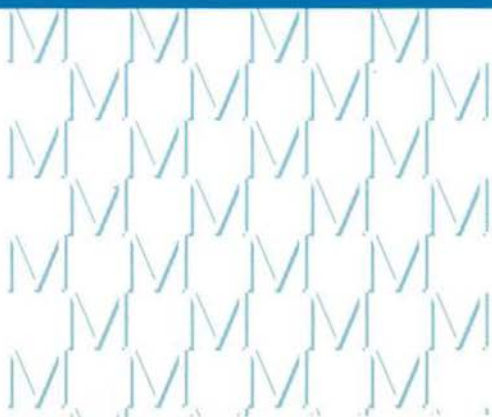


Francisco Javier Matia Portilla

El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio



Monografía



El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio



Coordinador general

Alberto Alonso Ureba
Catedrático de la Universidad
Complutense de Madrid



ÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Directores

Manuel Aragón Reyes
Catedrático de la Universidad
Autónoma de Madrid

Juan J. Solozábal Echavarría
Catedrático de la Universidad
Autónoma de Madrid

Consejo de dirección

Luis López Guerra
Catedrático de la Universidad
Carlos III de Getafe-Madrid

Eliseo Aja Fernández
Catedrático de la Universidad
Central de Barcelona

Javier Pérez-Royo
Catedrático de la Universidad
de Sevilla

**Alfonso Fernández-Miranda
Campoamor**
Catedrático de la Universidad
Complutense de Madrid

Ángel Garrorena Morales
Catedrático de la Universidad
de Murcia

Ramón Punset Blanco
Catedrático de la Universidad
de Oviedo

Francesc Carreras Serra
Catedrático de la Universidad
Autónoma de Barcelona

Consejo asesor

Enoch Alberti Rovira, Catedrático de la Universidad Central de Barcelona • **Miguel Ángel Aparicio Fernández**, Catedrático de la Universidad Central de Barcelona • **Francisco Bastida Freijedo**, Catedrático de la Universidad de Oviedo • **Paloma Biglino Campos**, Catedrática de la Universidad de Valladolid • **Gregorio Cámara Villar**, Catedrático de la Universidad de Granada • **José L. Cascajo Castro**, Catedrático de la Universidad de Salamanca • **Javier Corcuera Atienza**, Catedrático de la Universidad del País Vasco • **Pedro Cruz Villalón**, Catedrático de la Universidad de Sevilla • **Jorge de Esteban Alonso**, Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid • **Pedro de Vega García**, Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid • **Joaquín García Morillo**, Catedrático de la Universidad de Valencia • **Juan González Encinar**, Catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares • **Javier Jiménez Campo**, Catedrático de Derecho Constitucional • **Manuel Jiménez de Parga**, Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid • **Diego López Garrido**, Catedrático de la Universidad de Castilla-La Mancha • **Isidre Molas Battlori**, Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona • **Pablo Pérez Tremps**, Catedrático de la Universidad de Extremadura • **José A. Portero Molina**, Catedrático de la Universidad de La Coruña • **Francisco Rubio Llorente**, Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid • **Jordi Solé Tura**, Catedrático de la Universidad Central de Barcelona • **Antonio Torres del Moral**, Catedrático de la UNED, Madrid • **Gumersindo Trujillo Fernández**, Catedrático de la Universidad de La Laguna • **Carles Viver Pi-Sunyer**, Catedrático de la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona.

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

ABREVIATURAS	XI
NOTA PRELIMINAR	XVII
PRÓLOGO	XIX
INTRODUCCIÓN: ACERCA DEL OBJETO Y DEL MÉTODO	XXV

PARTE PRIMERA

LA VERTIENTE ESTÁTICA DEL DERECHO FUNDAMENTAL

CAPÍTULO I

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

1. La cuestión en la jurisprudencia y doctrina españolas	3
2. La exclusión de algunos bienes jurídicos	10
2.1. La propiedad	10
2.2. La libre elección de residencia	15
2.3. La libertad personal	18
3. La vida privada y la <i>privacy</i>	34
3.1. Introducción	34
3.2. El problema en las normas internacionales relativas a derechos humanos, con especial referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos	36
3.3. El problema en el Derecho norteamericano: la « <i>privacy</i> ».....	42
4. Inviolabilidad del domicilio e intimidad	46
4.1. La inviolabilidad del domicilio protege la intimidad, categoría distinguible de la <i>privacy</i> o de la vida privada	46
4.2. La intimidad protegida por la inviolabilidad del domicilio: intimidad personal o intimidad familiar	57
4.3. La inviolabilidad del domicilio como garantía absoluta del bien jurídico intimidad personal	61

CAPÍTULO II

LOS TITULARES

1. Algunos problemas relacionados con los titulares del derecho fundamental	65
2. El extranjero como titular activo del derecho fundamental	68
2.1. La normativa constitucional	68
2.2. La jurisprudencia constitucional	72
2.3. La inviolabilidad del domicilio de los extranjeros	79
3. Los domicilios compartidos (I). Principios generales	83
3.1. ¿Cotitularidad del derecho o pluralidad de derechos?	83
3.2. La resolución de conflictos	87
3.3. Algunas consecuencias prácticas	91
4. Los domicilios compartidos (II). La limitación del ejercicio del derecho en los casos de cohabitación	96
4.1. Limitaciones de algunos miembros de la familia	96
4.1.1. Los menores sometidos a la patria potestad	96
4.1.2. Los familiares con derecho de alimentos y los mayores de edad acogidos <i>de facto</i>	101
4.2. Otros sujetos limitados	103
4.2.1. El precarista	103
4.2.2. El personal doméstico	105
4.3. La exclusividad de la posesión como fundamento de la limitación en el ejercicio del derecho	112
5. La persona jurídica como titular activo del derecho fundamental ...	113
5.1. La persona jurídica y los derechos fundamentales	113
5.2. La persona jurídico-privada y la inviolabilidad del domicilio ..	123
5.3. La inviolabilidad del domicilio de las personas jurídico-privadas y de las personas jurídico-públicas	135
6. La eficacia del derecho fundamental frente a terceros	151

CAPÍTULO III

EL OBJETO DEL DERECHO: EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE DOMICILIO

1. La jurisprudencia y la doctrina constitucional en la materia	163
1.1. La morada de las personas físicas	163
1.2. El domicilio de las personas jurídicas	171
1.3. Los locales de negocio	176
2. La evolución y el desarrollo del concepto constitucional de domicilio	180
2.1. Los perfiles históricos de la determinación constitucional del domicilio	180
2.2. Dos modelos europeos en la configuración de la inviolabilidad del domicilio	182

3.	La diversidad de nociones infraconstitucionales de domicilio	183
3.1.	Un criterio para su clasificación	183
3.2.	La noción privada de domicilio	185
3.3.	La noción pública de domicilio	195
3.3.1.	Introducción.....	195
3.3.2.	El concepto penal de morada	197
3.3.3.	Las características de la noción penal de morada	206
4.	Búsqueda de un concepto constitucionalmente adecuado de domicilio a los efectos del artículo 18.2 CE	217

PARTE SEGUNDA
LA VERTIENTE DINÁMICA
DEL DERECHO FUNDAMENTAL

CAPÍTULO I

**EL ORDEN PÚBLICO COMO CRITERIO DELIMITADOR
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

1.	Los límites del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio	233
2.	La noción de <i>orden público constitucional</i>	236
3.	El orden público constitucional y los derechos fundamentales. Especial referencia a la inviolabilidad del domicilio	240

CAPÍTULO II

LA RESOLUCIÓN JUDICIAL

1.	La intervención judicial y el orden público	251
2.	La elaboración del artículo 18.2 CE y las primeras aportaciones doctrinales	258
3.	La resolución judicial como autorización judicial (Sentencia TC 22/1984, de 17 de febrero)	262
3.1.	Origen y contenido de la Sentencia	262
3.2.	La reacción doctrinal: la inviolabilidad del domicilio y la ejecutoriedad de los actos administrativos	267
3.3.	La resolución judicial constitucionalmente exigida concebida como autorización judicial	286
4.	La resolución judicial como tal (Sentencia TC 160/1991, de 18 de julio)	288
4.1.	Origen y contenido de la Sentencia	288
4.2.	La nueva reacción doctrinal: la confirmación judicial de los actos administrativos	291
4.3.	La resolución judicial constitucionalmente exigida	295
5.	Resolución judicial y proporcionalidad en la intervención judicial ..	301

CAPÍTULO III EL DELITO FLAGRANTE

1. Una particularidad de la historia constitucional y legal española: la relación entre la inviolabilidad del domicilio y el delito flagrante ..	331
2. La noción procesal de delito flagrante	340
2.1. La flagrancia en la historia. Especial referencia al procedimiento medieval español del <i>apellido</i>	340
2.2. La noción procesal de delito flagrante: el derogado artículo 779 LECr	344
3. La noción constitucional de delito flagrante	351
4. Dos discutibles formalizaciones legislativas y una cuestionable lectura jurisprudencial de la noción constitucional de delito flagrante .	359
4.1. La legislación antiterrorista de 1978	359
4.2. El artículo 21.2 de la LO 1/1992 sobre Protección de la Seguridad Ciudadana	361
4.3. La Sentencia TS de 8 de septiembre de 1993 y los límites del derecho a la inviolabilidad del domicilio (remisión)	366
4.4. Consideraciones finales en torno a la delimitación conceptual de la noción constitucional de delito flagrante	367
5. Algunas cuestiones prácticas relacionadas con la delimitación constitucional del delito flagrante y la inviolabilidad del domicilio	367

CAPÍTULO IV OTRAS INTERVENCIONES LEGÍTIMAS EN EL DERECHO FUNDAMENTAL

1. La suspensión de los derechos fundamentales y la inviolabilidad del domicilio	379
1.1. Delimitación del objeto de estudio	379
1.2. El régimen jurídico del derecho a la inviolabilidad del domicilio sometido a suspensión general (el artículo 17 LOEAEyS)	383
1.3. El régimen jurídico del derecho a la inviolabilidad del domicilio sometido a suspensión individual (el nuevo artículo 553 LECr, incorporado por el artículo 1 LRLECr)	386
2. Otras intromisiones legítimas en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio	393
CONCLUSIONES	397
BIBLIOGRAFÍA	417

ABREVIATURAS

AA	Actualidad Administrativa
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADH	Anuario de Derechos Humanos
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
ADPEP	Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos
AG	Archivio Giuridico
AHDE	Anuario de Historia del Derecho Español
AP	Actualidad Penal
Ar	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi. Aranzadi. Pamplona, 1930-1995
BIMJ	Boletín de Información del Ministerio de Justicia
BOC	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CHE	Cuadernos de Historia de España
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)
CC	Código Civil (español)
CCF	Código Civil francés/del Consejo Constitucional francés
CCI	Código Civil italiano
CE	de la Constitución española
CEDH	del Convenio Europeo de Derechos Humanos
CF	de la Constitución francesa
CGDVEC	de la Compilación General de las Disposiciones Vigentes sobre el Enjuiciamiento Criminal (1879)
CI	de la Constitución italiana
CICF	del Código de Instrucción Criminal francés
CoEDH	de la Comisión Europea de Derechos Humanos
CP	del Código Penal (español)
CPC	Conflicto Positivo de Competencia
CPCI	del Código Procesal Criminal italiano (1988)
CPF	del Código Penal francés (aprobado mediante las Leyes 92-683, 92-684, 92-685 y 92-686, de 22 de julio de 1992)
CPPA	del Código Procesal Penal alemán
Cul	Cuestión de Inconstitucionalidad
DDP	Digesto delle Discipline Pubblicistiche
DJ	Documentación Jurídica
DL	Documentación Laboral

DPC	Derecho Privado y Constitución
DADDH	de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre (1948)
DDHC	de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789)
DSCD	Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados
DSS	Diario de Sesiones del Senado
DUDH	de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948)
ED	Enciclopedia del Diritto
EJB	Enciclopedia Jurídica Básica (Cívitas, 1995)
EJC	Estudios de Jurisprudencia Colex
EA	del Estatuto de Autonomía
FI	Il Foro Italiano
FE	Fuero de los Españoles (15 FE)
GC	Giurisprudenza Costituzionale
GP	Giustizia Penale
HLR	Harvard Law Review
JD	Jueces para la Democracia. Información y Debate (Colegio de Abogados de Valladolid)
JP	Jurisclasseur Periodique (La Semaine Juridique)
LL	La Ley
LR	Le Regioni
LA	de la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, sobre asociaciones
LAU	de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos
LBRL	de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local
LC	de la Ley de Contratos (1944)
LDC	de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia
LECi	de la Ley de Enjuiciamiento Civil
LECr	de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (aprobado por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882)
LEF	de la Ley de Expropiación forzosa, de 16 de diciembre de 1954
LFB	de la Ley Fundamental de Bonn
LGC	de la Ley General de Cooperativas (Ley 3/1987, de 2 de abril)
LGT	de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria. Recientemente reformada por la Ley 25/1995, de 20 de julio, de modificación parcial de la Ley General Tributaria
LIRPF	de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
LIS	de la Ley del Impuesto de Sociedades

