantiza la propia pervivencia de esos mismos derechos fundamentales. En definitiva, el orden público limita pero también garantiza los derechos fundamentales.

Esta última idea tiene evidentes consecuencias prácticas. Así, en primer lugar, supone que solamente cabe limitar el ejercicio de un derecho fundamental para preservar el orden público constitucional (en concreto, un derecho fundamental, un bien o un valor constitucional que deba ser garantizado). Si la restricción del derecho fundamental no cumple tal finalidad, es ilegítima desde un punto de vista constitucional.

En segundo lugar, la particular restricción de un derecho fundamental debe estar acompañada, necesariamente, de garantías y cautelas en su aplicación —ajustadas, esto sí, a los intereses en juego—. Si tales garantías no se prevén en su formulación, la restricción debe ser

declarada no conforme a Constitución (lo que habría justificado, posiblemente, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 20.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, acerca de la retención policial). Dicho en otros términos, las limitaciones de los derechos deben acompañarse, para ser conformes a Derecho, de garantías que aseguren su estricta utilización.

Quizás como consecuencia de lo anterior, y en tercer lugar, el orden público constitucional condiciona, como no puede ser de otra forma, el control que se ejerce sobre las medidas (legislativas o de otro tipo) que restringen los derechos fundamentales. Es preciso examinar, caso por caso, teniendo en cuenta los intereses en juego, si una limitación al ejercicio de un derecho fundamental es o no acorde al Texto constitucional. Tal control es, en definitiva, un control de proporcionalidad, que ya no conduce necesariamente a la idea de que una limitación es o no constitucional, sino que exige tener presente si conlleva *suficientes garantías* o, por el contrario, impone una *restricción excesiva* sobre el derecho. Se aprecian, así, expresiones que condicionan el alcance de la solución dada a las específicas circunstancias de cada caso, que, en alguna medida, relativizan la idea del contenido esencial de los derechos fundamentales (como muestra la Sentencia TC 71/1994, de 3 de marzo).

Si se comparte la configuración que del orden público se ha mantenido hasta aquí, es posible realizar alguna consideración complementaria. Nuestra Constitución, como complejo normativo que debe presumirse sistemático y coherente, debe contener una prelación implícita de los bienes, valores, principios y derechos que recoge. El que en ocasiones, tal prelación no se contenga en el propio texto constitucional (cosa que sí ocurre en el artículo 20.4 CE) o no sea fácil de determinar no supone negar su existencia. Por ello, ciertas restricciones de la inviolabilidad del domicilio pueden justificarse aunque no estén legalmente previstas, como es la entrada policial en el domicilio en el que ha tenido noticia de que se encuentra una menor secuestrada (a la que alude la Sentencia TS de 8 de septiembre de 1993, estimando que mediaba delito flagrante). De hecho, diversas normas han permitido a lo largo de la historia realizar entradas domiciliarias con el fin de preservar determinados derechos o bienes prevalentes (artículo 491 del Código Penal de 1973 —doctrinalmente calificado, en ocasiones, de innecesario ya que se llega al mismo lugar a través de la doctrina del estado de necesidad— y, más recientemente, el artículo 21.3 LOPSC). La idea de que la inviolabilidad del domicilio conoce más limitaciones que las (expresamente) previstas en la Constitución está

tan arraigada entre nosotros que no parece que se haya cuestionado la constitucionalidad del último precepto citado.

En todo caso, la Constitución alude expresamente a dos tipos de limitaciones que operan sobre la inviolabilidad del domicilio: la resolución judicial y el delito flagrante. De otro lado, el artículo 55 CE prefigura los regímenes del derecho fundamental sometido a suspensión general e individual.

10. La resolución judicial se configura en nuestra Constitución como el mecanismo limitador ordinario del derecho fundamental (que en el artículo 18.2 CE se excepciona en caso de flagrante delito). Mecanismo en el que se aprecia el carácter limitador pero también garantizador del orden público constitucional, ya que si bien es cierto que la resolución judicial puede afectar a la inviolabilidad del domicilio, no debe olvidarse tampoco que el órgano judicial que la adopta se integra en un poder independiente del Estado, lo que supone, sin duda alguna, *de facto*, una garantía que acompaña a la restricción del derecho.

