

La entrada y registro practicada por la policía en el supuesto de la flagrancia y la posesión de drogas en domicilio particular

Teresa MOLINA
Real Centro Universitario
«Escorial-María Cristina»
San Lorenzo del Escorial

Palabras clave

I. Introducción.

II. La protección del domicilio en la Constitución española.

- 2.1. *La inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 de la Constitución española.*
- 2.2. *El ámbito de protección constitucional.*
- 2.3. *El concepto constitucional de domicilio.*
- 2.4. *Las limitaciones del derecho a la inviolabilidad del domicilio.*

III. Concepto, naturaleza y finalidad de la entrada y registro practicada por la policía sin autorización judicial.

IV. La flagrancia.

- 4.1. *El concepto etimológico de la flagrancia.*
- 4.2. *Concepto legal de flagrancia.*
 - 4.2.1. El artículo 398.2 de la Ley de Procedimiento Militar.
 - 4.2.2. El derogado artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- 4.3. *Concepto jurisprudencial.*

V. Clases de delitos flagrantes.

VI. Requisitos de la flagrancia.

VII. Efectos de la flagrancia en la entrada y registro en domicilio por posesión de drogas.

I. INTRODUCCIÓN

Los pronunciamientos contradictorios de los Tribunales de Justicia sobre la entrada y registro en materia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, así como las reformas procesales que sobre esta diligencia se han llevado a cabo en los últimos años, producen inseguridad jurídica. De hecho, existen agravios comparativos, tanto en relación a las sentencias pronunciadas, como a la hora de valorar los resultados, en cuanto a los requisitos de la práctica de la diligencia que vamos a analizar.

Hay que tener en cuenta que esta diligencia se realiza, la mayoría de los casos, sólo para traficantes de cierta importancia, y el hecho de no haberse realizado conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pese a que se han acreditado los hechos ilícitos, con la doctrina de los Tribunales, puede llevar al despropósito de que se produzcan condenas para traficantes menores, último eslabón de la pirámide criminal, y queden impunes, pese a la acusación y fuentes de prueba, muchos casos de mayor entidad. A lo que se debe añadir, que en la mayoría de las veces, la entrada y el posterior registro es la única forma de investigar el delito de tráfico de drogas y, como consecuencia, la droga encontrada a través de este medio de investigación es la única prueba existente.

Todo ello, obliga a exponer los supuestos en los que se permite a la Policía practicar una entrada y registro en un domicilio (en el que se sospecha que se oculta droga) sin autorización judicial, deteniéndonos especialmente en el estudio de la flagrancia.

II. LA PROTECCIÓN DEL DOMICILIO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

2.1. La inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 de la Constitución española

El artículo 18.2 de la Constitución española dispone que «el domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en

él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en los casos de flagrante delito».

La ubicación en el texto constitucional «de los derechos fundamentales y de las libertades públicas», lo sitúa como un auténtico derecho de la personalidad, y coloca a nuestro Ordenamiento Jurídico entre los más garantistas¹ en cuanto a la protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio².

Las exigencias tuteladoras del artículo 18.2 son garantías. Pero no todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución tienen la misma protección. Existen algunos derechos (los que se conceden sobre la vida y la integridad física) a los que se reconoce una protección especial porque la Constitución no pone límite alguno a su reconocimiento (art. 15 CE) y la legislación ordinaria les concede una protección completa, prohibiendo toda posibilidad de disponibilidad del derecho del titular. De ahí que los atentados contra la vida e integridad física ajena no pierden su antijuridicidad, pese a existir consentimiento del ofendido.

Pero existen otros derechos en los que «la disponibilidad del interesado alcanza una relevancia tan esencial que sirve para delimitar el

1. Como hacen otras legislaciones de nuestro entorno cultural, entre las que se encuentra la Constitución italiana, que en el art. 14 proclama la inviolabilidad del domicilio. Sin embargo, el régimen legal constitucional alemán ofrece una configuración diferente de la entrada y registro en lugar cerrado, al establecer la Ley Fundamental de Bonn, en el art. 13, una excepción en el supuesto de demora en la autorización por la Autoridad Judicial, que recoge la Ley Procesal Penal en el art. 105,1. También la IV Enmienda de la Constitución norteamericana establece el inviolable derecho de la gente a la debida protección de sus personas, domicilios, documentos y efectos contra las pesquisas e incautaciones injustificadas, aceptando la posibilidad de registros e incautaciones sin mandamiento judicial. Pero si bien la IV Enmienda tutela expresiones concretas del derecho a la privacidad, la doctrina norteamericana, en base a la IX Enmienda, ha considerado que el derecho a la privacidad se halla subsumido en la V Enmienda. (Vid. del ROSAL BLASCO, B., «El concepto de delito flagrante en la Ley de Seguridad Ciudadana», *Cuadernos de política criminal*, 48 (1992) 788.

2. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., «Investigación del Ministerio Fiscal y Limitaciones de Derechos Fundamentales», en *La prueba en el proceso penal*, Madrid 1993, p. 21. Pero una parte de la doctrina, entre los que se encuentra LÓPEZ LÓPEZ, A. M.: «Las diligencias del Fiscal investigador», *Actualidad Penal*, 15 (1993) 201, si bien reconocen que el Fiscal jamás podrá adoptar medidas restrictivas de derechos fundamentales, salvo la detención preventiva, abogan, de *lege ferenda*, porque se haga una distinción, entre supuestos ordinarios y de urgencia y el Juez no pueda autorizar esa medida.

contenido del derecho, ya que el campo de la intimidad que se protege comienza en la línea en que el sujeto lo reserva como suyo frente a las relaciones con los demás»³. Por eso son objeto de una menor protección constitucional, ya que en su proclamación se señala la existencia de límites a su ejecución (art. 18.2 de la Constitución española), cuyo fundamento es la existencia de intereses públicos merecedores de particular tutela⁴.

Y ésta es la razón por la que el precepto constitucional integra una afirmación general, que es la inviolabilidad del domicilio, cuyo contenido como derecho fundamental debe preservarse, y una específica configuración negativa de la prohibición de entrada o registro domiciliario sin consentimiento del titular o resolución judicial, matizando expresamente la entrada en domicilio mediante la referencia al supuesto de flagrante delito.

La inviolabilidad del domicilio es un derecho reconocido como fundamental⁵, pero no es un derecho absoluto, y cede ante el interés general de la sociedad y del Estado al permitirse la vía investigadora dentro de los límites que marca la propia Constitución.

3. Vid. SÁINZ DE ROBLES, F. C., «El derecho a la prueba» (ponencia núm. 23), en *Primeras jornadas de Derecho Judicial*, Secretaría General Técnica, Madrid 1983, p. 603.

4. Vid. PERIS GOMIS, M., «Seguridad Ciudadana» (discurso de inauguración), *Revista del Poder Judicial*, núm. Especial VIII, p. 14.

5. Vid. ROBLES ACERA, A., «La autorización judicial y el Secretario en las entradas y registros domiciliarios», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 43, 1992, pp. 1 y 2. La Constitución española no hace sino recoger la expresa protección del derecho a la intimidad, que de ésta hacen los documentos de Derecho Internacional Público, como hace la Declaración Universal de Derechos Humanos de NN.UU. de 1948, art. 12; la Declaración de Bogotá de 1948, art. 5; el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Roma 1950, art. 8; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las NN.UU., 1966, art. 17; la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1996, art. 11.

Sobre el tratamiento de los derechos fundamentales en los Tratados Internacionales, entre otros, vid. MORENILLAS RODRÍGUEZ, J. M., «Garantías del Proceso Penal según el Convenio Europeo de Derechos Humanos», en número especial Justicia Penal, *Revista del Poder Judicial*, 1987, pp. 191 y ss.; FROWEIN, J. A., «La protección europea de los derechos humanos como inicio de una jurisprudencia constitucional europea», *Justicia* 88, pp. 967 y ss.; y MINVIELLE, B., «Allanamiento ilegal: violación del derecho a la intimidad y de las garantías del proceso debido», *Doctrina Penal*, 38 (1987) 304 y ss.