LJC-A	de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa
LO	Ley Orgánica
LOCABAETyDA55C	de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución
LOEAeYS	de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, sobre los Estados de alarma, excepción y sitio
LOPJ	de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LOPJM	de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE 15 (1996), de 17 de enero)
LOPSC	de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana
LOSPA55	de la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, que regula los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución
LOTC	de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
LPA	de la Ley de 17 de julio de 1958, de Procedimiento Administrativo
LPE	de la Ley del Patrimonio del Estado (Texto articulado aprobado por Real Decreto 1022/1964, de 15 de abril)
LPEC	de la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal (1872)
LRJAPyPAC	de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRL	de la Ley de Relaciones Laborales
LRLECr	de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal
LRSyOU	de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbanística (Texto Refundido, aprobado mediante Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril)
LS	de la Ley del Suelo
LSA	de la Ley de Sociedades Anónimas (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas)
LSRL	de la Ley sobre régimen jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, de 17 de julio de 1953
NDI	Novissimo Digesto Italiano
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica
PGP	Presupuesto y Gasto Público
PJ	Poder Judicial
PIDCP	del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

RAP	Revista de Administración Pública
RCEC	Revista del Centro de Estudios Constitucionales
RCG	Revista de las Cortes Generales
RDN	Revista de Derecho Notarial
RDP(UNED)	Revista de Derecho Político (UNED)
RDP	Revue du Droit Public
RDPri	Revista de Derecho Privado
RDPPro	Revista de Derecho Procesal
RDS	Recueil Dalloz Sirey
REALA	Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
REDF	Revista Española de Derecho Financiero
REP	Revista de Estudios Políticos
REVL	Revista de Estudios de la Vida Local
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RGD	Revista General de Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
RIDPP	Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RL	Relaciones Laborales
RP	Rivista de Polizia
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTT	Revista Técnica Tributaria
RA	Recurso de Amparo
RassDP	Rassegna di Diritto Pubblico
RBEL	del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio
RDU	del Reglamento de Disciplina Urbanística, aprobado mediante Real Decreto 304/1993, de 26 de febrero
Rec	Jurisprudencia Criminal Recursos y Competencias. Diversos volúmenes. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1871-1929
REF	del Reglamento de la Ley de Expropiación forzosa, aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957
RGIT	del Reglamento General de la Inspección de los Tributos, aprobado por Real Decreto 939/1986, de 25 de abril
RGR	del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre
RI	Recurso de Inconstitucionalidad
RIS	del Reglamento del Impuesto de Sociedades
RPDTEL	del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio
RPI	Recurso Previo de Inconstitucionalidad

TC	del Tribunal Constitucional (español)
TCA	del Tribunal Constitucional alemán
TCI	del Tribunal Constitucional italiano
TEDH	del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCCEE	del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TRRL	del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia del Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril
TS	del Tribunal Supremo
TSEEUU	del Tribunal Supremo de los Estados Unidos
TSJA	del Tribunal Superior de Justicia de Aragón
ún	Considerando único/Fundamento Jurídico único
VP	Voto Particular



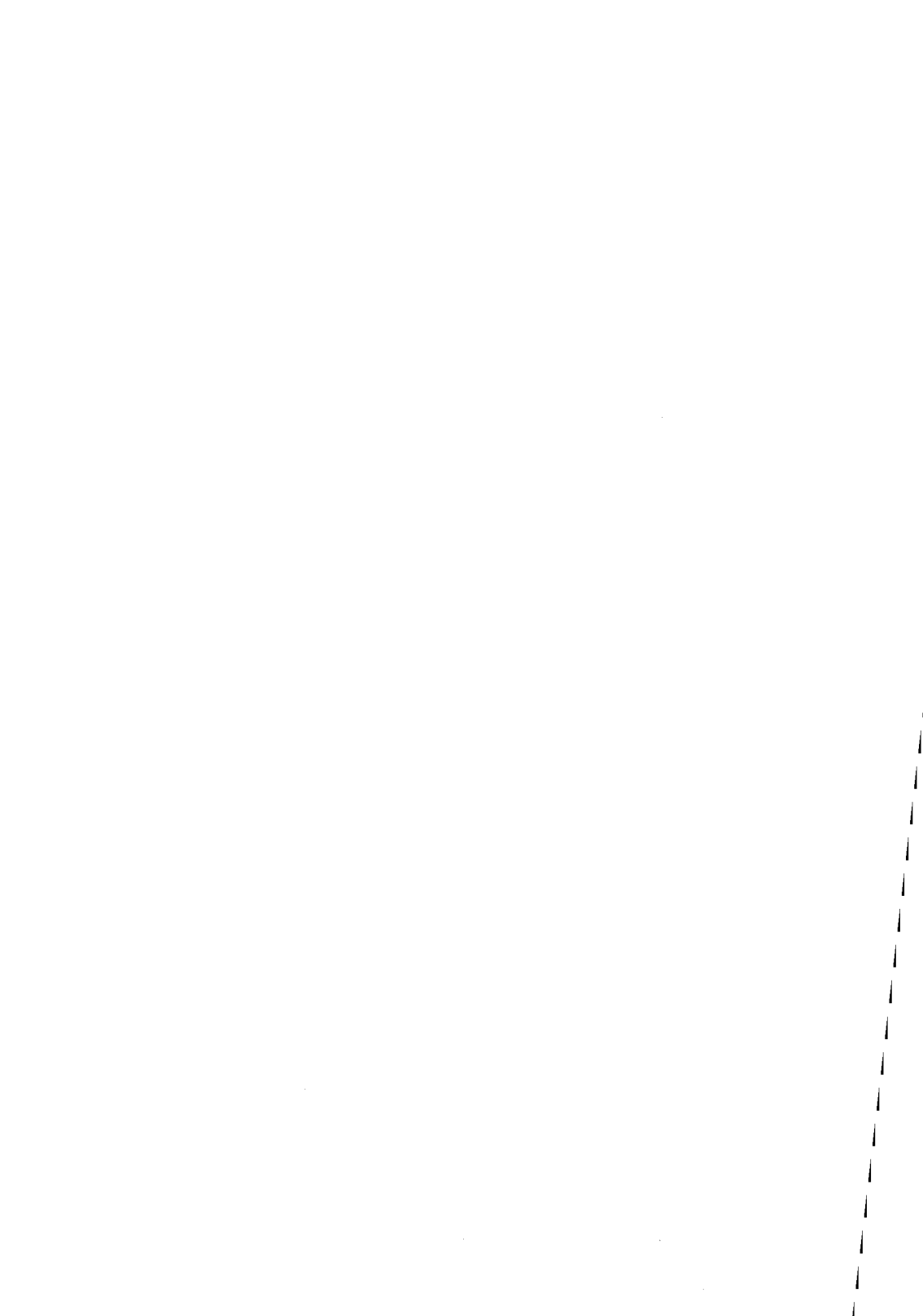
NOTA PRELIMINAR

Este trabajo constituye, en lo esencial, la tesis doctoral que, bajo la dirección de la profesora doctora Paloma Biglino Campos, defendí el pasado 17 de mayo en la Facultad de Derecho de Valladolid. La Comisión calificadora, presidida por Manuel Aragón Reyes y compuesta, además, por los profesores Alessandro Pace, Juan José Solozábal Echavarría, Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor y Javier García Roca, tuvo a bien conceder a esta investigación la máxima calificación. Las interesantes observaciones realizadas por los miembros del Tribunal han sido, en lo posible, tenidas en cuenta en la publicación final.

Es preciso indicar que este escrito debe mucho a los permanentes consejos, orientaciones y dirección de la profesora Paloma Biglino Campos, quién ha accedido, además, amablemente, a prologar este libro, lo que, sin duda, lo enriquece.

A todos ellos, y a mis compañeros del Area de Derecho Constitucional, mi agradecimiento.

Valladolid, 7 de julio de 1996



Cada vez son mas frecuentes, en nuestro país, los estudios destinados al análisis de los derechos fundamentales. Aun así, toda nueva aportación en dicho campo debe ser bien recibida. Esta afirmación puede considerarse pertinente también para aquellos países que gozan de una tradición constitucional más larga que la nuestra y que disponen de una literatura jurídica más abundante, porque se apoya en la propia forma de ser de los derechos fundamentales.

Todas las disposiciones jurídicas son realidades cambiantes, no sólo por expresar la voluntad del legislador del momento, sino también porque su significado varía según la interpretación que reciban a lo largo de su vigencia. Este fenómeno de transformación afecta especialmente a las normas sobre derechos fundamentales. Dentro del conjunto del Derecho Público, es ahí donde se estrecha la relación entre el Estado y la sociedad, por lo que resulta más necesario que los poderes públicos adapten el sentido de las normas a las modificaciones que experimenta la colectividad.

La inviolabilidad de domicilio es un buen ejemplo de lo que se acaba de describir. El artículo 18.2 de la Constitución ha ejercido su influencia en muchas ramas de nuestro ordenamiento mediante la aparición de normas que, con rango distinto, concretan el derecho en materias tan dispares como el Derecho penal, el fiscal o el administrativo. A esto debe añadirse la interpretación que dicho precepto ha recibido de los diferentes órdenes de la jurisdicción ordinaria y, especialmente, por parte de la jurisdicción constitucional.

Sin embargo, un trabajo de investigación resulta interesante no sólo por su objeto sino, sobre todo, por la forma en que se ha elaborado. Es aquí donde nos encontramos con el espinoso tema del método de análisis de los derechos fundamentales.

En muchas ocasiones se ha puesto de manifiesto la dificultad de elaborar una teoría general de los derechos fundamentales. Los problemas parecen ser tantos que cabe pensar que la especificidad de cada derecho y el peso del caso concreto en la interpretación no

sólo impiden, sino que hasta desaconsejan llevar a cabo una construcción global. Por eso parece necesario empezar (o acabar, según se opine) con el análisis de cada derecho. Pero también desde esta óptica surgen complicaciones.

El camino que, a primera vista, puede parecer más fructífero consiste en apoyar el régimen jurídico del derecho fundamental a examen sobre la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Constitucional ante supuestos de hecho determinados. A partir de los casos examinados, se procede a aislar los aspectos más importantes del derecho para después, en polémica con otras soluciones nacionales o extranjeras, consignar la decisión del Tribunal como la más conforme a nuestro ordenamiento constitucional.

Es cierto que este trabajo resulta, en parte, imprescindible. En efecto, permite conocer cuáles son los problemas reales que produce la aplicación de los derechos fundamentales, con lo que se evita el riesgo de elaborar construcciones jurídicas que, por estar alejadas de la realidad, resulten inoperantes. Además, ninguna investigación jurídica puede prescindir de que el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución, entre otros motivos porque así lo impone nuestro propio ordenamiento positivo.

Pero también es verdad que este método de operar está sujeto a limitaciones de distinta índole. Antes que nada, no se puede ignorar que dicho sistema se inspira en el modelo inglés, según el cual y en palabras de Dicey, los derechos fundamentales son inducciones o generalizaciones basadas en las decisiones particulares pronunciadas por los Tribunales. Pero olvida que los principios sobre los que se asienta el sistema jurisdiccional anglosajón siguen siendo, todavía, diferentes de los que existen en ordenamientos como el nuestro que desconocen (al menos en su formulación norteamericana) el principio del «stare decisis» y la regla del precedente.

Además, la tarea del jurista no se puede reducir a describir lo que han hecho los Tribunales o a predecir lo que efectivamente harán. Al contrario, y sin ánimo de describir la técnica jurídica de manera pretenciosa, lo que debe hacer el estudioso del Derecho es elaborar criterios que no sólo puedan servir para orientar la aplicación de las normas jurídicas, sino también para valorar críticamente la forma en que esta función se lleva a cabo.