Antes de examinar cómo actúa el principio de proporcionalidad en la intervención constitucionalmente prevista en el artículo 18.2 CE, es preciso recordar que el Tribunal Constitucional ha exigido, en un primer momento, que la entrada domiciliaria esté precedida de una determinada resolución judicial: la autorización judicial, habitualmente expresada en un auto judicial, que debería dictarse incluso para la ejecución de sentencias judiciales. Esta forma de entender la intervención judicial, que origina un buen número de problemas prácticos (y cuestiona, entre otros extremos, el principio de la cosa juzgada), ha sido revisada en la Sentencia TC 160/1991, de 18 de julio. En esta Sentencia se afirma que cualquier resolución judicial puede legitimar una intervención domiciliaria. De esta nueva orientación jurisprudencial pueden extraerse ciertas consecuencias prácticas. Entre ellas, puede recordarse ahora que el órgano judicial en su función jurisdiccional (artículo 117.3 CE) también debe garantizar el derecho. Esto supone que en relación, por ejemplo, con un procedimiento de desahucio, la resolución relevante a los efectos del derecho contenido en el artículo 18.2 CE es la Sentencia en la que se acuerda, y no el auto de lanzamiento (que solamente presta al beneficiado por la Sentencia el respaldo físico necesario). La exigencia de una resolución judicial (y no de una autorización judicial expresada en un auto) supera también la equívoca idea de que la intervención judicial es subsidiaria respecto de la voluntad del titular del derecho, no siendo preceptivo en ocasiones, como veremos, que el juez deba oír al titular del derecho antes de decidir o consentir la realización de la entrada domiciliaria.

Una vez concretado el alcance del término resolución judicial en el marco del artículo 18.2 CE, es conveniente ahora indicar cómo actúa el principio de proporcionalidad en relación con la intervención judicial.

Este principio opera en un doble nivel. De un lado, el órgano judicial debe enjuiciar en su labor la constitucionalidad de las normas aplicables que contemplan la realización de entradas domiciliarias (ya sea excitando la intervención del Tribunal Constitucional en relación con las normas con fuerza de ley, ya sea controlando directamente las normas reglamentarias —como debería ocurrir con el muy sospechoso artículo 130 RBEL—). El órgano judicial participa así, como ha señalado de forma temprana nuestra mejor doctrina, en la función de control de constitucionalidad de las normas.

De otro lado, la proporcionalidad se expresa también en la concreta intervención judicial de la que se deriva una entrada domiciliaria. Así, en primer lugar, la intervención judicial relacionada con los supuestos de entrada y registro en lugar cerrado (artículos 545 y ss. LECr), se expresa, habitualmente, en una autorización judicial (a veces acompañada de mandamiento judicial), que se contiene en un auto judicial. Esta actuación judicial, que se incardina en el proceso criminal, debe, para revelarse proporcional, cumplir varias condiciones (como son la de ser motivada y contemplar cautelas para que su ejecución no limite más allá de lo necesario el derecho fundamental en examen).

El órgano judicial puede limitar el derecho fundamental cuando, en segundo lugar, actúa en su función jurisdiccional. Desde esta perspectiva, todos los órganos judiciales son potenciales sujetos limitadores (aunque, como ya se ha indicado, también garantizadores) de la inviolabilidad del domicilio. Preserva el derecho fundamental tanto el órgano judicial del orden de lo civil que acuerda una Sentencia favorable al demandante en un procedimiento de desahucio como el contencioso-administrativo que confirma la legalidad de un acto administrativo que implica la realización de una entrada domiciliaria.

El órgano judicial afecta a la inviolabilidad del domicilio cuando, en tercer lugar, autoriza a la Administración a que penetre un domicilio para ejecutar un acto administrativo. En este supuesto el órgano judicial no actúa en su función jurisdiccional, sino como garante del derecho fundamental (en el marco, por lo tanto, del artículo 117.4 CE).