2.2. *El ámbito de protección constitucional*

Si el objeto de una entrada lo constituye el «ámbito en los que se desarrolla la vida privada de la persona»⁶, el art. 18.2 de la Constitución es la mejor garantía para tutelar ese derecho, tanto personal como familiar, frente a intromisiones extrañas, porque establece, de forma taxativa y cerrada, los supuestos en los que cede esa inviolabilidad. A la vez que reconoce unos derechos al individuo, impone unos límites a la actuación del Estado⁷; a salvo, claro está, de otros supuestos excepcionales que están recogidos en la vigente normativa procesal: que hubiere mandamiento de prisión y en los supuestos relativos a bandas armadas, terroristas o rebeldes, que no son objeto de nuestro estudio.

2.3. *El concepto constitucional de domicilio*

El concepto de domicilio, a los efectos del artículo 18 C. E., no es el previsto legalmente⁸, sino que es instrumental porque domicilio es el lugar en el que la persona defiende los ámbitos en que desarrolla su vida privada⁹. Con el concepto constitucional se protege no sólo el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que hay en él de emanación de la persona y de esfera privada de ella.

El Tribunal Constitucional planteó el problema de su delimitación material, y precisó que «el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto a los usos y convenciones sociales y donde ejerce su libertad más íntima»¹⁰.

6. Vid. SÁINZ RUIZ, J. A., «Algunas cuestiones procesales sobre tráfico de drogas (resumen jurisprudencial)», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1.816 (1998) 470.

7. Vid. MAIER, B. J. J., «Inviolabilidad del domicilio», *Doctrina Penal*, 29 (1985) 63; CAPELLETTI, M., «General Raport. Fundamental guarantees of the parties in civil litigation», en *Studios in Comparative Law*, Milán 1973, p. 762.

8. A los efectos del art. 18.2 CE, el concepto de domicilio no es el previsto en el art. 40 del Código Civil, por lo que no es posible precisar el alcance de la garantía constitucional a través del C. C. Tampoco el Derecho Penal sirve para determinar el concepto, vid. LUZÓN PEÑA, D. M., «Protección penal de la intimidad y derecho a la información», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, enero-abril, fascículo 1, 1988, pp. 39 a 70.

9. Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L., «Concreciones en torno al registro domiciliario en el proceso penal español», *Revista de Derecho Procesal*, 3 (1993) 571.

10. Vid. la STC 22/84, de 17 de febrero.

Interpretado en este sentido, el artículo 18.2 tiene un contenido amplio, porque impone una serie de facultades y de garantías para vedar toda clase de invasiones, incluidas las que se puedan realizar sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos.

La jurisprudencia, partiendo de la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de febrero de 1984, ha delimitado el ámbito material del mismo¹¹, y el Tribunal Constitucional, en sentencias posteriores, ha ido determinando casos concretos¹².

Con las precisiones expuestas, la doctrina ha tratado de delimitar qué es el domicilio a efectos de protección constitucional. Aragoneses Martínez afirma que «domicilio es un espacio delimitado físicamente, objetivamente destinado a vivienda con carácter permanente o transitorio, cuya ocupación se fundamenta en un título legítimo»¹³.

2.4. *Las limitaciones del derecho a la inviolabilidad del domicilio*

La Constitución española impone tres limitaciones a la inviolabilidad del domicilio: el consentimiento del titular, la autorización judicial y el flagrante delito.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal recoge el mandato constitucional al preceptuar que «nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstas en las Leyes»¹⁴, e impone determinadas restricciones a esa inviolabilidad por necesidades de la justicia penal¹⁵. Esas restricciones se encuentran reguladas en el artículo 543 del mismo cuerpo legal, que preceptúa: «los Agentes de Policía podrán asimismo proceder de propia

11. Vid. la STS de 5 de octubre de 1992 (RA 7737). Sin embargo, la STS de 11 de diciembre de 1992 (RA 10213). El Tribunal Supremo, en sentencias posteriores, delimita el concepto de la norma constitucional, y establece qué es lo que se ha de reputar como domicilio, así la S. de 31 de enero de 1995 (RA 268), y la de 17 de enero de 1997 (RA 56).

12. Vid. STC 149/1991, de 4 de julio, y el ATC 171/89, de 23 de abril.

13. Vid. ARAGONESES MARTÍNEZ, S. *Derecho Procesal Penal* (varios autores), Madrid 1999, p. 386.

14. Vid. el art. 545 de la LECr.

15. Vid. RUIZ VADILLO, E., «Las garantías del proceso, presupuesto del tratamiento al delincuente», *Revista del Poder Judicial*, 25 (1992) 84.

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».

Del enunciado se desprende que la Policía tiene facultades para poder entrar en un domicilio en los siguientes supuestos:

- a) Cuando exista mandamiento judicial de prisión contra una persona y trate de realizarse su captura.
- b) Cuando alguien sea sorprendido en flagrante delito.
- c) Cuando una persona, inmediatamente perseguida por la Policía se oculte o refugie en alguna casa.
- d) Cuando se trate de persecución de presuntos terroristas o rebeldes, en caso de excepcional o urgente necesidad¹⁶.

De todos los supuestos previstos desarrollaremos el que más problemas puede plantear en narcotráfico: la flagrancia.

Es en este supuesto específico, en el que no existe un control judicial, en donde la Policía ha de someterse a los límites derivados de su propia esencia, debiendo perseguir fines legítimos, adoptar las medidas necesarias para la conservación y logro de los mismos, para que la restricción del derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio no exceda de la medida absolutamente precisa y necesaria¹⁷.

III. CONCEPTO, NATURALEZA, Y FINALIDAD DE LA ENTRADA Y REGISTRO PRACTICADA POR LA POLICÍA SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL

La regulación de la diligencia de entrada en domicilio privado se encuentra dentro de una medida más amplia, que es la entrada en lugar cerrado. La Ley de Enjuiciamiento Criminal limita su realiza-

16. Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L., «Concreciones en torno al registro domiciliario», o.c., p. 576, en el que el autor hace esta clasificación, y la *Memoria de la Fiscalía General del Estado 1993*, «Cuestiones procesales. Entrada y Registro», p. 1044.

17. Vid. PEDRAZ PENALVA, E., «Algunas reflexiones sobre la Policía y Administración de Justicia», *Justicia* 90, núm. 2, p. 325.

ción a determinados requisitos y condicionamientos impuestos por ella misma.

Pero vamos a centrarnos en el domicilio de particulares¹⁸.

Como la Ley de Enjuiciamiento Criminal contiene en el título VIII, el régimen de la entrada en los artículos 545 a 567 y, a continuación, la regulación del registro hasta el artículo 578, un sector doctrinal entiende que dicha ubicación no es casual, puesto que la finalidad esencial de la entrada es posibilitar el registro, por lo que se trata de dos diligencias: «la de entrada, en la que se restringe el derecho fundamental de la inviolabilidad domiciliaria con objeto de que se practique la detención o con el fin de asegurar el cuerpo del delito, y la diligencia de registro, que sería aquella que tiene por fin o la detención o el aseguramiento como objeto directo»¹⁹.

Sin embargo, tanto la jurisprudencia como un amplio sector de la doctrina entienden que se trata de una sola diligencia, «la de entrada y registro», cuyo objeto es en cada caso diferente, porque sirve para detener al sospechoso o para descubrir y asegurar el cuerpo del delito, o ambas cosas a la vez, pero que ante el hecho de encontrarse o el sospechoso o el cuerpo del delito protegidos en un domicilio, se necesita, fuera de los supuestos excepcionales contemplados en la legislación, un auto fundado del Órgano Jurisdiccional en el que se expresará el lugar concreto en que la diligencia habrá de practicarse²⁰.