La obra que tengo el placer de prologar versa, ante todo, sobre un objeto importante, porque existen muchos aspectos de la inviolabilidad de domicilio que aún no se han tratado con el detalle que merecen, al menos desde la perspectiva del Derecho Constitucional. Pero,

además, Javier Matia ha asumido sus responsabilidades como investigador, porque, desde un principio, se propone elaborar lo que él mismo define como una concepción «trabada» del derecho fundamental que examina.

Con este objeto y mediante un formidable conocimiento de las fuentes, tanto nacionales como extranjeras, reconstruye el régimen jurídico al que está sujeta la inviolabilidad de domicilio. Para esta tarea se sirve, además de otros materiales, de la jurisprudencia de los Tribunales ordinarios y, sobre todo, del Tribunal Constitucional. Pero lejos de limitarse a secundar las posiciones que se pueden deducir de estas aportaciones, el autor ofrece su propia visión de la totalidad del derecho y de cada uno de los elementos que lo componen.

El eje central sobre el que gira toda la investigación consiste en la conexión que Javier Matia establece entre inviolabilidad de domicilio e intimidad. Esta relación le consiente abordar algunas de las cuestiones que la inviolabilidad de domicilio deja abiertas en nuestro ordenamiento. Así, por ejemplo, hace posible que el autor entre a delimitar el propio concepto de domicilio, identificándolo con la idea de morada, o le permite pronunciarse acerca de la titularidad del derecho, aclarando que sólo corresponde a las personas físicas, por ser éstas las únicas que gozan de intimidad.

Es evidente que un método como el que emplea Javier Matia tiene sus riesgos. En efecto, para evitar la mera exégesis, puede caerse en la tentación de elaborar hipótesis brillantes y originales que, a la hora de la verdad, no resisten la constatación con otros datos de nuestro ordenamiento. Con el objetivo de evitar este peligro, el autor construye sus tesis sobre el propio derecho positivo y demuestra la validez de las mismas en polémica con otras posibles alternativas.

Pero el hecho de que una determinada hipótesis esté bien construida no la salva del disenso. Al contrario, hace mucho más atractiva la tarea de rebatirla. Por ello se me va a permitir que, aunque sea desde las páginas de un prólogo, manifieste algunas de mis diferencias acerca de lo que mantiene el autor.

Sostener, como hace Javier Matia, que el bien jurídico protegido por la inviolabilidad de domicilio es la intimidad, entraña un riesgo. Éste consiste en reducir, en cierta medida, la sustantividad de la inviolabilidad de domicilio, al atribuir al artículo 18.2 de la Constitución un cierto papel instrumental en relación a la intimidad. Es posible que las garantías institucionales puedan cumplir tareas de este tipo. Pero, sin embargo, una función de tales características parece incompatible con la propia naturaleza de los derechos fundamentales,

que no deben tener otro bien jurídico protegido que el que pueda deducirse de sus propios elementos.

Justo es reconocer que los derechos fundamentales, como el resto de las normas jurídicas, no son datos aislados, por lo que sólo se pueden interpretar teniendo en cuenta lo previsto en el resto del ordenamiento constitucional. Buena prueba de esta afirmación es que cada uno de ellos delimita el contenido de los demás. Pero es posible identificar otros puntos de contacto entre los derechos fundamentales. En este contexto, conviene quizás destacar la posibilidad de relacionarlos entre sí considerándolos proyecciones de algún valor o principio recogido en el texto constitucional.

Desde esta perspectiva, la inviolabilidad de domicilio puede construirse como una concreción de la idea de libertad. Recordemos que ésta, concebida como la facultad de hacer todo lo que la ley no prohíbe, es un elemento imprescindible del Estado Constitucional desde los orígenes de esta forma de organización política. Según esta manera de entender la libertad, cualquier intromisión por parte de los poderes públicos debe considerarse excepcional, tanto en los supuestos como en las formas exigidas para llevarla a cabo. El domicilio es quizás el ámbito de desarrollo de la libertad más próximo a la persona, por lo que no es de extrañar que su inviolabilidad aparezca garantizada a partir de las primeras formulaciones liberales.

Es evidente que seguir esta otra concepción de la inviolabilidad de domicilio tiene repercusiones a la hora de construir los elementos del derecho. Así, posiblemente conduciría a conclusiones distintas a las que mantiene el autor acerca de cuestiones tales como los titulares o la propia noción de domicilio. En definitiva, quizás permitiría una visión más generosa del derecho y, por tanto, más acorde con las tendencias que predominan en la actualidad tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional y extranjera.

Pero el derecho es básicamente argumentación, ya que no importa tanto la tesis que se sostiene sino, sobre todo, la lógica de los razonamientos que se utilizan para fundamentar dicha postura. Examinada desde este punto de vista, la solución que defiende el autor tiene una coherencia impecable, que pone de manifiesto su madurez como jurista. Además, como su propio libro pone de manifiesto, su postura resulta operativa, en cuanto que permite enfocar y resolver de manera ordenada los problemas concretos que se plantean en la realidad.

Quiero ahora llamar la atención del lector sobre la segunda parte de la obra, en la que se analiza la dimensión dinámica de la inviola-

bilidad de domicilio. En la misma, Javier Matia parte de la noción de orden público como criterio delimitador de los derechos fundamentales. Quizás por su significado en etapas anteriores de nuestra historia, la noción de orden público (generalmente confundida con la de seguridad ciudadana) no ha sido analizada con el debido detenimiento. Para hacer frente a esta laguna, el autor construye la noción a la luz de la Constitución, entendiéndola como la condición necesaria para el ejercicio pacífico de los derechos fundamentales. En este sentido, opera como tópico para poder determinar, en los casos difíciles, los límites y el propio contenido de los derechos fundamentales. La operatividad del criterio utilizado se pone de manifiesto cuando Javier Matia se sirve del mismo para explicar y delimitar los supuestos en los que cede la inviolabilidad de domicilio y que son, junto a los previstos expresamente en el artículo 18.2 de la Constitución, otros destinados a preservar, ex constitutione, bienes constitucionales preferentes.

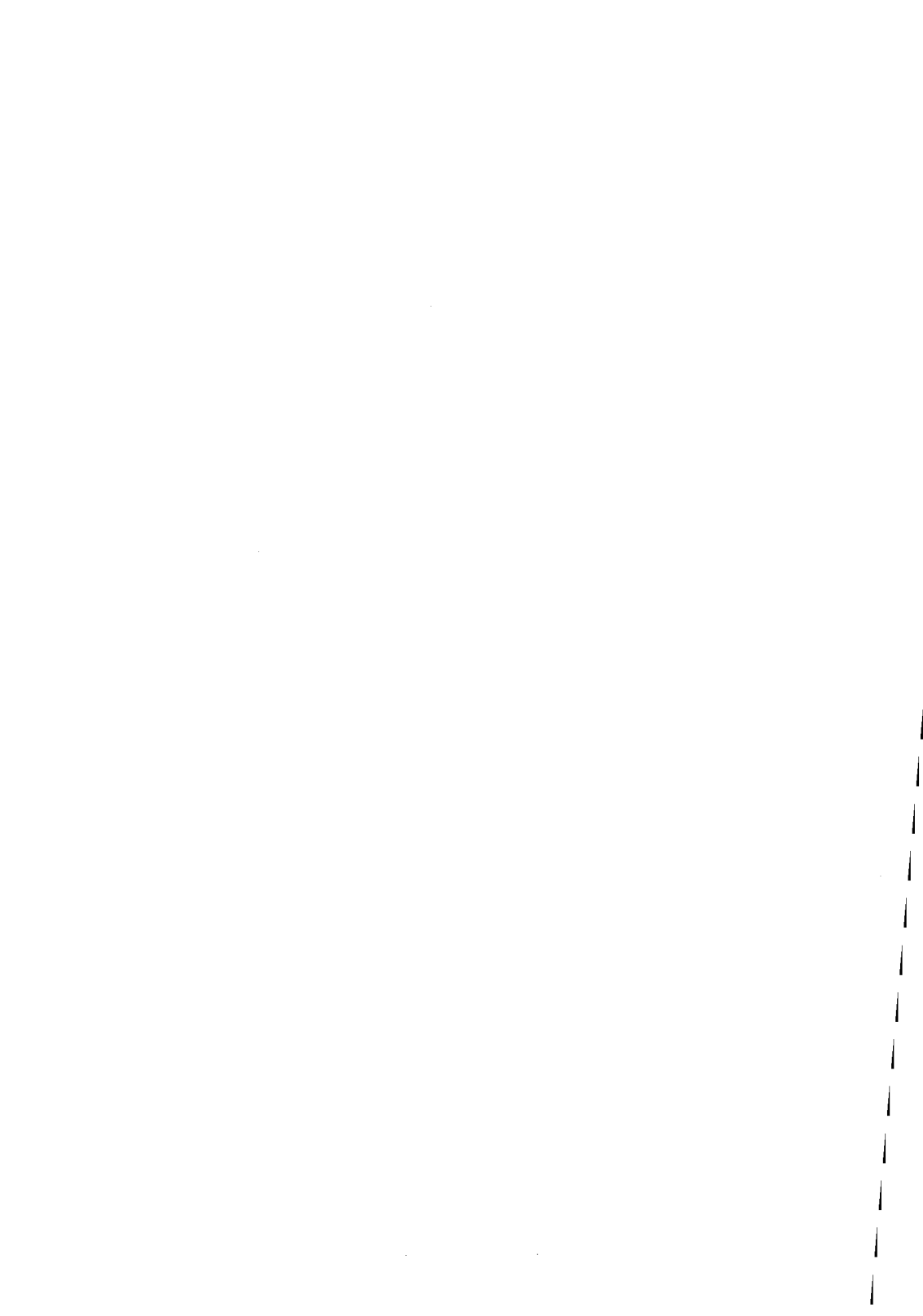
Desde esta óptica, el tratamiento que realiza del flagrante delito y de la resolución judicial puede calificarse de modélico. Llama sobre todo la atención su capacidad de examinar, desde la perspectiva del Derecho Constitucional, los problemas que los límites a la inviolabilidad de domicilio plantean en disciplinas jurídicas tan dispares como el Derecho Procesal, el Administrativo o el Fiscal.

Conseguir un resultado como el que se acaba de describir no es tarea sencilla. Para alcanzarlo es necesario, antes que nada, dedicar mucho tiempo y mucho esfuerzo al trabajo que uno se ha propuesto. Es preciso, además, poseer una sólida formación jurídica y, sobre todo, grandes dosis de sentido común. Estas son, precisamente, algunas de las virtudes de Javier Matia, a quien trato desde que empecé sus estudios de Derecho en la Universidad de Valladolid y cuya trayectoria académica me ha resultado siempre muy próxima.

Es precisamente porque conozco y aprecio al autor y porque algo he tenido que ver en la elaboración de este libro, por lo que no puedo extenderme en los elogios que la obra merece. Pero aun desde la objetividad, hay algo que puede afirmarse sin ningún tipo de duda. Tanto por el rigor con el que ha sido elaborado, por las tesis que defiende como por la claridad de la exposición, el libro de Javier Matia es, a partir de ahora, una obra de obligada referencia para cualquiera que trate la inviolabilidad de domicilio en nuestro ordenamiento.

Valladolid, 28 de octubre de 1996

PALOMA BIGLINO CAMPOS



ACERCA DEL OBJETO Y DEL MÉTODO

Son clásicas, en la historia del constitucionalismo, las expresiones conectadas de una u otra manera con la inviolabilidad del domicilio. La morada de una persona se identifica así con su santuario¹ o su reino². Lord Chatham, en un celebre discurso de 1764 ante el parlamento británico, señala que «el hombre más pobre desafía en su recinto a todas las fuerzas de la Corona; su chimenea puede estar fría, su tejado puede temblar, el viento soplar entre las puertas desencajadas, la tormenta puede entrar, pero el Rey de Inglaterra no»³.

Todas estas frases ponen de manifiesto la vinculación existente entre la inviolabilidad del domicilio y el Estado constitucional, entendido éste no sólo como un tipo histórico concreto de Estado, sino como un modelo abstracto en el que el poder del Estado se divide, se limita y se sujeta a Derecho. El poder del Estado no encuentra su legitimidad fuera de la propia organización estatal, sino en una comunidad organizada de hombres libres⁴. El Estado constitucional confiere así esferas de libertad a los particulares, lo que supone limitar el poder del primero en favor de los segundos⁵.

¹ Sentencia TSEEUU Boyd v. US [116 US 616 (1886)].