El Tribunal Constitucional ha estimado que el artículo 87.2 LOPJ, que establece que son los Juzgados de Instrucción los encargados de

autorizar las entradas en los domicilios y restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración, es la norma de referencia general de este tipo de intervenciones judiciales. Pero esta idea es, quizás, criticable.

Se ha mantenido en este trabajo la tesis de que la naturaleza del acto administrativo condiciona el tipo y alcance de la intervención judicial constitucionalmente exigida (idea que encuentra su formulación más criticable en la Sentencia TC 76/1992, de 14 de mayo). En efecto, parece claro que en relación con la ejecutoriedad de actos administrativos que impliquen entradas domiciliarias, el órgano judicial debe, por ejemplo, verificar que se ha producido el apercibimiento que la Administración debe cursar al interesado (como se deduce, a todas luces, del artículo 95 LRJAPyPAC). Este requisito no es preciso, ni acaso siquiera conveniente, cuando la Administración pretende realizar inspecciones (fiscales, laborales, etc...). Esta simple reflexión pone de manifiesto que la intervención judicial relacionada con los actos administrativos no siempre es idéntica, y que debe ajustarse al tipo de acto (Sentencia TC 50/1995, de 23 de febrero). Lo que es preciso, en todo caso, es que el órgano judicial valore si la entrada es adecuada, necesaria y proporcional *stricto sensu*.

11. La resolución judicial no es precisa para limitar la inviolabilidad del domicilio, como expresamente reconoce el artículo 18.2 CE, en caso de delito flagrante. Con este precepto (al igual que con el 71.2 CE), el constituyente formaliza un concepto constitucional de delito flagrante.

Para la determinación de esa noción constitucional puede resultar de utilidad el examen de la noción procesal de delito flagrante, que cuenta con una gran trayectoria histórica (en la que destaca, entre otros, el procedimiento medieval español del *Apellido*) y se conecta, hasta fechas relativamente recientes, con los procedimientos penales abreviados. En concreto, los procesos que tenían su origen en un delito flagrante solían ser más breves (sobre todo en la fase probatoria) porque una o varias personas habían sido sorprendidas en el mismo momento de cometer un delito o inmediatamente después con efectos o instrumentos implicados en el mismo.

El concepto procesal de delito flagrante se caracteriza, así, por dos notas: la inmediatez personal y la temporal, y constituye una particular forma de *notitia criminis*, en la que ésta se nos revela por nuestros propios sentidos y no por otros medios. Por eso no pueden equipararse en pureza la seguridad de que se está cometiendo o se va a cometer

un delito (conocimiento fundado que lleva a la constancia) con la inmediatez personal y temporal del mismo (lo que explica que el artículo 21.2 LOPSC haya sido declarado inconstitucional en la Sentencia TC 341/1993, de 18 de noviembre).

Tal noción procesal no es, sin embargo, extrapolable a la constitucional de delito flagrante. No lo es porque, como ya se ha indicado, el orden público constitucional exige que las limitaciones de los derechos fundamentales sean necesarias y proporcionadas en relación con los bienes protegidos. La distinta función que el delito flagrante juega en el marco del artículo 18.2 CE (delimitación de un derecho fundamental) respecto de la que cumplía en el ordenamiento procesal explica que a las notas procesales de inmediatez personal y temporal se las sume otra tercera: la necesidad urgente que justifica que la intromisión domiciliaria se realice sin obtener previamente una resolución judicial. Esta idea se ha mantenido también por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional (aunque este último no la haya justificado adecuadamente en su Sentencia 341/1993, en la que ni siquiera acudió —como hizo en el pasado— al derogado artículo 779 LECr en vía interpretativa y la haya desvirtuado posteriormente, en su Sentencia TC 94/1996, de 28 de mayo).