En cuanto a su naturaleza, se deben distinguir, dos situaciones diferentes: si existe autorización judicial para practicar la entrada y registro o si, por el contrario, no existe procedimiento judicial abierto y se trata de una actuación de la Policía en el ejercicio de sus funciones.

En el primer supuesto se trata de una diligencia de carácter procesal, sumarial, autorizada por el Órgano judicial.

18. Conviene puntualizar que en materia de drogas existen lugares cerrados que, si bien tienen la apariencia de domicilios, no lo son. Ver a este respecto la STC. 171/89 de 23 de abril, y la STS. de 31 de enero de 1995 (RA 268) en la que se dice que un piso destinado solamente a traficar con drogas no es domicilio.

19. Vid. FRANCO ARIAS, J., «La entrada en lugar cerrado», *Justicia* 88, pp. 581 y ss.; y MUÑOZ ROJAS, T., «Reformas en el proceso penal (Ley 10/92)», *Actualidad penal*, 42 (1992) 418.

20. Vid. SERRANO ALBERCA, J. M., «Artículo 18», en *Comentarios a la Constitución* (dir. Garrido Falla), Madrid 1980, p. 238 (también en la 2.^a ed. de 1985).

Pero si es la Policía la que practica una entrada y registro cuando no existe una autorización judicial, estamos ante una actuación preliminar al proceso y, por tanto, ante una actuación de naturaleza administrativa. Se trata de un acto de investigación meramente policial, que habrá de incardinarse en el atestado²¹.

Se trata de una diligencia o de una actuación policial limitativa o restrictiva del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria por razones de la investigación, que tiene por finalidad buscar y adquirir información o vestigios del delito, o bien la de detener al sospechoso²², y que tiene su fundamento en la persecución del delito y del delincuente²³.

IV. LA FLAGRANCIA

La flagrancia es, en la Constitución española, la única excepción a la existencia del consentimiento del titular o la resolución judicial para poder efectuar entradas y registros en el domicilio²⁴, que es matizada de una forma expresa mediante la referencia al supuesto de flagrante delito.

El enunciado constitucional determina, puesto que no lo define, cuál es el contenido constitucionalmente atribuido a la expresión flagrante de delito, pero no expone a qué situación concreta se refiere con la expresión ni cuál es el fundamento de que se haya exceptuado del régimen general del control jurisdiccional el supuesto de la comisión de un delito flagrante.

La excepción de la flagrancia, como causa bastante de la limitación de un derecho fundamental, no es sino la concreción del régimen general de la inviolabilidad del domicilio. Tiene su justificación en la necesidad de persecución del hecho delictivo, pero también en el equilibrio de los intereses en conflicto, aunque existen otros valo-

21. Vid. la STS de 18 de febrero de 1994 (RA 1430).

22. Vid. VÉLEZ MARICONDE, A., *Derecho Procesal Penal II* (2.ª ed.), Buenos Aires 1969, p. 503.

23. Vid. la STC 22/84, de 17 de febrero, y la STS de 13 de septiembre de 1988 (RA 6751).

24. Vid. ALEGRE ÁVILA, M., «El art. 21 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana: una nota sobre la incidencia del legislador en los derechos fundamentales», *Revista del Poder Judicial*, 30 (1993) 28 y ss.

res concurrentes que se han de medir, y todos ellos son los que se han de tener en cuenta para justificar la injerencia no controlada «ex ante» por el Órgano Judicial. Junto al equilibrio de esos valores, la flagrancia debe ser siempre interpretada de forma restrictiva²⁵, puesto que «la libertad individual y todas sus plasmaciones obliga a ello»²⁶. También debe verse como una situación de necesidad, que es la que va a permitir la injerencia en un domicilio para evitar que se produzca, o que se siga produciendo la violación de un interés particular o colectivo y la vulneración de un orden legal preestablecido²⁷.

Para poder saber cuándo existe delito flagrante en una entrada y registro de un domicilio particular por posesión de drogas, es necesario determinar qué es la flagrancia.

4.1. *El concepto etimológico de la flagrancia*

Flagrancia es la calidad de flagrante, y flagrante significa que se está ejecutando actualmente, «en el mismo momento de estarse cometiendo el delito, sin que el autor haya podido huir»²⁸.

Un delito será, por tanto, flagrante en el mismo momento que se comete, después de lo cual dejará de serlo²⁹.

25. No es un principio de la Ley procesal penal que se tenga que investigar la verdad a cualquier precio, vid. la STS de 20 de enero de 1995 (RA 156).

26. Vid. FROWEIN, J. A., «La protección europea de los derechos humanos como inicio de una jurisprudencia constitucional europea», o.c., p. 982.

27. Existen autores que inciden, de una forma más acusada, en la puesta en peligro de un bien jurídico protegido o en los casos en que aún se está a tiempo de evitar una lesión; así, ROSAL BLASCO, B. del, o.c.

28. Vid. FAIRÉN GULLÉN, V., «Algunas ideas básicas sobre la entrada y registro en domicilio (del art. 21 de la Ley 1/92 de Protección de la Seguridad Ciudadana, de 21 de febrero)», *Revista de Derecho Procesal*, 1 (1993) 39.

29. Vid. BENITO, E. de, «Voz: delito flagrante», *Enciclopedia Jurídica Española*, t. x, Barcelona 1910, p. 585; y PUIG PEÑA, F., *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona 1954, p. 447. Este concepto estricto de flagrancia es ampliado por un sector doctrinal, entre los que se encuentra GOLDSTEIN, R., «voz: flagrancia», *Diccionario de Derecho Penal y Criminología* (2.^a ed.), Buenos Aires 1983, p. 357: «Flagrancia: calidad de flagrante, es decir, de lo que se está cometiendo actualmente». Para MANZINI, V., *Tratato di Diritto Processale Penale*, vol. 1, Torino 1949, p. 59, el concepto jurídico de flagrancia está constituido por una idea de relación entre el hecho y el delincuente y que recoge BRICHETTI, G.: *La evidencia en el Derecho procesal penal*, Buenos Aires 1973, p. 163; y BONETTO, G. F., «voz: flagranza», *Enciclopedia de Diritto*, Milano 1968, pp. 762.

El Tribunal Supremo, se refiere al concepto etimológico de la flagrancia cuando dice que «flagrante se refiere a aquello que está ardiendo o resplandeciendo como fuego o llama, de modo que por delito flagrante en el concepto usual hay que entender aquel que se está cometiendo de manera singularmente ostentosa o escandalosa, que hace necesaria la urgente intervención de alguien que termine con la situación anómala y grave a fin de que cese el delito, porque esta produciendo un daño a un bien jurídico que debe impedirse inmediatamente, o porque es posible que el daño para dicho bien jurídico se corte y no vaya en aumento»³⁰.

Este concepto etimológico y estricto de la flagrancia, que es el asumido y defendido por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia³¹, es objeto de una especial atención por parte de los estudiosos (a falta de un concepto legal), frente a aquellos que abogan por una ampliación del concepto de delito flagrante, puesto que afecta, en primer lugar, a la posibilidad de entrar y registrar un domicilio particular sin consentimiento ni autorización, y en segundo lugar, a los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, que producen gran alarma social en la mayoría de los casos.

4.2. *Concepto legal de flagrancia*

4.2.1. El artículo 398.2 de la Ley de Procedimiento Militar

La LO 2/1989, de 13 de abril, de Procedimiento Militar, en el artículo 398, párrafo 2, dispone que «a los efectos de éste título se consideran delitos flagrantes los que se estuvieren cometiendo o se

30. Vid. la STS de 29 de marzo de 1990 (RA 2645), que contiene importantes matizaciones «el concepto de delito flagrante, en cuanto fundamento para permitir una entrada en una vivienda por propia autoridad, al ser una excepción al régimen normal de operatividad de un derecho fundamental, debe ser objeto de interpretación restrictiva... La palabra flagrante viene del latín *flagrans-flagrantis*, participio presente del verbo *flagare*, que significa arder o quemar ..., y además, hay una razón de urgencia para capturar al delincuente ... con la consiguiente aprehensión de los efectos del delito, así como en los casos de violación, robo, lesiones, homicidios...»; la de 31 de enero de 1995 (RA 37): «la flagrancia es la percepción sensorial directa del hecho delictivo», y de 24 de febrero de 1998 (RA 1480), fundamento jurídico 2.

31. Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, t. III, Buenos Aires 1951, p. 258.

acabaran de cometer cuando el delincuente o los delincuentes fueren sorprendidos.

Se entenderá sorprendido en el acto de ejecutar el delito no sólo el delincuente que sea aprehendido en el momento de estarlo cometiendo, sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se sorprendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del alcance de los que le persiguen o, aunque se pusiere de momento, quedara dentro de la zona de dicha persecución y se presentare o aprehendiere a las cuarenta y ocho horas siguientes al delito y existan pruebas notorias de haberlo ejecutado.»

La Ley Procesal Militar contiene el concepto legal que tenía la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su redacción originaria. Delimita su definición con los siguientes requisitos: exige que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido instantes antes, que el delincuente se encuentre allí en ese momento en relación tal al objeto o a los instrumentos del delito, que ello ofrezca una prueba de su participación en el mismo y que exista una necesidad urgente con el fin de poner término a la situación existente, y conseguir la detención del autor o autores de los hechos ³².

4.2.2. El derogado artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

El art. 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal recogía el concepto de delito flagrante en el Título III, del Libro IV, «del procedimiento en caso de flagrante delito» (arts. 779 a 803).

Este concepto perduraría hasta la LO 7/88 de 28 de diciembre ³³; pero aunque hoy no exista en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal una definición del delito flagrante tal categoría se mantiene en el mismo. Y el concepto que se recogía hasta la LO de 28 de diciembre era el siguiente: «se considerará delito flagrante el que se estuviere cometiendo o se acabara de cometer cuando el delincuente o delincuentes sean sorprendidos.

32. CARNELUTTI, F., *Lecciones sobre el proceso penal*, Buenos Aires 1950, t. II, pp. 97 y 98.

33. LO 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes.

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 durara o no se suspendiera mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen³⁴.

También se considerará delincuente «in fraganti» aquel a quien se sorprendiera inmediatamente después de cometido el delito con «efectos o instrumentos que infundan la sospecha vehemente de su participación en él»³⁵.

La definición de la flagrancia, en sentido estricto, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal implica una «percepción sensorial, directa e imprevista»³⁶, y se puede definir «como la constancia real y virtual, en cuanto realidad objetiva y verificable, de la comisión de un delito en un momento concreto y determinado»³⁷, pese a que su derogación trajo la consecuencia inmediata de radiar el concepto y las clases de delito flagrante que en ella se contenían.

Y esas reacciones producen inseguridad jurídica, que se puede subsanar dando una definición de delito flagrante, como hacen las legislaciones de nuestro entorno cultural, donde existen en las leyes procesales definiciones de delito flagrante³⁸. Y como ha expresado el Tribunal Constitucional sobre el arraigo de la cultura jurídica, si hay que dar el paso por razones de seguridad jurídica y definir el

34. A semejanza del art. 382.1 del C. de Procedure Penale italiano.

Sobre la flagrancia en la regulación de los delitos de narcotráfico DELLA MONICA, S., «Le investigazioni sul traffico dei stupefacenti», en *L'investigazione privata nel nuovo processo penale*, Padova 1989, pp. 173 y ss.

35. Vid. SÁEZ JIMÉNEZ, J., *Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid 1962, pp. 29 a 35, que plantea cuál es la razón para calificar de flagrante un delito.

36. Vid. FAIRÉN GUILLÉN, V., «Algunas ideas básicas sobre entrada y registro domiciliario...», o.c., p. 39: «la flagrancia, referida a la sorpresa en el acto de delinquir, es una noción que se refiere a la constatación del delito ... elemento de la flagrancia es la simultaneidad», este concepto estricto no compartido por otros autores, así SERRANO ALBERCA, J. M., «Artículo 18 de la Constitución española», en *Comentarios a la Constitución Española* (2.ª ed.), Madrid 1985, pp. 368 y 369, que entiende que el concepto flagrancia es de contenido más amplio, la de los términos del derogado art. 779 de la LECr.

37. Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R., *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el Proceso Penal*, Madrid 1996, p. 99: «un delito flagrante es áquel que se está ejecutando actualmente, de tal evidencia que no necesita pruebas»; y ALEGRE ÁVILA, M., «El art. 21 de la Ley de Protección Ciudadana», o.c., p. 33.

38. En Francia, el art. 53, párr. 1, del Code de Procedure Penale lo define.

concepto, su formalización legislativa es conforme a la Constitución española.

4.3. *Concepto jurisprudencial*

El Tribunal Supremo mantiene que el anterior concepto de delito flagrante del derogado artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sigue siendo aplicable actualmente, a pesar de que esta definición y sus distintas categorías no aparezcan recogidas en nuestra Ley procesal, porque el no aceptar esta postura deja sensiblemente disminuido y recortado el precepto constitucional, quedando huérfana de apoyo y falta de eficacia la excepción a la inviolabilidad del domicilio de la Constitución española.

El Tribunal Supremo define la flagrancia en la sentencia de 29 de marzo de 1990, y distingue en numerosa jurisprudencia, a efectos probatorios, entre delitos flagrantes, que son incompatibles con la presunción de inocencia³⁹, de los cuasi flagrantes o testimoniales⁴⁰ en los que se ha dado la percepción directa de los Agentes de la Policía Judicial de los hechos cometidos⁴¹.

El Tribunal Constitucional en la sentencia 341/1993, de 18 de noviembre⁴², definió el concepto de flagrancia en los siguientes términos: a los efectos constitucionales que aquí importan no procede asumir o reconocer como definitiva ninguna de las formulaciones legales, doctrinales o jurisprudenciales que de la flagrancia se han dado en nuestro ordenamiento, pero lo que sí resulta inexcusable y suficiente a nuestro propósito, es reconocer 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 perpetra-

39. *Vid.* la STS, o.c., 29 de marzo de 1990. Entre los múltiples comentarios a esta sentencia, ver ROBLES ACERA, A., «La autorización judicial y el Secretario...», o.c., p. 2, quien, que a falta de definición de la L. E. Criminal, se remite a la doctrina jurisprudencial. Ver, también, las SSTS de 15 de noviembre de 1995 (RA 8031), de 11 de julio de 1996 (RA 5956), y la de 24 de febrero de 1998 (RA 1480).

40. *Vid.* las SSTS de 28 de febrero de 1987 (RA 3043), de 24 de abril de 1987 (RA 2613) y de 20 de septiembre de 1990 (RA 7353).

41. *Vid.* PAZ RUBIO, J. M., «La prueba en el proceso penal», en *La prueba en el proceso Penal*, Madrid 1992, p. 213.

42. Publicada en el *BOE* núm. 295, de 10 de diciembre de 1993.

ción del ilícito. Si el lenguaje constitucional ha de seguir siendo significativo, y ello es premisa firme de toda interpretación, no cabe sino reconocer que estas connotaciones de la flagrancia (evidencia del delito y urgencia de la intervención policial) están presentes en el concepto inscrito en el art. 18.2 de la Norma Fundamental, precepto que, al servirse de esta noción tradicional, ha delimitado un derecho fundamental y, correlativamente, la intervención sobre el mismo del poder público.