² La expresión, de origen inglés, que señalaba que mi casa es mi reino (*my house is my kingdom*), se reprodujo en Castilla con la formulación de que «cuando en mi casa estoy, rey soy». En el Derecho germánico se aludía a la ruptura de la paz del hogar. Sobre estas cuestiones, *vid.* GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J.: *La inviolabilidad del domicilio*. Madrid, 1992, págs. 26-27.

³ La difusión de este texto inglés ha sido enorme. Junto a la traducción española que se recoge (debida en lo sustancial a GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J.: en *La inviolabilidad...*), se encuentra también reproducida en francés (así, por ejemplo, COLLIARD, C.-A.: *Libertés Publiques*. 7.^a ed. París, 1989, pág. 380).

⁴ *Vid.* ARAGÓN REYES, M.: «El control como elemento inseparable del concepto de Constitución», *REDC*, 19 (1987), incluido ahora en *Constitución y control del poder*. Madrid, 1995, pág. 46 y BIGLINO CAMPOS, P.: «Parlamento, presupuesto y Tribunal de Cuentas», *RCG*, 37 (1996), pág. 24.

⁵ Es clásica la referencia al artículo 16 DDHC (1789), que señala que «toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes

Esta vinculación entre la inviolabilidad del domicilio y el Estado constitucional se muestra ya en las primeras manifestaciones del Estado liberal. El derecho a la inviolabilidad del domicilio se recoge en el artículo 9 de la Constitución francesa de 1791, respecto de los agentes de la Fuerza Pública⁶, y en el artículo 306 de nuestra Constitución de Cádiz. En este último precepto se afirma que «no podrá ser allanada la casa de ningún español»⁷.

En la actualidad, la inviolabilidad del domicilio se regula en muchos Textos constitucionales de nuestro entorno. En la mayoría de las ocasiones, la inviolabilidad del domicilio se contempla explícitamente. Así pueden citarse, a título de ejemplo, entre otros muchos preceptos constitucionales⁸, los artículos 13 LFB y 14 CI, que indican, en sus primeros apartados, que el domicilio es inviolable⁹.

establecida no tiene Constitución». *Vid.*, también, FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A.: *Memoria sobre el concepto y el método del Derecho Constitucional*, ejemplar mecanografiado, pág. 252 y PRÉLOT, M.: *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel* (actualizado por JEAN BOULOIS), 10.^a ed. París, 1987, pág. 59.

⁶ En el marco de la Revolución francesa, la inviolabilidad del domicilio es tratada con anterioridad en el Decreto de 19-22 de julio de 1791. El artículo 9 de la Constitución de 1791 dispone que «ningún agente de la Fuerza Pública puede entrar en la casa de un ciudadano, sino es para la ejecución de mandamientos de policía y de justicia, o en los casos formalmente previstos en la Ley». La evolución posterior puede examinarse en FRANGI, M.: *Constitution et Droit privé*. París, 1992, págs. 130 y ss. P. J. GONZÁLEZ-TREVIJANO y Á. L. ALONSO DE ANTONIO analizan con profusión de detalles las formulaciones históricas de la inviolabilidad del domicilio en el derecho intermedio y en los siglos XVI-XX (En *La inviolabilidad...*, págs. 29-49 y en *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*. Madrid, 1993, págs. 15-56, respectivamente).

⁷ El artículo indica a continuación que sólo podrán producirse entradas «en los casos que determina la ley para el buen orden y seguridad del Estado». La inviolabilidad del domicilio ya aparecía recogida en el artículo 126 de la afrancesada Carta Otorgada de Bayona (1808), inspirado en su contenido en el artículo 76 de la Constitución francesa de 22 de Frimario del año VIII (1799).

⁸ *Vid.*, entre otros, los artículos 10 de la Constitución de Bélgica, 34 de la de Portugal, 15 de la de Luxemburgo, 12 de la de los Países Bajos, 102 de la de Noruega, 72 de la de Dinamarca, 30 de la de Bulgaria, 27 de la de Rumanía, o 20 de la de El Salvador.

⁹ El artículo 13 LFB sigue señalando que «los registros sólo podrán ser ordenados por la autoridad judicial y, cuando sea peligroso demorarlos, por los demás órganos previstos en las leyes y únicamente podrán realizarse en la forma establecida. Por lo demás, sólo podrán adoptarse intervenciones y limitaciones para la prevención de un peligro común o de un peligro de muerte para personas determinadas, y en virtud de una ley también para la salvaguardia contra peligros que amenacen directamente la seguridad y el orden públicos, especialmente para subsanar la escasez de viviendas, combatir el riesgo de epidemias y proteger a los menores en peligro». El artículo 14 CI indica, por su parte, a continuación, que «no se podrán efectuar inspecciones o registros ni embargos salvo en los casos y con las modalidades establecidas por la ley, y conforme a las garantías prescritas para la salvaguardia de la libertad personal. Se regularán por leyes especiales las comprobaciones e inspecciones por motivos de sanidad y de

Otros Textos constitucionales en vigor, como son el norteamericano o el francés, no utilizan la categoría de la inviolabilidad del domicilio como tal. No obstante, si se examinan con cierto detenimiento estos ordenamientos constitucionales se podrá constatar que cuentan con garantías muy próximas a la de la inviolabilidad del domicilio. Así, la IV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos afirma, en su primera parte, que el derecho (fundamental¹⁰) de los ciudadanos a la seguridad de las personas, de su *domicilio*, de sus papeles y efectos contra pesquisas y embargos arbitrarios es inviolable. Esta Enmienda de 1791¹¹, que se incluye en la Constitución de los Estados Unidos (1787), pretende acabar con los mandamientos generales, que sufrieron los colonos en América¹².

salubridad públicas o con fines económicos y fiscales». Sobre el tenor literal del artículo 14 CI son de interés las páginas 65-74 del trabajo de C. E. TRAVERSO, *La libertà di domicilio nella Costituzione italiana*. Milán, 1967.

¹⁰ Ello no ocurre en el Continente europeo. La distinta concepción de los derechos constitucionales como derechos fundamentales en Estados Unidos y como libertades públicas en Europa tiene su origen en la distinta concepción normativa y politológica que de la Constitución se mantiene en Norteamérica y en Europa.

¹¹ Como precedentes inmediatos de la IV Enmienda deben citarse el Artículo X de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia y la Declaración de Massachusetts (1779), debidos, respectivamente, a GEORGE MASON y JOHN ADAMS (SCHWARTZ, B.: *Algunos artífices del Derecho Norteamericano*. Buenos Aires-Madrid, 1985, págs. 24 y 37). El modelo más importante de la IV Enmienda debe buscarse, como tantos otros del ordenamiento constitucional norteamericano, en Inglaterra. Es por ello conveniente recordar la Sentencia inglesa dictada por Lord Camden en el asunto Entick v. Carrington and Three Other King's Messengers (18 How.St.Trials 1030, 1765), en la que se afirma que el hombre había entrado en la sociedad para defender su propiedad y que, por las leyes de Inglaterra, cada invasión de la propiedad privada constituye un *trespass* (sobre los hechos que originan esta Sentencia, *vid.* SALTZBURG, S. A.: *American Criminal Procedure. Cases and Commentary*, 2.ª ed. St. Paul, 1984, pág. 46). De esta Sentencia inglesa se deduce, para el Tribunal Supremo americano, que no es la rotura de las puertas ni el revolver los cajones lo que constituye la esencia de la ofensa, sino la invasión de su invicto derecho de seguridad personal, libertad personal y propiedad privada [extraído de ALLEN, RONALD J. y KUHN, RICHARD B. *Constitutional Criminal Procedure (An examination of the Fourth, Fifth and Sixth Amendments and Related Areas)*. Boston and Toronto, 1985, págs. 379-382]. La IV Enmienda norteamericana ha influido en otros textos constitucionales, como son el japonés de 1946 (artículo 35) o el dictado en Filipinas en 1986 (artículo III, sección 2).

¹² CORWIN, E. S.: *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*. Buenos Aires, 1987, pág. 441; TRESOLINI, R. J.: *American Constitutional Law*. New York, 1959, pág. 545; y MORELAND, R.: *Modern Criminal Procedure*. Indianapolis, 1959, pág. 101, entre otros muchos. Estos mandamientos generales, que en el mayor número de ocasiones eran otorgados por simples oficiales para la búsqueda de bienes de contrabando sin especificar ni los lugares a registrar ni los objetos buscados, fueron calificados por James Otis (Abogado General de la Corona en Boston) como «el peor instrumento del poder arbitrario», como ha recordado el Tribunal Supremo americano en su Sentencia *Boyd v. US* [116 US 616, (1886)]. El texto de la Sentencia se encuentra

La IV Enmienda, que posee un alto grado de generalidad y abstracción¹³, exige examinar en cada caso si el registro domiciliario realizado por autoridades federales fue o no razonable, y vetar cualquier entrada irrazonable. Su contenido se extiende a las autoridades estatales en 1868¹⁴, con la aprobación de la Enmienda XIV¹⁵.

Es cierto que la vigente Constitución francesa, de 1958 no alude explícitamente a la inviolabilidad del domicilio. Tal hecho es llamativo, porque en Francia ha sido tradicional, hasta 1848¹⁶, el reconoci-

recogido en ALLEN, RONALD J. y KUHNS, RICHARD B.: *Constitutional...* (1985), pág. 379. Tales mandamientos solamente fueron modificados por las leyes inglesas de los siglos XVII y XVIII, de similar contenido (vid. SALTZBURG, S. A.: *American...* (1984), págs. 45-46).

¹³ EASTERBROOK, F. H.: «Abstraction and Authority». STONE, GEOFFREY R.; EPSTEIN, RICHARD A. y SUNSTEIN, CASS. R. (eds.): *The Bill of Rights in the Modern State*. Chicago-Londres, 1992, pág. 360. La IV Enmienda sigue indicando que «no se decretará entrada y registro sin motivo fundado y corroborado por palabras de honor o juramentos o sin que se determine el lugar que debe ser objeto de reconocimiento y las personas o cosas de las que haya de apoderarse».

¹⁴ Esta enmienda es posterior a la Sentencia Barron v. Baltimore, 7 Pet. 243 (1833), del Tribunal Supremo americano, donde se señala que «la Declaración de Derechos [de la Constitución Federal] obliga al gobierno federal pero no a los Estados», argumentando que éstos tenían ya sus propias Constituciones y sus propias declaraciones de derechos (FRIEDMAN, LAWRENCE M.: *Introducción al Derecho Norteamericano*. Zaragoza, 1988, págs. 227-228). Como este autor ha señalado (*ibidem*, pág. 228), «técnicamente hablando, la doctrina del Caso Barron v. Baltimore está todavía vigente. Pero su posterior desarrollo le ha quitado mucho de su primitiva fuerza. Hoy en día, los ciudadanos ya pueden acudir a los tribunales federales para hacer que los estados respeten sus derechos fundamentales».

¹⁵ Enmienda que dispone que «todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos». La relación entre las Enmiendas IV y XIV ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Supremo en la Sentencia Wolf v. Colo. [338 US 25 (1949)], donde se afirmaba que la Enmienda XIV lograba «la seguridad de la *privacy* que está en el núcleo de la IV Enmienda» (extraído de ISRAEL, JEROLD H. y LAFAYE, WAYNE R.: *Criminal Procedure Constitutional Limitations in a nutshell*, 4.ª ed. St. Paul, 1988, pág. 259).

¹⁶ Debe darse noticia, también, del artículo 7 del Proyecto de Constitución de 1946, que no llegó a aprobarse. Este precepto señalaba: «el domicilio es inviolable. Ningún registro (*perquisition*) puede tener lugar más que en virtud de la ley, sobre una orden escrita que emane de la autoridad judicial» (trad. de francés sobre la obra de DUVERGER, M.: *Constitutions et Documents Politiques*, 6.ª ed. París, 1971). Aquí puede observarse ya su conexión con la Constitución de 1958, que la protegerá, aunque no de forma expresa, en su texto.

miento explícito de la inviolabilidad del domicilio como libertad pública¹⁷.

Pero también es cierto que, si se examinan las vigentes normas constitucionales relacionadas con el reconocimiento de derechos (que son, como es sabido, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789¹⁸, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y el articulado de la Constitución de 1958¹⁹), se podrá apreciar que el artículo 66 CF constitucionaliza la inviolabilidad del domicilio a través de la garantía de la libertad individual. Este precepto indica que «la autoridad judicial, guardián de la libertad individual, asegura el respeto de este principio en las condiciones previstas por la ley»²⁰.