En todo caso, la atención jurisprudencial y doctrinal se ha ocupado, sobre todo, de la determinación de la noción constitucional de flagrante delito. Hasta el momento no se han tratado otros aspectos de la cuestión. Esto invita a realizar algunas afirmaciones, justificadas en las páginas precedentes, pero cuyo limitado alcance induce a presentarlas como meras hipótesis. Se ha indicado así, en primer lugar, que la entrada domiciliaria puede realizarse por parte de los agentes de Policía no sólo en el domicilio del presunto delincuente, sino también en los de terceras personas donde aquél pretendiera refugiarse. Se ha señalado, en segundo lugar, que los particulares pueden realizar detenciones en caso de delitos flagrantes (artículo 490 LECr), pero no entradas domiciliarias (aunque debe añadirse que, de un lado, el legislador podría variar esta situación en el futuro y que, de otro, si el delito conllevara la inmediata vulneración de determinados derechos —como el de la vida—, existiría una genérica habilitación constitucional para realizar tal entrada). Se ha indicado, finalmente, que la principal finalidad de las entradas domiciliarias realizadas al amparo de un delito flagrante es la aprehensión del presunto delincuente sorprendido *in fraganti*, pero que en ocasiones se realizan, de forma accesoria, registros en él domicilio (*vid.*, en este punto, una vez más, la criticable Sentencia TC 94/1996, de 28 de mayo).

12. También pueden afectar al ejercicio del derecho a la inviolabilidad del domicilio la suspensión general e individual del derecho fundamental (artículo 55 CE).

Ahora bien, para que estas limitaciones sean legítimas deben respetar el principio de proporcionalidad. Así, en relación con la suspensión general del derecho fundamental, se debe dar el criterio de necesidad (que permite la restricción del derecho solamente cuando están en juego componentes esenciales del orden público constitucional) y el criterio de proporcionalidad en sentido estricto (doble, ya que de un lado la expresa restricción del derecho debe contemplarse en la declaración del estado de excepción o sitio y, de otro, es preciso que la aplicación de tal limitación sea, también, proporcionada, lo que garantiza adecuadamente el artículo 17 de la Ley Orgánica 4/1981, sobre los Estados de alarma, excepción y sitio).

El criterio de proporcionalidad varía en el caso de la suspensión individual del derecho (artículo 55.2 CE), referida a las personas integradas en bandas terroristas o elementos terroristas, ya que la aprobación de la legislación en desarrollo hace posible su efectiva limitación. Esta diferencia en relación con el apartado primero del mismo artículo explica que la suspensión individual sea mucho más restrictiva en su contenido (menor número de derechos afectados, garantías materiales que deben acompañar la legislación de desarrollo —necesaria intervención judicial y adecuado control parlamentario— y declaración expresa de las eventuales responsabilidades —disciplinarias o penales, entre otras— que puede provocar su utilización injustificada o abusiva). Estas garantías materiales deben contenerse en la ley de desarrollo del artículo 55.2 CE porque circunscriben el contenido de la limitación. Esta idea hubiera debido provocar, quizás, la declaración de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, en la Sentencia TC 71/1994, de 3 de marzo. La razón que justificaría tal declaración de inconstitucionalidad derivaría del principio, al que ya se ha aludido extensamente en estas mismas páginas, de que las medidas limitadoras de derechos deben verse rodeadas, para que sean conformes a Derecho, de garantías y cautelas que aseguren su correcta aplicación, si cabe aún más cuando tales garantías vienen explícitamente recogidas en el artículo 55.2 CE.

Para terminar, y en conclusión, la presente investigación trata de aportar una lectura trabada del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio contenido en el artículo 18.2 de la Constitución. Lectura que no pretende ser definitiva y que tampoco es, por supuesto, la única posible. En ella nos encontramos con un derecho estricto en su

configuración (pues se atribuye exclusivamente a las personas físicas en relación con sus moradas), pero también muy riguroso en sus garantías. De esta forma, el ordenamiento constitucional español sigue en este punto, desde comienzos del siglo XIX, y por hechos históricos de todos conocidos, la senda del constitucionalismo francés, que es profundamente diferente en esta materia a la seguida en Alemania o Italia.