A idéntica conclusión conduce una interpretación lógico sistemática de lo dispuesto en el art. 18.2 de la Constitución. Con reiteración ha dicho este Tribunal que la garantía constitucional del domicilio queda salvaguardada, al margen del consentimiento del titular, mediante la previa intervención judicial (SSTC. 199/1987, fund. 9.º, 160/1991, fund. 8.º). Esta previa intervención judicial ha sido excepcionalada por la Constitución con rigor a través de la noción de «delito flagrante», que no puede entenderse por ello, a los fines del art. 18.2 CE, sino como una situación fáctica en la que queda excusada aquella autorización judicial, precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia y exige de manera inexcusable una inmediata intervención. Mediante la noción de «flagrante delito» la Constitución no ha apoderado a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para que sustituyan con la suya propia la valoración judicial a fin de acordar la entrada en domicilio, sino que ha considerado una hipótesis excepcional en la que se justifica la inmediata intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad... el delito flagrante; requiere 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»⁴³.

43. Entre los múltiples comentarios a la sentencia, véase GARBERÍ LLOBREGAT, J., «La flagrancia habilitadora de la entrada y registro sin autorización judicial.(Inconstitucionalidad del artículo 21,1 LOPSC en la STC de 18 de noviembre de 1993), *Revista Colex*, 8 (1993) 95 y ss.; ROSAL BLASCO, B. del, «La inconstitucionalidad del concepto de delito flagrante en la Ley de Seguridad Ciudadana: observaciones críticas a la STC 341/93, de 18 de noviembre», en *Comentarios a la Legislación Penal*, t. xv, vol. II, Madrid 1994, pp. 1025 y ss.; CASTILLO BLANCO, F.A., «Comentario de urgencia sobre la polémica STC 341/1993, de 18 de noviembre, sobre la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana», en *Revista del Poder Judicial*, 33, 1994, pp. 307 y ss.; y GIMBERNAT ORDEIG, E., *Ensayos Penales*, Madrid 1999, p. 159.

V. CLASES DE DELITOS FLAGRANTES

Atendiendo a su modo de constatación, los delitos se dividen en flagrantes, que son aquellos en los que se sorprende al delincuente en el momento de ejecutarlos, y no flagrantes⁴⁴.

Pero el concepto de flagrancia, a diferencia de lo que ocurre con este concepto clásico⁴⁵, del derogado art. 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tenía un contenido amplio, puesto que la flagrancia existe no sólo mientras se comete el delito, al mismo momento de cometerse y el delincuente es sorprendido, sino que también es factible al acabar de cometerse el ilícito penal⁴⁶. La ley procesal hacía referencia a dos situaciones específicas: al momento concreto de su comisión y, una vez cometido, al momento posterior inmediato a su comisión. Por el contrario, el párrafo tercero hace referencia a la sospecha, que es una presunción de delito flagrante.

El primer supuesto se refiere a la flagrancia en sentido estricto, y es la razón por la que una parte de la doctrina entiende que el delito sólo es flagrante «en el momento en que se está cometiendo, después de lo cual ya deja de serlo»⁴⁷, y que defendió MANZINI.

La flagrancia propiamente dicha sólo se dará en aquella situación que tiene lugar cuando el culpable es sorprendido en el mismo

44. Así, en el Derecho romano se distinguía entre el *furtum manifestum* y el *furtum no manifestum*, a efectos de una mayor penalidad y un más rápido procedimiento.

45. Concepto que, al igual que la LECr, ya mantuvo, entre la doctrina, PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal I*, o.c., p. 306: «En cuanto a la constatación del delito la flagrancia propiamente dicha se produce: 1.º) *In ipso actu maleficii. Dum fit apprehendi*. 2.º) *Post commissum maleficium. Eo loco deprehenditur ubi fit*».

46. En el primer supuesto «*In ipso actu maleficii. Dum fit deprehendi*», y para el segundo, «*Post commissum maleficium. Eo loco deprehenditur ubi fit*», y que defiende BRICHETTI, G., «La evidencia en el Derecho procesal penal», o.c., pp. 162 y ss., ver también SERRANO ALBERCA, J. M., «Artículo 18», en *Comentarios a la Constitución*, o.c., pp. 368 y 369; ALEGRE ÁVILA, J. M., «El art. 21 de la Ley...», o.c., p. 33; y LUZÓN CUESTA, J. M., «Valor de las pruebas obtenidas en el proceso penal mediante registros domiciliarios efectuados por la Policía, con especial referencia a la exigencia de intervención del Secretario Judicial en los realizados previo mandamiento judicial», *Revista del Poder Judicial*, 24 (1993) 87.

47. Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de...*, o.c., p. 258; ROSAL BLASCO, B. del, «El delito flagrante en...», o.c., p. 790; y GOMELOMZ CER, J. L., «Concreciones...», o.c., p. 589.

momento de cometer el delito⁴⁸, cuando concurren la actualidad y la evidencia física, porque la excepción a la inviolabilidad domiciliaria, debe ser interpretada en sentido restrictivo, y el inciso segundo considera delitos flagrantes muchos que en realidad no lo son.

Pero es que además, el mismo concepto etimológico de la palabra *flagrancia*⁴⁹ y la interpretación que sobre el concepto de *flagrancia* ha construido el Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de marzo de 1990 (ya citada), va a ser decisivo, atendiendo a su interpretación estricta, para determinar la validez, o no, de una entrada y registro en domicilio por posesión de estupefacientes, porque el delito flagrante en cuanto fundamento para permitir una entrada en una vivienda por propia autoridad, al ser una excepción al régimen normal de operatividad de un derecho fundamental, debe de ser objeto de interpretación restrictiva. Existirá *flagrancia*, por tanto, cuando se está cometiendo el delito, y después de cometido ya no tendremos esa situación porque el delincuente ya no es sorprendido en el momento de ejecutarlo⁵⁰.

Pero la Ley de Enjuiciamiento Criminal hace referencia a la denominada *cuasi-flagrancia*, o *flagrancia impropia*, y la considera como *flagrancia*, en sentido estricto, en los supuestos siguientes:

48. Vid. FAIRÉN GUILLÉN, V., «Algunas ideas...», o.c., p. 39; GONZÁLEZ TREVIJANO SÁNCHEZ, P. J., *La inviolabilidad del domicilio*, Madrid 1992, p. 172; SANTORO, A., *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VII, 1961, p. 405: «Nozione della flagranza: sorpresa dell'autore nell'atto della commissione del reato. Il concetto di flagranza attiene, quindi, alla sorpresa del reo nell'atto rispetto in cui ancora commentando il maleficio. È evidente, pertanto, che la flagranza riferendosi alla sorpresa nell'atto in cui taluno sta cometendo il reato, è nozione che si riferisce alla constatazione dell'illecito penale e quindi alla prova di esso»; VANNINI, O., y COCCIARDI, G., *Manuale di Diritto Processuale Penale Italiano*, Milano 1973, pp. 232 y ss.; y GRILLO, «Note sul concetto di flagranza», *Giustizia Penale III*, 1963, p. 119.

49. BRICHETTI, G., «La evidencia en el Derecho procesal penal», o.c., pp. 162 y ss., y la STS de 11 de noviembre de 1992 (RA 9272), que estima la concurrencia del delito flagrante «cuando los acusados fueron sorprendidos por miembros de la Guardia Civil, cuando P. trataba de cambiar un atadillo conteniendo 285.000 ptas envueltas en un pañuelo, por una bolsa, que luego se supo contenía dos bolsitas con un total de 10,5 gramos. de heroína, bolsa que tenía en la mano J.».

50. Dogmáticamente la doctrina distingue tres hipótesis sobre el delito flagrante: así HINOJOSA SEGOVIA, R., *La diligencia de entrada y registro en...*, o.c., pp. 104 y 105: «en primer lugar, flagrante delito, cuando el autor es sorprendido en el momento de la comisión; delito cuasi flagrante, cuando el autor es detenido o perseguido inmediatamente después de la ejecución sin haber sido perdido de vista por la fuerza pública u otras personas; y la sospecha o presunción de delito flagrante...».

1.º La persecución del delincuente inmediatamente después de cometido el delito.