¹⁷ Recogida en los artículos 9 (Título IV), 359, 75 y 8 de las Constituciones de 1791, de 5 Fructidor an III (1795), de 22 Frimaire an VIII (1799) y de 1848, respectivamente, que pueden consultarse en DUVERGER, M.: *Constitutions...* Sobre la historia constitucional de la inviolabilidad del domicilio *vid.* LUCHAIRE, F.: *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*. París, 1987, págs. 96-97.

¹⁸ Ni la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, ni la de 24 de junio de 1793 aluden a la inviolabilidad del domicilio. Pese a ello, algunos autores han conectado este derecho con otros expresamente reconocidos en la Declaración de 1793, como son los de seguridad o de libertad (ambos reconocidas en el artículo 2), como hace F. LUCHAIRE (FRANGI, M.: *Constitution...*, pág. 129).

¹⁹ La existencia de tres normas constitucionales francesas en materia de derechos fundamentales plantea algunos problemas. De todos ellos, dos merecen especial atención. El primero de ellos es la duda existente en la doctrina francesa sobre si la Declaración de derechos de 1789 posee o no valor jurídico. Niega tal posibilidad, entre otros, CARRÉ DE MALBERG por entender que o bien (a) fue derogada por las leyes constitucionales de 1875 (que no la mencionaron) o bien (b) enuncia ideas (de contenido vago y abstracto) que deben servir de base a la Constitución positiva (ver MORANGE, J.: *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, 2.^a ed. París, 1988, págs. 98-99, ROBERT, J. y DUFFAR, J.: *Libertés publiques et droits de l'homme*, 4.^a ed. París, 1988, págs. 86-87, y las Decisiones Roubeau, de 9 de mayo de 1913, y Guieysse, de 4 de febrero de 1944 del Consejo de Estado francés). Por contra, el valor jurídico de la Declaración ha sido establecido por la propia Constitución de 1958, la jurisprudencia del Consejo Constitucional y la mayor parte de la moderna doctrina francesa (como GENEVOIS, B.: *La jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Principes directeurs*. París, 1988, pág. 196).

El segundo problema, que exige la resolución previa del ya planteado, es más importante. Trata de establecer si los derechos reconocidos en la Declaración de Derechos de 1789 deben prevalecer sobre el Preámbulo de 1946, que incorpora los principios propios del Estado social, o debe ocurrir lo contrario. La respuesta a este interrogante no ha sido clara en la doctrina. Algunos autores han defendido la situación preeminente de la Declaración en el seno del bloque constitucional, como ha sido F. COGUEL o J. F. FLAUSS; otros, por el contrario, entienden que debe ser interpretada a la luz de los principios contenidos en el Preámbulo de la Constitución de 1946 (LUCHAIRE, F. o GENEVOIS, B.: *La jurisprudence...*, págs. 197-198).

²⁰ Trad. del fr. Significativamente, este precepto, contenido en el artículo 66 CF, se recoge en el Título VIII de la Constitución de 1958, relativo a la autoridad judicial.

La inviolabilidad del domicilio supera, además, el ámbito estrictamente nacional. Así, diversas organizaciones internacionales y supranacionales reconocen también este derecho. En el plano internacional deben citarse la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948) y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), elaborados en el seno de la Organización de Naciones Unidas²¹. Debe recordarse también, en el plano regional europeo²², el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) que impone, entre otros extremos, el respeto del domicilio. En el plano supranacional es conveniente indicar que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha mantenido que la inviolabilidad del domicilio es un derecho contenido en los principios generales del Derecho Comunitario y en las tradiciones constitucionales comunes²³.

En nuestro ordenamiento, el artículo 18.2 CE, señala que el domicilio es inviolable. Pese al carácter aparentemente incondicional de esta afirmación, el propio precepto sigue indicando que ninguna entrada o registro podrá hacerse en el domicilio sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

El análisis del artículo 18.2 CE es precisamente el objeto de la presente investigación. Acerca del reconocimiento de la inviolabilidad del domicilio en la Constitución española, permanecen abiertas ciertas cuestiones.

Algunas de ellas se conectan, principalmente, con los elementos que definen el propio derecho fundamental. Así, en primer lugar, no existe en nuestra doctrina un acuerdo acerca de cuál es el bien jurídico protegido por el derecho fundamental²⁴; es decir, de qué se pretende

²¹ Derecho recogido en los artículos 12 y 17, respectivamente.

²² En el plano regional americano, *vid.* el artículo 9, DADDH (1948).

²³ En concreto, el Tribunal de Justicia comunitario ha examinado si tal derecho ha sido vulnerado en los asuntos Hoechst (Sentencia de 21 de noviembre de 1989) y Chemical Ibérica (Sentencia de 17 de octubre de 1989). Sobre la evolución jurisprudencial comunitaria en materia de inviolabilidad del domicilio puede verse el trabajo de quién escribe estas líneas «Derecho comunitario y Derecho nacional: la protección de la inviolabilidad del domicilio», *RGD* 573 (1992), págs. 5173-5187.

²⁴ No existe acuerdo doctrinal en la denominación de los distintos elementos que pueden mostrarse en el derecho fundamental y que coinciden, quizás, con los de todo derecho subjetivo. La doctrina italiana, por ejemplo, denomina objeto a lo que en estas páginas se califica *bien jurídico protegido*. Se ha dicho, en ese sentido, y en palabras de I. FASO, que el objeto es el bien hacia el que apunta el interés tutelado, o, en palabras más sencillas, el bien jurídico tutelado (en *La libertà de domicilio*. Milán, 1967, pág. 89 y la bibliografía citada en la nota 82 de la misma página). El mismo autor acaba señalando la existencia de un objeto físico (equivalente a lo que en este trabajo se denomina objeto, y que es el domicilio) y de otro jurídico, el bien jurídico protegido por el derecho que, para el autor, es la *privatezza* (*ibidem*, pág. 83).

salvaguardar con el reconocimiento de la inviolabilidad del domicilio. Como se verá en su momento, esta cuestión es especialmente importante no sólo porque deba ser acertadamente resuelta, sino también porque la correcta determinación del bien jurídico protegido por el derecho fundamental puede influir en la determinación de otros elementos del derecho (como son el de sus titulares y el de su objeto²⁵).

Tampoco puede considerarse aún resueltos los problemas relacionados con la determinación de los titulares activos y pasivos del derecho fundamental. En efecto, en relación con los sujetos activos, a los que se les reconoce el derecho fundamental, la solución doctrinal dada a algunos problemas no ha sido suficientemente justificada y otras no son, todavía hoy, pacíficas.

Entre aquellos extremos no cuestionados por la doctrina deben destacarse dos. La solución del primero de ellos, referido a la eventual atribución del derecho fundamental a los extranjeros, dependerá del estatuto jurídico que se le dé al extranjero en materia de derechos fundamentales, especialmente a tenor de lo dispuesto en el artículo 13 CE y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia. Solamente tras examinar, críticamente, tales cuestiones será posible justificar (o, en su caso, negar) la atribución del derecho a los extranjeros.

En el presente trabajo se ha preferido utilizar las expresiones interés y bien jurídico protegido. El interés presupone la utilidad del derecho por su titular. La expresión bien jurídico protegido, que tiene su origen en el derecho penal, se refiere a los derechos subjetivos que garantizan bienes reconocidos por el derecho. Así, por ejemplo, el asesinato constituye un delito que vulnera el derecho fundamental a la vida (artículo 15 CI), bien jurídicamente protegido por el precepto constitucional.

En la actualidad J. J. GONZÁLEZ RUS [*Bien Jurídico y Constitución (Bases para una teoría)*, Madrid, 1983] es, como Franco Bricola (cuyas tesis contenidas en «Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza», *RIDPP*, 1967, se resumen en las páginas 26 y ss. del libro citado, y las críticas que han suscitado en la pág. 31), partidario de una teoría constitucional del bien jurídico. Dicha teoría partiría de que la Constitución eleva a categoría de bienes jurídicos lo que antes eran, socialmente considerados, valores (pág. 33). La importancia jurídica y política de la Constitución (pág. 35) condiciona la legislación penal futura. El corolario lógico de la tesis del autor, aceptado en la citada obra (y confirmado, como se verá en esta misma investigación, al hacer referencia a los límites de los derechos fundamentales), es que es necesario establecer una jerarquía entre los distintos bienes constitucionales (pág. 42).

El término bien jurídico ha sido usado muy recientemente por MEDINA GUERRERO, M.: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid, 1996, pág. 11.

²⁵ *Vid.*, en este punto, TRAVERSO, C. E.: «La nozione del concetto di domicilio nell'articolo 14 della Costituzione». En AA.VV.: *Studi in onore di Antonio Amorth II. Scritti di Diritto Costituzionale e altri*. Milán, 1982, pág. 589, quién alude al fundamento del derecho.

El segundo punto que no ha sido objeto de debate en nuestra doctrina es el referido a los posibles conflictos que pueden surgir cuando varias personas conviven en un mismo domicilio a efectos constitucionales. Solamente se ha indicado, por lo general, que todos los cohabitantes son titulares del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Pero esta afirmación debe ser críticamente examinada. Es preciso saber, de un lado, si nos encontramos ante un derecho fundamental de titularidad compartida, o si estamos en presencia de tantos derechos fundamentales como cohabitantes existan. De la posición que se adopte en este punto, dependerá los criterios que permitan resolver los eventuales conflictos que puedan surgir entre los cohabitantes en relación con la inviolabilidad del domicilio. Es conveniente examinar, de otro lado, si determinados cohabitantes pueden tener un ejercicio limitado del derecho en relación con otros.

Se ha indicado que la solución doctrinal ofrecida en relación con algunos problemas suscitados sobre los titulares activos del derecho no es, hasta el momento, pacífica. Entre tales extremos destaca, especialmente, la atribución del derecho a las personas jurídico-privadas. Esta atribución, admitida por el Tribunal Constitucional (y reforzada, en la actualidad, en el nuevo Código Penal, que se refiere, también, al domicilio de las personas jurídico-públicas), no ha sido siempre aceptada por la doctrina. Puede decirse, por ello, que estamos ante un problema que, cuando menos, continúa abierto.

Con respecto a los sujetos pasivos, entendidos éstos como los obligados a respetar el derecho fundamental, es preciso examinar si el derecho fundamental vincula a los particulares o, en otras palabras, tiene eficacia en las relaciones jurídicas entre particulares. El planteamiento de este problema debe partir en todo caso de la existencia de los delitos de allanamiento de morada y de domicilio, lo que condiciona el método de investigación y las conclusiones a las que se puede llegar.

El perfil de la noción constitucional de domicilio presenta, también, problemas para su determinación que no han sido excesivamente analizados por nuestra doctrina. Es posible distinguir, para su examen, distintos tipos de locales (moradas, domicilios de personas jurídicas, locales de negocio, etc...) y preguntarse si pueden ser objeto del derecho a la inviolabilidad del domicilio; es decir, cuestionarse si pueden ser concebidos como domicilios en el sentido constitucional del término.

Otras cuestiones se relacionan con los límites que pueden condicionar el ejercicio del derecho fundamental a la inviolabilidad del do-

micilio. En este sentido, es discutible, antes que nada, si las intervenciones constitucionalmente previstas en el derecho son las únicas que pueden plantearse en la práctica o si, por el contrario, es posible que otras injerencias en el derecho fundamental sean también constitucionalmente admisibles, aunque no se indiquen expresamente en la Constitución.

Entrando ya en el examen pormenorizado de las intervenciones en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio constitucionalmente previstas, es preciso analizar, con especial detenimiento, la entrada basada en una resolución judicial, que suscita diversos interrogantes. Entre ellos, es especialmente interesante determinar qué tipo de resolución judicial es la constitucionalmente exigida y, en conexión directa con esta cuestión abordar otras, como es el estudio de la intervención judicial en relación con la ejecución de actos administrativos. Es preciso analizar también qué elementos permiten saber cuándo el órgano judicial respeta o no el principio de proporcionalidad que debe acompañar toda intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales. Es posible que estos elementos varíen de caso a caso, pues no parece equiparable la posición del Juzgado de Instrucción cuando dicta un auto de entrada y registro (artículo 545 y ss. LECr) y cuando autoriza la realización de un acto administrativo (artículo 87.2 LOPJ).

El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio puede verse también afectado en caso de delito flagrante. Ahora bien, la Constitución no aclara qué condiciones debe reunir un delito para poder ser considerado, a efectos constitucionales, flagrante. Que la delimitación de este concepto constitucional no es ni evidente ni pacífica lo demuestra la polémica doctrinal que se suscitó en relación con el artículo 21.2 LOPSC. Su determinación se presenta, así, como una tarea ineludible que permitirá, posteriormente, examinar los casos en los que el legislador ha acudido a esta categoría para sortear la resolución judicial previa constitucionalmente exigida.

El artículo 55 CE contempla tanto la suspensión general (apartado primero) como la individual (apartado segundo) de determinados derechos fundamentales que pueden condicionar, en particular y entre otros derechos, a la inviolabilidad del domicilio. Será preciso examinar cómo opera, en estas hipótesis, el principio de proporcionalidad que debe regir toda afectación de derechos fundamentales, y analizar las concretas normas que desarrollan el artículo 55 CE.

De esta forma, se habrán abordado los aspectos esenciales del régimen constitucional español de la inviolabilidad del domicilio, lo que

permitirá presentar, a modo de conclusión, una construcción articulada del derecho fundamental en examen.

Es cierto que algunos de los problemas que se han planteado han sido examinados por la jurisprudencia —sobre todo constitucional— y por la doctrina. Son así abundantes los trabajos doctrinales que analizan determinados problemas conectados con el derecho (como ocurre con la ejecutoriedad de los actos administrativos que conllevan entradas domiciliarias o la delimitación constitucional del delito flagrante²⁶). Pero no lo es menos que tales estudios no pueden ofrecer, por su propio objeto, lo que se pretende en la presente investigación: presentar una construcción trabada del derecho fundamental.

Otras obras examinan con carácter general el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Entre éstas deben destacarse los diversos comentarios doctrinales publicados en relación con el artículo 18.2 CE²⁷ y, en especial, las monografías aparecidas acerca del objeto de este trabajo a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978²⁸. Algunas de estas obras tienen indudable valor. Pero, aun así,

²⁶ En materia de inviolabilidad del domicilio han sido abundantes los «diálogos» de nuestra doctrina con el Tribunal Constitucional, mediante la fórmula de anotaciones o comentarios a sus sentencias. Así, a título de ejemplo, en relación con la ejecutoriedad de los actos administrativos, *vid.* LÓPEZ RAMÓN, F.: «Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *REALA*, 1985, págs. 31-78; HAZA, P. de la: «Observaciones a una Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad de las personas jurídicas (comentario a la Sentencia TC, 137/85, de 17 de octubre)», *LL*, 3 (1988), págs. 811-819 o QUINTANA LÓPEZ, T.: «Un paso más hacia la delimitación de la inviolabilidad de domicilio en nuestro Derecho», *REALA* 229 (1986), págs. 145-152. *Vid.* ya con carácter general, en relación con el Derecho administrativo, SANTAMARÍA PASTOR, J. A. y PAREJO ALFONSO, L. (dirs.): *Derecho Administrativo: la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid, 1989; LÓPEZ RAMÓN, F.: «Inviolabilidad...», págs. 31-78; LÓPEZ RAMÓN, F.: «Límites constitucionales de la autotutela administrativa». En AA.VV.: *Introducción a los derechos fundamentales* (X jornadas de estudio), vol. III. Madrid, 1988, págs. 2241-2279 y NIETO GARCÍA, A.: «Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria», *RAP*, 112 (1987), entre otros muchos.

²⁷ Como son los de AGUIAR DE LUQUE, L. y BLANCO CANALES, R.: *Constitución española 1978-88*, vol. I, Madrid, 1988; ALZAGA VILLAAMIL, Ó.: *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*. Madrid, 1978; SEMPERE RODRÍGUEZ, C.: «Comentario al "artículo 18"». En AA.VV.: *Comentarios a las leyes políticas* (dirigidos por Ó. ALZAGA VILLAAMIL), vol. II. Madrid, 1984, págs. 423-465; SERRANO, J. M.: «Comentario al "artículo 18.2" de la Constitución». En GARRIDO FALLO, F. (dir.): *Comentarios a la Constitución*. Madrid, 1980 y 1985 en primera y segunda edición. *Vid.* también los trabajos de ALFONSO BOZZO, A. de: «Sobre la inviolabilidad del domicilio», *RJC*, 2 (1985); ESPÍN TEMPLADO, E.: «Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio», *RCEC*, 8 (1991); GARCÍA MACHO, R.: «La inviolabilidad de domicilio», *REDA*, 32 (1982) y GISBERT GISBERT, A.: «La inviolabilidad del domicilio», *RGD*, 558 (1991).

no agotan el tema, ya sea porque no siempre responden a las cuestiones anteriormente suscitadas o porque lo hacen desde ópticas distintas a la que se seguirá en estas páginas.

En resumidas cuentas, la inviolabilidad del domicilio es un elemento imprescindible del Estado constitucional, pero todavía plantea numerosos interrogantes su concreta formulación en nuestro ordenamiento vigente.

Para poder abordar con la debida precisión las cuestiones mencionadas ha sido preciso examinar el derecho fundamental desde dos perspectivas distintas, pero interrelacionadas.

Las instituciones jurídicas pueden enfocarse, en primer lugar, desde una perspectiva estructural, en la que se tiene en cuenta el aspecto estático de las mismas. Pero, además, dichas instituciones pueden analizarse desde una visión dinámica, por la que se toma en consideración su funcionamiento en relación con el conjunto del ordenamiento²⁹.

Este método resulta de aplicación a la inviolabilidad del domicilio. Cabe así, antes que nada, examinar el derecho desde su vertiente estática, en la que se toman en consideración los distintos elementos que configuran la inviolabilidad del domicilio. Será en este momento cuando se analicen en profundidad las cuestiones suscitadas en relación con el bien jurídico protegido por el derecho fundamental, los titulares (activos y pasivos) y el objeto sobre el que recae el derecho (es decir, la noción constitucional de domicilio).

Pero, además, la inviolabilidad del domicilio puede enfocarse desde una perspectiva dinámica. Este enfoque permite examinar con detenimiento el abanico de injerencias legítimas que pueden condicionar el ejercicio del derecho fundamental. Especialmente, en relación con aquellas injerencias constitucionalmente previstas (resolución judicial y delito flagrante *ex* artículo 18.2 CE y suspensión general e individual de derechos *ex* artículo 55 CE).

Solamente queda por señalar los medios con los que se cuenta para afrontar la presente investigación. Parece claro que un estudio de De-

²⁸ Así, por ejemplo, GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, y ALONSO DE ANTONIO, Á. L.: *El derecho...*

²⁹ Éste es el método utilizado por SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: para analizar las normas jurídicas en sus *Fundamentos de Derecho Administrativo I*. Madrid, 1988, págs. 299 y ss. y 332 y ss. Cuando este trabajo se encontraba ya en imprenta he tenido noticia del excelente libro de MEDINA GUERRERO, M.: (*La vinculación...*), donde se alude (pág. 74) a la vertiente estática de los derechos, a la que se opone la referida a su ejercicio (aquí denominada dinámica).

recho positivo debe partir del examen de las normas jurídicas vigentes en un momento dado, y de las interpretaciones que han recibido dichos preceptos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Este presupuesto exige centrar la atención en los datos que aporta el Derecho constitucional, pero no excluye la necesidad de utilizar otros materiales.

Así, en primer lugar, cabe recordar que la inviolabilidad del domicilio aparece garantizada mediante la tipificación penal de acciones que atenten contra este derecho. Por ello, puede resultar de utilidad examinar la normativa penal relacionada con la inviolabilidad del domicilio, así como la doctrina y la jurisprudencia que ha suscitado. En este sentido, debe recordarse que el Código Penal recientemente aprobado tipifica, entre otros, los delitos contra la inviolabilidad del domicilio³⁰. En concreto, dicho Código recoge en su artículo 202 el tradicional delito de allanamiento de morada³¹, señalando que lo comete el

³⁰ Se alude, en concreto, al capítulo II del Título X del Libro II del Código Penal aprobado mediante la LO 10/1995, de 23 de noviembre.

³¹ En todo caso, la concepción tradicional del delito de allanamiento de morada es que comete este delito «quien entra en la ajena contra la voluntad de su morador», tal y como señalan los artículos 404 del Código Penal de 1848, en este punto reproducido en el artículo 414 de la Edición oficial reformada de 1850 y en el 504 del Código Penal de 1870. Tal idea se retoma en el artículo 482 del Código Penal de 1932 y en la versión original del artículo 490 del Código Penal de 1944. Esta misma concepción decimonónica del allanamiento de morada es invocada en las Sentencias TS Rec. 1883/0477/1; Rec. 1883/0137/1; Rec. 1877/0326/1 y Rec. 1871/0649/1. Sin embargo, ya el artículo 668 del Código Penal de 1928, así como la modificación dada al artículo 490 del Código Penal de 1944 por la Ley de 7 de abril de 1952, igualmente plasmado en el Texto Refundido del Código Penal (debido al Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre), y en el vigente artículo 202 CP tipifican como delito, también, una comisión por permanencia en la morada ajena, en contra de la voluntad de su morador. Esta regulación se completaba con el artículo 491 CP, que señalaba que la tipificación del allanamiento de morada no era aplicable «al que entra en la morada ajena para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hace para prestar algún servicio humanitario o a la justicia».

Nos encontramos así en presencia de un delito público (que, por ello, no admite el perdón por parte del ofendido, cfr. Sentencias TS Ar. 1931/1732/1; Rec. 1904/0232/3; Rec. 1904/0143/3; y Rec. 1872/0685, en relación con algunos precedentes del vigente artículo 490 CP), cuyos elementos son (a) la voluntad contraria del morador y (b) la existencia de un dolo (posiblemente genérico), que (c) conoce un subtipo agravado cuando concurren, además, violencia o intimidación (artículo 490.2 CP) (Sentencias TS Ar. 1990/5564/6; Ar. 1987/8458/1 y Ar. 1987/1214/3. *Vid.*, también, en relación con el dolo, la Sentencia TS Ar. 1995/3374/4.B) y que tiene dos manifestaciones: la comisión por entrada o la comisión por permanencia (sobre tales manifestaciones, *vid.* las Sentencias TS Ar. 1989/4986/1; Ar. 1988/0845/1; Ar. 1987/8573/1; Ar. 1985/1538/1; Ar. 1983/4594/3; Ar. 1983/2644/1; Ar. 1979/4604/ún.; Ar. 1979/1080/1; Ar. 1974/3910/1 y Ar. 1960/1980/1. En general, sobre los elementos y manifestaciones del delito, *vid.* las Sen-

que, sin habitar en ella, entra en morada ajena o se mantiene en ella contra la voluntad de su morador. Contempla, además, un novedoso tipo penal (artículo 203 CP) relacionado con las personas que penetran contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica (sea pública o privada). El mismo artículo se aplica a las entradas realizadas en despachos profesionales, oficinas, establecimientos mercantiles y locales abiertos al público fuera de los horarios de apertura. Otros preceptos del mismo cuerpo legal tipifican las entradas realizadas por los funcionarios públicos cuando no media causa legal por delito (artículo 204 CP) o cuando, concurriendo tal causa, el funcionario no respeta las garantías constitucionales (artículo 534.1 CP)³².

También puede ser útil, en segundo lugar, examinar, cuando ello sea preciso, las diferentes formulaciones que la inviolabilidad del domicilio ha recibido a lo largo de la historia (constitucional) en nuestro país (y, en su caso, en otros países de nuestro entorno). El método histórico puede ser especialmente interesante para el examen de elementos vinculados a nuestra historia constitucional en particular (como es la tradicional vinculación entre inviolabilidad del domicilio y flagrante delito) o para explicar las variaciones sufridas en los esenciales elementos del derecho fundamental.

Tampoco es desdeñable, en tercer lugar, el estudio comparado del derecho fundamental español a la inviolabilidad del domicilio respecto de otras formulaciones constitucionales de nuestro entorno. Este méto-

tencias TS Ar. 1985/2031/3; Ar. 1982/7092/1; Ar. 1981/4340/1; Ar. 1976/0104/1; Ar. 1975/0235/1; Ar. 1974/2927/1; Ar. 1969/5484/1 y Ar. 1969/2671/ún. Aunque en ocasiones, la comisión del allanamiento de morada tiene un carácter instrumental para la comisión de otros delitos (*vid.* las Sentencias TS Ar. 1983/1814/5; Ar. 1983/0014/2 y Ar. 1980/2615/3), no puede negarse su carácter autónomo (Sentencia TS Ar. 1979/2763/1), siendo irrelevantes los motivos que explican la invasión domiciliaria (*Vid.*, en este punto, las Sentencias TS Ar. 1965/0241/ún.; Ar. 1933/2325/3 y Rec. 1887/0014), excepción hecha de los previstos en el vigente artículo 491 CP, así como en sus precedentes, que excluyen la antijuridicidad de la acción (Sentencias TS Ar. 1990/7639/2; Ar. 1990/2647/9; Ar. 1990/1358/1; Ar. 1989/4986/2; Ar. 1987/8573/1; Ar. 1976/4740/1; Ar. 1974/3910; Rec. 1877/0143).