La mayoría de las legislaciones recogen este primer supuesto de la flagrancia impropia, pero suelen añadir algún requisito para que pueda estimarse: unos exigen que la persecución se realice públicamente, mientras que otras exigen que ésta no se interrumpa o que por lo menos no sea perdido el fugitivo; en otros Códigos se exige que el reo no haya pasado a realizar actos extraños a los del delito, y la Ley de Enjuiciamiento Criminal mantenía el criterio clásico de que la aprehensión ha de tener lugar antes de que el delincuente llegue al lugar que se propuso para quedar fuera del alcance de sus perseguidores.

2.º La aprehensión del delincuente con instrumentos o efectos que racionalmente indiquen que ha tomado parte en el delito.

Este segundo supuesto de flagrancia impropia también era recogido por la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 779, al regular que se considerará *in fraganti* a aquel a quien se sorprendiera inmediatamente después de cometido el delito con efectos o instrumentos que infundan la presunción vehemente de su participación en él⁵¹.

3.º El tercer supuesto de flagrancia recogido en el derogado artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es el que hace referencia al hecho en el que el autor del delito es «aprehendido después de haberlo cometido y de cesado la persecución, pero llevando todavía consigo las señales o instrumentos»⁵². Esta tercera hipótesis implica «sospecha de flagrancia, que impone la necesidad de razonar, de elaborar una presunción. Es, en definitiva, una –ficción– jurídica»⁵³.

51. Algunos autores matizan conceptualmente el delito flagrante, y en función de ello los clasifican, entre los que se encuentran FLORIÁN, E., *Elementos de Derecho Procesal Penal*, Barcelona 1934, pp. 236 y 237, que distingue junto al delito flagrante, el delito cuasi flagrante, que será cuando «el autor es detenido inmediatamente después de la ejecución sin haber sido perdido de vista por la fuerza pública u otras personas, y la presunción de delito flagrante, que es «cuando el autor del delito es aprehendido después de haberlo cometido y de cesado la persecución pero llevando todavía consigo las señales o instrumentos»; VÉLEZ MARICONDE, A., *Derecho Procesal Penal II*, o.c., p. 505, quién comenta el art. 330 de la Ley procesal de Argentina, que no diferencia entre flagrancia y cuasi flagrancia, que contiene un concepto de flagrancia amplio, mientras el C. Nacional no comprende a la segunda.

52. Vid. FLORIÁN, E., *Elementos de Derecho Procesal Penal*, o.c., pp. 236 y 237.

53. Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R., *La diligencia de Entrada...*, o.c., p. 105.

VI. REQUISITOS DE LA FLAGRANCIA

Si la flagrancia propia exige una relación de simultaneidad entre el momento de la comisión de un delito y la percepción del hecho por un tercero, como ha dicho el Tribunal Supremo, de su concepto podemos entresacar sus elementos constitutivos:

1. Inmediatez temporal.

La inmediatez temporal implica el que se esté cometiendo un delito, o que se haya cometido instantes antes⁵⁴.

2. Inmediatez personal.

Que implica el que el delincuente se encuentre allí en ese momento en situación tal con relación al objeto, o a los instrumentos del delito, que ello ofrezca una prueba de su participación en el hecho⁵⁵.

3. Necesidad urgente.

De tal modo, que la Policía, por las circunstancias concurrentes en el hecho concreto se vea impelida a intervenir inmediatamente con el doble fin de poner término a la situación existente impidiendo en todo lo posible la propagación del mal que la infracción penal acarrea y de conseguir la detención del autor de los hechos, necesidad que no existirá cuando la naturaleza de los hechos permita acudir a la Autoridad Judicial para obtener el mandamiento correspondiente⁵⁶.

VII. EFECTOS DE LA FLAGRANCIA EN LA ENTRADA Y REGISTRO EN DOMICILIO POR POSESIÓN DE DROGAS

La situación de flagrancia que autoriza la entrada y registro en un domicilio es, pues, una situación de necesidad que la Constitución permite en su art. 18.2 para que se deje de vulnerar el orden legal establecido. La razón de la excepción constitucional al permitir una injerencia en la esfera inviolable del domicilio es para aquellos casos en los que aún la Policía está a tiempo de evitar la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico que la norma protege.

54. Requisitos que exige el Tribunal Supremo en la ya citada sentencia de 29 de marzo de 1990, requisitos que recoge la Memoria de la Fiscalía Especial..., 1992, p. 112.

55. Vid. PEDRAZ PENALVA, E., «El registro domiciliario», en *Comentarios...*, o.c., p. 214.

56. Vid. FLORIÁN, E., *Elementos de Derecho Procesal Penal*, o.c., pp. 236 y 237.

El determinar de una forma precisa los conceptos de flagrancia y cuasi flagrancia es esencial, porque la situación que se le plantea a la Policía es diferente en los supuestos de delitos de consumación anticipada que en los supuestos de aquellos delitos que tienen carácter permanente, porque en estos últimos la flagrancia va a durar mientras dure el delito permanente.

Los efectos procesales que la situación de la flagrancia conlleva son tan esenciales, que esa situación va a determinar la licitud o ilicitud de la entrada, y posterior registro y/o detención practicada por la Policía sin consentimiento ni autorización judicial, y también producirá efectos en relación a la prueba, porque el delito flagrante puede hacer prueba de sí mismo⁵⁷.

57. *Vid.* la STS de 27 de febrero de 1992 (RA 1384), que en el fundamento jurídico 1.º dice que «el principio de presunción de inocencia ... queda así destruido por la existencia de prueba ... El hallazgo en poder del procesado de parte de los efectos sustraídos lo que sitúa el delito a él imputado en la esfera de los denominados testimoniales, en los que la ocupación constituye “ea ipsa” la prueba suficiente de cargo que radicalmente destruye la presunción de inocencia», y la STS. de 4 de marzo de 1992 (RA 1730), que en el fundamento 2.º dice que «el procesado fue detenido inmediatamente después de cometido el hecho en unión de otra persona no identificada que portaba el bolso sustraído, de cuyo interior sacó los dólares, arrojando al suelo mientras huía el bolso que contenía otros efectos de valor, en tanto que el recurrente pudo ser interceptado en la fuga por transeúntes que se apercibieron de lo ocurrido ... Se trata, pues, de un delito flagrante que “in re ipsa” lleva la prueba de su comisión». En esta última sentencia, el Tribunal Supremo entiende como delito flagrante, siguiendo la terminología de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 779, aquella situación de detención o persecución ininterrumpida del culpable inmediatamente después de cometido el hecho, situación a la que la doctrina denomina flagrancia impropia o cuasi flagrancia.

Sin embargo, y sin perjuicio de algunas sentencias, en realidad aisladas, esta Sala ha venido sosteniendo claramente, coincidiendo con ello con el Tribunal Constitucional, que la prueba de los hechos debe de tener lugar en el juicio, y que ello es consecuencia de los principios constitucionales que imponen la publicidad, la inmediación y la contradicción. Estos principios, por lo tanto, se deben respetar en el caso de los delitos flagrantes (o de la discutible categoría de los casi flagrantes) dado de que la circunstancia de que el autor haya sido descubierto en el mismo momento de la realización del hecho, no convierte a las declaraciones de los policías que lo descubrieron en un motivo para privar a las partes a su contradicción. El art. 6.3 de CEDH no establece en este punto excepción alguna, así como tampoco lo establece el art. 741 LEC. A este respecto, *vid.* TAFUR LOPEZ DE LEMUS, J., «Las contradicciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo», *Actualidad Penal*, 3 (1993) 39 y 40, y RODRÍGUEZ DEVESA, C., con MARTÍNEZ AZNAR, G., *Leyes Procesales Penales, doctrina de la Sala II del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Fiscalía General del Estado*, Madrid 1998, pp. 316 y 317.