³² Aunque la relevancia constitucional de tales normas, especialmente, de la que tipifica conductas de particulares será examinada cuando se analice la eventual eficacia *erga omnes* del derecho fundamental, es importante avanzar ya, a título de inventario hasta ese momento, que será preciso examinar la doctrina y jurisprudencia penal relacionada con los precedentes legislativos de los artículos 202-204 y 534.1. CP, de aceptarse la incidencia del derecho fundamental en las figuras penales del allanamiento de morada y de la entrada domiciliaria de funcionario público. Esta jurisprudencia penal no se ha dictado en relación con los nuevos preceptos aprobados en 1995, pero sí que existe (y es, además, abundante) respecto de las disposiciones del Código Penal de 1973 conectadas con la inviolabilidad del domicilio, así como respecto de sus precedentes.

do de análisis comparado puede ser en ocasiones especialmente acertado para explicar como la configuración española de la inviolabilidad del domicilio presenta ciertas particularidades.

La resolución de los problemas arriba apuntados, utilizando para ello el esquema propuesto y los materiales citados determinarán, con toda seguridad, una configuración constitucional del derecho fundamental que aparece recogido en el artículo 18.2 CE.

PARTE PRIMERA

**LA VERTIENTE ESTÁTICA
DEL DERECHO FUNDAMENTAL**

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

1. LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA ESPAÑOLAS

En pocas ocasiones el Tribunal Constitucional ha analizado cuál es el bien jurídico protegido por la inviolabilidad del domicilio. Es importante en relación con este problema la Sentencia TC 22/1984, de 17 de febrero. En ella, el Tribunal Constitucional señala que la inviolabilidad del domicilio se ha recogido en el texto constitucional «para garantizar el *ámbito de privacidad* de ésta dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones de otras personas o de la autoridad pública. (...) Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de *esfera privada* de ella»¹.

Esta explicación del Tribunal Constitucional no aclara de forma definitiva el problema. El Tribunal utiliza distintos términos para designar el bien jurídico protegido a través de la inviolabilidad domiciliaria, tales como «*ámbito de privacidad*», protección del lugar donde el individuo «ejerce su libertad más íntima», o la afirmación de que «no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella».

Ya en la Sentencia de 7 de diciembre de 1982 dictada por la Sala tercera del Tribunal Supremo² (que será recurrida en amparo y dará lugar a la Sentencia TC 22/1984), se hace indistinta referencia a algu-

¹ Sentencia TC 22/1984/5 (el subrayado pertenece a este trabajo), expresamente recordado en la Sentencia 137/1985/2, de 17 de octubre.

² Sentencia TS Ar. 1982/7911.

nas de estas categorías. En la Sentencia se afirma así, en relación con los derechos contenidos en el artículo 18 CE, «en los que el eje básico sobre el que se proyectan las consecuencias de su ejercicio es la persona humana como tal, el respeto a su dignidad innata, a su independencia e *intimidad* de forma que éste es el bien jurídico objeto de protección mediante su consagración en el texto constitucional y la encomienda de su salvaguardia a la autoridad judicial, que les pone a cubierto de toda pesquisa, indagación o intromisión ilegítima en ellos, tendentes a vulnerar ese ámbito que tales derechos crean en torno a la persona y su *intimidad* para impedir injerencias arbitrarias en su *vida privada*...»³. Debe hacerse notar que posiblemente es ésta la primera mención al término *vida privada* que aparece en la jurisprudencia española en relación con la inviolabilidad del domicilio y que, probablemente, la aceptación por parte del Tribunal Constitucional de esta doctrina es la que ha provocado, a medio plazo y de forma inadvertida, la ambigüedad que por lo general se encuentra en la jurisprudencia constitucional en la materia.

En efecto, las posteriores resoluciones del Tribunal Constitucional no aclaran cuál es el bien jurídico protegido por el derecho fundamental recogido en el artículo 18.2 CE. El Tribunal ha hecho referencia, en ellas, a bienes tales como «intimidad», «vida privada», «esfera privada» o «*privacidad*».

El Tribunal alude a la intimidad en relación con la inviolabilidad del domicilio en varias ocasiones. Así indica, por ejemplo, que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de una persona jurídica no ha sido desconocido cuando no se conecta con una violación de la intimidad que pudiera entroncarse con el genuino significado del artículo 18.2 CE⁴. El Tribunal ha considerado, en esta misma dirección, que la ejecución de resoluciones administrativas justifica la realización de entradas domiciliarias; es decir, irrupciones en el ámbito de la intimidad⁵.

Otras veces, el Tribunal Constitucional alude a la «esfera privada» en relación con la inviolabilidad del domicilio. En efecto, el Tribunal ha señalado en esta dirección que la inviolabilidad del domicilio no protege sólo «el espacio físico en sí mismo considerado, sino también lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella»⁶.

³ Sentencia TS Ar. 1982/7911 (el subrayado pertenece a este trabajo).

⁴ Sentencia TC 137/1985/6 (el subrayado pertenece a este trabajo).

⁵ Sentencias TC 144/1987/2 y 76/1992/3a, de 23 de septiembre de 1987 y de 14 de mayo de 1992, respectivamente.

⁶ Auto TC 171/1989/2, de 3 de abril, que recuerda lo establecido en las Sentencias TC 22/1984/2 y 137/1985/2.

En fin, el Tribunal ha conectado, finalmente, en otros momentos, inviolabilidad del domicilio y «vida privada». Ha indicado, de esta forma, que la inviolabilidad del domicilio «defiende los ámbitos en que se desarrolla la *vida privada de la persona*» (aunque a renglón seguido se refiera también a la *privacidad* como objeto de tutela de la *intimidad* personal)⁷. Por último, el Tribunal recuerda, en la Sentencia TC 137/1985/4⁸, que la empresa recurrente no ha señalado que se haya causado intromisión en su «*vida privada o social*».

La imprecisión jurisprudencial en la determinación del bien jurídico protegido por la inviolabilidad del domicilio se ha trasladado, también, a la doctrina que se ha ocupado de este derecho fundamental.

Así, algunos autores (Pilar de la Haza⁹, Fernando López Ramón¹⁰, Manuel Gómez Orea¹¹, Alfonso de Alfonso Bozzo¹², César Sempere Rodríguez¹³, entre otros¹⁴) utilizan de manera indiferente los términos

⁷ Sentencia TC 22/1984/2.

⁸ Sentencia TC 137/1985.

⁹ PILAR DE LA HAZA, después de mantener que la inviolabilidad del domicilio protege el derecho a la intimidad (pág. 812), continúa afirmando que protege el derecho a la intimidad y a la *privacidad* (pág. 813). Posteriormente, vuelve a referirse al derecho a la intimidad (pág. 815), y aparece el término *vida privada* (pág. 816) y *vida privada social* —este último relacionado con la citada Sentencia TC 137/1985— (pág. 818) (en *Observaciones...*).

¹⁰ Aunque en un momento de su trabajo se refiere a la vida privada (pág. 48), afirma, posteriormente, apoyándose en la Sentencia TC 22/1984, que «el bien jurídico protegido por el artículo 18.2 CE es la intimidad, la vida privada». (En *Inviolabilidad...*, pág. 52). Idea que reiterara posteriormente, en *Límites...*, pág. 2271.

¹¹ Para un importante sector de la doctrina el bien jurídico que se trata de proteger es la *intimidad personal*, o la libertad de la voluntad, en suma, como señala MANUEL GÓMEZ OREA —por boca de JOSÉ M. SERRANO—, «la inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental derivado a la vida privada y a la intimidad personal» [en «El derecho de las personas jurídicas a la inviolabilidad del domicilio y la actuación de la Inspección de Trabajo», *RL*, 9 (1991), pág. 114], aunque posteriormente se centrará en la *intimidad*. JOSÉ M. SERRANO mantendrá esta misma posición en su *comentario...* (1985), pág. 366, aunque señale que el derecho sirve, también, a la seguridad personal.

¹² El autor se refiere sucesivamente en su trabajo a la protección del ámbito de *privacidad* (pág. 169), a la conexión existente entre intimidad y *privacidad* (pág. 170) y, finalmente, termina afirmando que el bien jurídico protegido es «la vida privada y la intimidad personal y familiar» (pág. 173), siendo el domicilio un ámbito de *privacidad* (en ALFONSO, BOZZO, A. de: *Sobre...*).

¹³ Para CÉSAR SEMPERE RODRÍGUEZ (*Comentario...*, pág. 440), la inviolabilidad del domicilio es una manifestación concreta de la *intimidad* y de la *vida privada*.

¹⁴ *Id.* también GONZÁLEZ-TREVIANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, págs. 77, 78 y 86; PEDRAZ PENALVA, E.: *El registro domiciliario* en GÓMEZ DE LIAÑO, F. (coord.): *Comentarios sobre la reforma procesal*. Madrid, 1992, págs. 204-205, y pág. 203; SOLER ROCH, M. T.: *Artículo 130* en AMORÓS RICA, N. (dir.): *Comentarios a las leyes tributarias y*

intimidación, vida privada y privacidad. Debe hacerse notar que esa indistinta utilización doctrinal de los términos *vida privada e intimidación* se ha dado también en el Derecho italiano¹⁵, en relación con el artículo 14 de su Constitución, y también, en el ordenamiento constitucional francés¹⁶, en relación con el artículo 66 CF —que garantiza, como se

financieras, vol. II. Madrid, 1983, pág. 51; BARCELONA LLOP, J.: «De la ejecución forzosa de los actos administrativos a la ejecución forzosa de las sentencias contencioso-administrativas (Sentencia 160/1991. Caso: derribo de los edificios del casco urbano de Riaño)», *RAP*, 127 (1992), pág. 207 y, también, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de actos administrativos*. Santander, 1995, págs. 517-518; JUAN LOZANO, A. M.ª: «Inviolabilidad del domicilio y límites materiales de la Ley de Presupuestos. Un pronunciamiento capital del Tribunal Constitucional», *REDF*, 76 (1992), pág. 676; GARCÍA TORRES, J.: Voz «derecho a la inviolabilidad del domicilio», en *EJB*, vol. II. Madrid, 1985, pág. 2154 *in fine*; SANZ GANDESEGUI, F.: «La ejecución de los actos administrativos que requieren entrada domiciliaria», *BIMJ*, 1688 (1993), pág. 148 —extraído del dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 27 de mayo de 1992, del que fue ponente (Ref.: AEH Patrimonio 8/1992). *Selección de Dictámenes de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado 1992*. Madrid, 1993, pág. 220—; JORGE BARRERO, A.: *El allanamiento de morada*. Madrid, 1987, págs. 32-34 y, más recientemente, en su: Voz «allanamiento de morada», en *EJB*, vol. I. Madrid, 1985, pág. 437. El mismo autor de este trabajo ha señalado, erróneamente, que son la intimidación, la vida privada y la esfera privada términos conexos (en *Derecho...*, pág. 5202).

¹⁵ La tesis de COSTANTINO MORTATI y GIULIANO AMATO es que la protección liberal de la inviolabilidad del domicilio amparaba la *intimidación*, mientras que la contemporánea se extiende a los lugares de vida privada. *Vid.* MORTATI, C.: *Istituzioni di diritto pubblico II*, 9.ª ed. Padua, 1976, págs. 1059-1060, y AMATO, G.: «Articolo 14», en AA.VV.: *Commentario della costituzione a cura de GIUSEPPE BRANCA, rapporti civili*. Bolonia, 1977, págs. 54-56, que afirma que el derecho recubre la *intimidación*, la *riservatezza* y el *ius excludendi (ibidem)*, págs. 61-65).