Pero sean cualesquiera la interpretación y la diversidad de contenido que históricamente se le ha otorgado al término flagrante, la respuesta ha de ser dada a través de la Constitución. En efecto, los derechos fundamentales y las libertades públicas proclamados en ella tienen una doble dimensión de derechos subjetivos de los ciudadanos y de elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad⁵⁸, por lo que, aún tratándose de funcionarios de Policía que han tenido una percepción directa del hecho delictivo, esas percepciones se incorporan al proceso como prueba testifical⁵⁹, por lo que es necesaria su declaración en el juicio oral para que se cumpla la inmediación, contradicción y la oralidad.

En cuanto a la licitud o ilicitud de la entrada en domicilio realizada por la Policía para poder determinar los efectos que la flagrancia produce (la posibilidad de entrar en un domicilio sin consentimiento ni autorización judicial), es necesario determinar si se dan los requisitos que conforman la flagrancia.

En cuanto a la inmediatez temporal (que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido instantes antes), el delito de tráfico de drogas se consuma cuando el culpable, en la ejecución del hecho, haya realizado todos y cada uno de los requisitos de la concreta figura delictiva⁶⁰.

58. Vid. las SSTC 25/81, de 14 de julio, y 114/84, de 29 de noviembre.

59. Vid. VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso Penal*, Madrid 1993, pp. 354 y 364.

60. Esta tesis, eminentemente formal, a la que siguen la mayoría de los tratadistas, es aquella que mantiene que para determinar la consumación delictiva han de cumplirse todos los extremos o requisitos tenidos en cuenta por el legislador al formular el tipo abstracto de la infracción. Sin embargo, algunos autores exigen que en el concepto de la consumación delictiva también ha de entrar el elemento de la ofensa, que es la lesión tanto efectiva como potencial, del bien jurídico protegido por la norma, y que mantiene BETTIOL, G., *Instituciones de Derecho Penal y procesal*, Barcelona 1977, pp. 27.

Si bien la teoría de la consumación del delito es de creación reciente, ya en el Derecho Romano se distinguía entre *Flagratium Perfectum* y *Flagratium Imperfectum*. En la Edad Media se realiza, por parte de los estudiosos, una clasificación tripartita, distinguiendo entre el mero propósito criminal, el conato de delito y la consumación delictiva. Posteriormente, la influencia política en el Derecho Penal borra esta clasificación tripartita y establece, por primera vez, el principio de la consumación anticipada. Pero es la Codificación la que plasma todo el pensamiento sancionador sobre la idea del delito consumado en el sentido de la perfección delictiva.

El concepto de delito consumado, sin embargo, no se encuentra definido, salvo raras excepciones, como es el Código de Toscana de 1856, que en el art. 42 preceptúa: «El delito es consumado cuando todos los elementos que componen su esencia se encuentran reunidos en el hecho criminoso de que se trata».

La consumación delictiva exige un elemento subjetivo, la intención de realizar la especie delictiva que se considera consumada⁶¹, y un elemento objetivo, que consiste en que el autor ha de haber realizado todos los hechos previstos por el legislador en cada tipo penal, ha de traducirse en una conducta punible, pero no es preciso para la consumación delictiva que hayan tenido realidad las condiciones objetivas de punibilidad⁶².

Si las conductas descritas en el art. 368 del Código Penal están caracterizadas por el denominador común de constituir delitos de peligro abstracto y eventual, de riesgo general y comunitario, de actividades para cuya punición no se requiere un tráfico real, sino meramente potencial, de simple actividad que no exigen para considerarse consumadas un resultado concreto, debemos desechar su carácter de delito permanente, y no puede afirmarse, «por supuesto que no es posible la confusión entre delitos flagrantes y delitos permanentes, toda vez que su naturaleza es distinta, y tampoco es admisible ... Es la propia y específica naturaleza de los delitos de tráfico de drogas la que, al imponer la consumación anticipada, lleva de la mano a la inevitable consecuencia de otorgarles la adecuada calificación de flagrantes, y esto sin necesidad de acudir a ficción alguna, ni menos aún de violentar la continua doctrina jurisprudencial»⁶³.

Esta equiparación de la naturaleza de los delitos de carácter permanente, a efectos de la flagrancia, con los delitos de consumación anticipada, nos obliga a exponer qué entendemos por delitos permanentes.

El delito permanente supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor; dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue con-

61. Vid. PUIG PEÑA, F., *Nueva Enciclopedia Jurídica...*, o.c., p. 440: «Para que concurra el delito es menester que concurra con la intención del agente»; y CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal. Parte General* (puesto al día por CAMARGO FERNÁNDEZ), t. I, vol. II, Barcelona 1982, p. 275: «El acto ha de ser culpable, imputable a dolo (intención) o a culpa (negligencia)».

62. Un hecho está consumado cuando se realizan todos los elementos intrínsecos, esenciales de la figura de que se trate, quedando al margen aquellos elementos que quedan fuera de esa figura y que condicionan la punibilidad del hecho, quedando al margen de su consumación. Estas condiciones son elementos necesarios a la penalidad. Siendo, por contra, en los delitos cualificados por el resultado la producción de ese resultado.

63. Vid. la *Memoria Fiscalía General del Estado...*, 1992, pp. 956 y 957.

sumando hasta que se abandona la situación antijurídica⁶⁴. Una de las características esenciales del delito permanente es que su consumación se produce (quedando por consiguiente perfecto) en el momento en que se concretan los elementos de la definición legal del hecho punible, pero no queda agotado, sino que se prorroga hasta que cesa el estado que la Ley reputa delictiva, ya que mientras ese estado subsiste, el delito sigue consumándose⁶⁵. En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, al manifestar que «la permanencia significa que la infracción se está consumando todo el tiempo en que dura la situación antijurídica»⁶⁶.

En la posesión de drogas en un domicilio, a efectos de la flagrancia, la naturaleza jurídica va a ser determinante. Si a la posesión de droga en domicilio se le otorga el carácter de delito permanente, tenemos que considerar que existirá delito flagrante mientras dure esa permanencia⁶⁷.

Si, por el contrario, consideramos que esa conducta constituye un delito de peligro abstracto y eventual, de riesgo general para la salud pública, de actividad en la que no se exige un tráfico real sino potencial, de simple actividad, en las que no se requiere para su consumación un resultado concreto, e incluso, como ha afirmado en múltiples sentencias el Tribunal Supremo, la no posesión material acompañada del imprescindible ánimo tendencial o vocación de tráfico determina la consumación del delito, sólo basta un poder de disposición sobre ella para que se considere consumado el delito⁶⁸.

Atendiendo a la naturaleza de estos tipos de delitos contenidos en el artículo 368 del Código Penal, no se puede alegar que son delitos

64. Vid. OLIVA SANTOS, A. de la, *Derecho Procesal Penal*, o.c., pp. 212 y 213; GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. II, o.c., p. 311; TORRES ROSELL, N., *La denuncia en el Proceso Penal*, Madrid 1991, p. 108, y ASECIO MELLADO, J. M., *Principio acusatorio y derecho de defensa en el Proceso Penal*, Madrid 1991, p. 84.

65. Vid. PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal*, t. I, o.c., p. 305.

66. Vid. la STS de 30 de enero de 1992.

67. Vid. PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal*, o.c., p. 305; SANTORO, A., «Flagrancia del reato», o.c., p. 405; y BONETTO, G. F., «Voz: Flagrancia», en *Enciclopedia de diritto*, o.c., pp. 762 y 763.

68. Vid. las SSTS de 7 de noviembre de 1998 (RA 8981), y de 20 de noviembre de 1998 (RA 9676): «la tenencia de drogas para el tráfico es un tipo penal de resultado cortado y consumación anticipada, por lo que ésta se concreta desde que se poseen las drogas».

de carácter permanente y de consumación anticipada o de resultado cortado⁶⁹.

Los delitos de tráfico de drogas, o son permanentes o son de resultado cortado; si se les atribuye el primer carácter, significa que el delito de posesión de drogas se está consumando continuamente mientras exista esa posesión. Si, por el contrario, le atribuimos el segundo, la posesión con ánimo de traficar se consume en el momento en que se poseen, y es indistinto el lugar donde se oculten, aunque sea en un domicilio.

Ignorar este segundo supuesto es ignorar su naturaleza, cuando por ser tendenciales, de resultado cortado (hacemos hincapié en cuanto a delitos de resultado cortado), basta la posesión o tenencia con ánimo de tráfico para su consumación⁷⁰.

Como consecuencia de lo que acabamos de exponer, si el concepto de flagrancia se refiere al momento en que se está cometiendo el delito, y la posesión de drogas para traficar se consume en el momento en que se poseen, o incluso desde el mismo momento en que hay un acuerdo entre dos sujetos para que uno adquiera drogas para traficar, tendremos que es en ese momento, y no en otro ulterior, cuando se comete el delito y cuando existe la flagrancia del delito de posesión de drogas tipificado en el Código Penal.

Esta conclusión nos hace plantearnos el interrogante de si la Policía puede (sin autorización judicial), cuando tenga conocimiento de que en un domicilio particular existe droga para traficar, entrar y registrar, y/o aprehender a una persona que es portadora con ánimo de traficar, si estamos ante un supuesto de delito flagrante.

Si aceptamos que es un delito de carácter permanente, la Policía puede entrar siempre en un domicilio privado, y sorprender, registrar

69. Se podría considerar una tercera posición al calificar a los delitos del art. 368 de delitos de efectos permanentes. En efecto, un sector de la doctrina distingue junto a los delitos permanentes y los instantáneos, una tercera categoría, que son los delitos instantáneos de efectos permanentes, en la que entrarían a formar parte aquellos delitos que se consuman en un solo momento, pero que sus efectos persisten posteriormente tras el perfeccionamiento de la infracción, no prolongándose la acción consumativa, sino los efectos materiales dañosos causados por la consumación instantánea.

70. *Vid.* las SSTS de 19 de abril de 1988 (RA 2808), de 14 de mayo de 1988 (RA 3658), de 23 de junio de 1988 (RA 5309), de 20 de octubre de 1997 (RA 7672) y de 3 de diciembre de 1998 (RA 10081).

y detener en calidad de autor de un delito flagrante contra la salud pública a quienes poseen drogas con ánimo de traficar, ya que el delito se está consumando, se está realizando mientras se mantenga esa situación. Siempre estaríamos ante un delito flagrante y sobran autorizaciones judiciales, sobran consentimientos. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, cuando tengan la certeza de que en un domicilio existan drogas, pueden entrar, requisar la droga y detener al autor del delito. Esta posición va en contra de la doctrina emanada del Tribunal Constitucional en la Sentencia 94/1996, de 28 de Mayo (pronuncia sobre la evidencia del delito flagrante⁷¹, que en el fundamento jurídico 4.º manifiesta que «la entrada y registro en un domicilio sin previa autorización judicial y sin que medie el consentimiento expreso de su titular únicamente es admisible, desde el punto de vista constitucional, cuando dicha ingerencia se produzca ante el conocimiento o percepción evidente de que en dicho domicilio se está cometiendo un delito, y siempre que la intervención policial resulte urgente para impedir su consumación, detener a la persona supuestamente responsable del mismo, proteger a la víctima o, por último, para evitar la desaparición de los efectos o instrumentos del delito».

Además, estaríamos ante un trasvase de competencias de la sede judicial a la policial⁷².

Pero la función de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado no es ésta. Tendrán que vigilar, y ésta es su misión, controlar que esa droga no desaparezca, y pedir una autorización judicial acompañada o razonada con los motivos o criterios que les llevan a afirmar que sospecha que en el domicilio hay sustancias prohibidas, función que viene atribuida en la Ley y la Constitución.

Si la protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, como la protección de cualquiera otro, está sometida, en caso de conflictos de intereses, al régimen general, ha de cederse

71. Recurso de amparo 202/1995 contra la S. de la sala 2.ª del TS., que confirma en casación la dictada por la Audiencia Provincial (publicada en el BOE, núm. 150, suplemento). *Vid.* LÓPEZ REQUENA, M. I., «La evidencia del “delito flagrante” en la jurisprudencia constitucional sobre la inviolabilidad del domicilio (STC 94/1996, de 28 de mayo)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 255 (1996) 3.

72. *Vid.* «La inviolabilidad del domicilio y el art. 21 de la LO 1/1992 de 21 de febrero», en la *Memoria de la Fiscalía General del Estado...* 1992, pp. 955 a 957, donde la Fiscalía General entiende que al tráfico de drogas el Tribunal Supremo le atribuye, directa o indirectamente, la consideración de delito flagrante.

siempre en beneficio de un interés superior⁷³. En este sentido hay que interpretar la excepcionalidad constitucional prevista para el delito flagrante, «concretándose en una injerencia administrativa en aquellos casos en los que se está a tiempo de evitar la lesión, o la puesta en peligro de un bien jurídico protegido, como es la salud pública, inherente a la acción delictiva prevista en el artículo 368 del Código Penal, con lo que, aparte de evitarse la lesión, se frustra la realización del injusto penal»⁷⁴.

Entendemos, por tanto, que pese a que las conductas de posesión de drogas producen gran alarma social y pese a ser fuente de delitos sumamente graves, el problema no reside en si existen o no los elementos de la flagrancia en la posesión ilícita de drogas en un domicilio, sino que el problema es anterior, ya que éste radica en la propia naturaleza de este tipo de hechos delictivos, y es la propia posesión de drogas en un domicilio para traficar, la que va a excluir el propio concepto de flagrancia. Podrá existir en el momento de la compra, en el momento de introducción en el piso, en el momento en que se venda a quien ha ido a buscarla al piso, ya que todas ellas son conductas diferentes, aunque eso sí, también descritas en el art. 368, pero nunca en el supuesto de posesión ilícita en un domicilio, ya que es un supuesto que no admite la flagrancia dada su propia esencia pero siempre una sospecha, una intuición, una posibilidad, pero nunca un supuesto de delito flagrante⁷⁵.

Y la conclusión, no por obstáculos puramente formales, sino por la propia esencia del delito, es que a las Fuerzas y Cuerpos de Segu-

73. Vid. PEDRAZ PENALVA, E., «Detención de indocumentados. Notas sobre el art. 20 de la LO 1/1992 de 21 de febrero sobre protección de la seguridad ciudadana», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 44, 1992; ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Derechos Fundamentales y Jurisdicción Ordinaria. La garantía Constitucional de los derechos fundamentales*, Madrid 1991, p. 151; FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Madrid 1991, p. 154; CASTILLO BLANCO, F. A., «A vueltas con la ejecutividad de las sanciones: la Ley de Seguridad Ciudadana y su posible inconstitucionalidad», *Revista del Poder Judicial*, 30 (1993) 47.

74. Vid. ROSAL BLASCO, B. del, «El concepto de...», o.c., p. 787.

75. Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Sobre la retención policial y la inviolabilidad domiciliaria», en *Comentarios a la Legislación Penal*, t. XV, vol. 2.º, Madrid 1994, p. 1022; y MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., «En los límites del poder legislativo: el caso del artículo 21 de la Ley de Seguridad Ciudadana», *Revista General del Derecho*, núms. 580-581, pp. 116 y ss., y, en contra, vid. la *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 1992, p. 955.

ridad del Estado, pese a tener conocimiento de que en un domicilio existen efectos, instrumentos y objetos del delito de tráfico de drogas, no les está permitido entrar en él alegando que existe flagrancia⁷⁶.

76. Vid. ALONSO DE ANTONIO, A. L., «La inviolabilidad del domicilio y la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana», *Tapia*, septiembre de 1992, p. 79; ESPÍN TEMPLADO, E., «La inviolabilidad del domicilio y el concepto de flagrancia», *Revista Colex*, 8 (1993) 92.