FRANCO BRICOLA, tras distinguir las nociones de vida privada y *riservatezza*, conecta la inviolabilidad del domicilio con la primera y no, como ALESSANDRO PACE, con la segunda (en *Prospettive...*, pág. 1092). FRANCO BRICOLA estima que los artículos 2 y 3 CI constitucionalizan el derecho a la vida privada (*ibidem*, pág. 1099). Por su parte, ALESSANDRO PIZZORUSSO estima que el derecho a la *riservatezza* es un principio constitucional, pese a que no se encuentre expresamente contenido en la CI (en *Sistema Istituzionale del Diritto pubblico italiano*. Nápoles, 1988, pág. 424). La noción de *riservatezza* manejada por ALESSANDRO PACE en su *Problematica...*, págs. 212-213 es cercana a la presentada en este trabajo de la vida privada. *Vid.*, también, BALDASSARRE, A.: *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*. Roma, 1974.

¹⁶ En la Decisión CCF 76-75 DC, relacionada con registros realizados en vehículos, el Consejo declara que es objeto de protección la *intimidación* de la *vida privada* y no la inviolabilidad del domicilio (ya que el automóvil no es domicilio constitucional). La Sentencia puede consultarse en FAVOREU, LOUIS y PHILIP, L.: *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 7.ª ed. París, 1993, pág. 342 (con un comentario en págs. 343-354, especialmente, págs. 349-350), o en FAVOREU, L. (ed.): *Recueil de jurisprudence constitutionnelle (1959-1993)*. París, 1994, págs. 45-46. Se han hecho eco de tal Decisión, entre otros, RENOUX, T.: *Le Conseil Constitutionnel et l'autorité judiciaire*. París, 1984, pág. 519-521; FAVOREU, L.: *Le Conseil...*, págs. 411-425; LUCHAIRE, F.: *La protection...*, pág. 86; RIVERO, J.: «Liberté individuelle et fouille des véhicules (note sous la décision du 12 janvier 1977)», en su libro *Le Conseil Constitutionnel et les libertés*.

ha visto en páginas anteriores, la libertad individual, incluyendo en ella la inviolabilidad del domicilio—.

Otros autores, como Fernando Herrero-Tejedor¹⁷, entienden que el bien jurídico protegido por el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio es la «*privacidad*».

Pedro J. González-Trevijano entiende, por su parte, que la inviolabilidad del domicilio protege la *vida privada* más que la *intimidad*¹⁸. Del mismo parecer se encuentran también muestras en la doctrina italiana¹⁹ —en relación con el artículo 14 CI—, france-

París, 1984, pág. 74 y HAMON, L. y LÉAUTÉ, J.: «Note sous la Décision 75 DC du Conseil Constitutionnel», *Recueil Dalloz Sirey* 13 (1978), págs. 173-177. En todo caso, el Consejo Constitucional «ha afirmado el carácter esencial de la libertad individual», incluyendo dentro de ella la inviolabilidad del domicilio y ciertos aspectos del derecho al respeto de la vida privada» (en GENEVOIS, B.: *La jurisprudence...*, pág. 194).

¹⁷ HERRERO-TEJEDOR, F.: *Honor, intimidad y propia imagen*. Madrid, 1990, pág. 72 y FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *El sistema constitucional español*. Madrid, 1992, pág. 221. ÁNGEL L. ALONSO DE ANTONIO entiende que la inviolabilidad del domicilio protege no la *privacidad* entendida como intimidad, lo que se proyecta en un derecho-autonomía, sino la libertad y seguridad como autonomía e independencia y desarrollo de la personalidad (en *El derecho...*, págs. 81-82). Ahora bien, parece claro que lo que el autor quiere significar es que el derecho fundamental en examen ampara la *privacy* —en su contenido propio, que será examinado más adelante, en este mismo capítulo— y no la intimidad.

¹⁸ Si bien el autor hace notar la vinculación que existe entre el derecho a la intimidad (y a la protección de la vida privada) y la tutela de la libertad domiciliaria (fundamentación más acertada de la protección de la inviolabilidad de domicilio en la Constitución de 1978, para GONZÁLEZ-TREVIJANO, en *La inviolabilidad...*, pág. 58), posteriormente se refiere, como bien jurídico protegido por el derecho, a la *vida privada* (págs. 59, 180 y, especialmente, págs. 129-130). En estas últimas páginas, el autor parece asimilar las ideas de vida privada y *privacidad*. Más adelante se verá como tales nociones, si bien son próximas, no son enteramente coincidentes. *Vid.* la sentencia TS Ar. 1995/5159/3b.

También entienden que la inviolabilidad del domicilio protege la vida privada PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (*El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid, 1990, pág. 81 o «El derecho a la intimidad», en AA.VV.: *Honor, intimidad y propia imagen*. Madrid, 1993, pág. 34), ÁNGEL BAENA AGUILAR (en *El domicilio Tributario en Derecho español*. Pamplona, 1995, pág. 30 y ss.) y MARCOS F. MASSO GARROTE (en «Nota jurisprudencial sobre los aspectos constitucionales de la inviolabilidad del domicilio a la luz de la nueva regulación procesal y material», *RCG*, 29 (1993), pág. 149). Aunque existe una cierta confusión terminológica en el trabajo de CÉSAR SEMPERE RODRÍGUEZ, parece que el autor se decanta también hacia una protección extensiva de la vida privada, que se configura no como un derecho-autonomía, sino como un derecho de desarrollo integral de la persona (en *Comentario...*, págs. 440 y 442).

¹⁹ Son partidarios de una concepción amplia de domicilio, conectada con la vida privada, CARETTI, P.: Voz «Domicilio (libertà di)», en *DDP*, vol. V. Turín, 1990, pág. 322; DOSI, E.: «Inviolabilità del domicilio ed accesso degli ispettori del lavoro ai cantieri delle imprese (osservazione alla sentenza 10/1971)». *GC*, 1971, pág. 62 —con base en la sentencia TCI 10/1971, de 2 de febrero, *GC*, 1971, pág. 56 y ss., que comenta—; MARTINES, T.: *Diritto costituzionale*. Messina, s.f., pág. 481; BARILE, PAOLO y CHELI, ENZO:

sa²⁰ —en relación con el artículo 66 CF— y alemana²¹ —en relación con el artículo 13 LFB—. Debe hacerse notar que a pesar de esa indistinta utilización terminológica, todos los autores citados conectan esos términos al contenido constitucional que el Tribunal Constitucional ha dado a la *intimidad*, como ámbito de reserva frente a intrusiones en la misma.

Por último, otros autores entienden que la inviolabilidad del domicilio protege el bien jurídico «*intimidad*». Éste es el caso de Tomás Quintana López²², Ricardo García Macho²³, Pablo Lucas Verdú²⁴, Ra-

«Domicilio (libertà di)», *ED*, vol. XIII, Varese, 1964, pág. 863 y AMATO, GIULIANO: *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*. Milán, 1976, pág. 301. Aunque referido a la vida privada, la concepción del domicilio constitucional que presenta TEUCRO BRASIELLO parece más bien restrictiva [en Voz «Domicilio (violazione di)», en *NDI*, vol. VI, pág. 36].

Algunos constitucionalistas italianos ven el engarce entre la garantía constitucional contenida en el artículo 14 CI y la vida privada en la tipificación penal del delito de interferencia en la vida privada (artículo 615 bis del Código Penal italiano). Son de esta opinión, MARTINES, T.: *Diritto...*, pág. 481 y BARILE, P.: *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. Bolonia, 1984, pág. 154. No obstante, ALESSANDRO PACE ha puesto de manifiesto como el bien jurídico protegido por el mencionado precepto penal, la riservatezza, no está recogido en la Constitución italiana (en PACE, A.: *Problematika delle libertà Costituzionali. Parte speciale*, 2.ª ed. Padua, 1992, pág. 229, nota 10).

²⁰ En relación con el Derecho francés, algunos autores vinculan libertad individual y vida privada (como se señala en GENEVOIS, B.: *La jurisprudence...*, pág. 209. *Vid.*, también, FAVOREU, L. y PHILIP, L.: *Les grandes...* (1986), pág. 613 y LUCHAIRE, F.: *La protection...*, pág. 382, aunque este último examinará posteriormente el domicilio dentro del epígrafe *protección de la intimidad*, pág. 96. En relación con el domicilio, y partiendo de una visión del derecho conectado con la *vida privada*, se dirá, en la órbita del Derecho francés, que «el domicilio es el cuadro esencial de la vida privada» (AUBY, J.-M. y AUBY, J.-B.: *Droit...*, 1989, pág. 155), es el «abrigo de la vida privada de cada uno» [ROBERT, J.: *Libertés publiques*. París, 1971 (mise à jour au 1.º septembre 1973), pág. 252], o es «otro aspecto de la vida privada» (LUCHAIRE, F.: *Le Conseil...*, pág. 196). Sobre el contenido de la vida privada, debe consultarse LINDON, R.: *Dictionnaire juridique sur les droits de la personnalité*. París, 1983, pág. 261-270.

²¹ *Vid.*, por todos, MAUNZ, T.: «Artikel 13», en MAUNZ, T. y DÜRING, G. (dirs.): *Grundgesetz Kommentar*. Band II. Múnich, 1986, pág. 13-4.

²² En puridad, este autor va más lejos. Señala que el derecho recogido en el artículo 18.2 CE se enmarca «dentro del más amplio derecho a la intimidad» [en «La autorización judicial: Garantía de la inviolabilidad de domicilio y límite de la ejecución forzosa de los actos administrativos», *REVL*, 224 (1984), pág. 543].

²³ GARCÍA MACHO, R.: *La inviolabilidad...*, pág. 857. Esta protección se obtiene para el autor amparando —a través del domicilio— una esfera de vida privada o elemental (*idem*) (aunque también se refiera a la *privacidad*, en relación con el derecho alemán en la pág. 859). También EDUARDO ESPÍN TEMPLADO se refiere a la protección de la vida personal (equivalente, en contenido a la intimidad), en *Fundamento...*, pág. 43.

²⁴ LUCAS VERDÚ, P.: «Voz “inviolabilidad del domicilio”», en *NEJ*, tomo XIII, pág. 670.

món Casas Vallés²⁵ y Bartomeu Colom Pastor²⁶, y de algunos autores italianos²⁷ y franceses²⁸.

En fin, es también interesante la posición de José Lorca Martínez²⁹, que entiende que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio garantiza la *intimidad* de la persona física o la *vida privada* de la persona jurídica.

Del análisis jurisprudencial y doctrinal que se acaba de realizar puede deducirse que no es aún hoy pacífica la determinación del bien jurídico protegido por la inviolabilidad del domicilio. Si bien algunos bienes jurídicos que, en ocasiones anteriores, se habían conectado con la inviolabilidad del domicilio (propiedad, libre elección de residencia o libertad personal) parecen ya no estarlo hoy, existen dudas sobre otros bienes materialmente cercanos (*intimidad, vida privada, privacidad*), pero quizás diferentes entre sí.

²⁵ CASAS VALLÉS, R.: «Inviolabilidad domiciliaria y derecho a la intimidad», *RJC*, 1 (1987). Precisamente, este trabajo trata de examinar el alcance del derecho a la intimidad en relación con las personas jurídicas —comparando las Sentencias 22/1984 y 137/1985, ambas del Tribunal Constitucional—, y parece confundir las nociones de vida privada e intimidad en la nota 1 de la página 170.

²⁶ En «Autorización judicial a la Administración e inviolabilidad de domicilio», *REDA*, 40-41 (1984), pág. 256. El autor cita, en su apoyo, la posición expresada en la misma línea por JORGE DE ESTEBAN y LUIS LÓPEZ GUERRA (en *El régimen constitucional español*, vol. I. Barcelona, 1980, pág. 159).

²⁷ Así, algunos autores hacen referencia a la protección de los lugares íntimos (BARRILE, P. y CHELI, E. *Domicilio...*, pág. 859), o identifican el domicilio como el lugar en el que se desarrolla en gran medida el derecho a la intimidad (Bozzi, A.: *Istituzioni...*, pág. 444). CARLO E. TRAVERSO señala, por su parte, que la inviolabilidad del domicilio tiene su origen en la exigencia de poderse sustraer, en una palabra, a las percepciones sensoriales de los demás (en *La nozione...*, pág. 592. *Vid.*, en sentido cercano, AMATO, G.: *Articolo...*, págs. 57-58).

²⁸ *Vid.*, entre otros, ROCHE, J.: *Libertés publiques*, 6.^a ed. París, 1981, pág. 67; ROCHE, J., y POUILLE, A.: *Libertés publiques*, 9.^a ed. París, 1990, pág. 81, donde se afirma que con la inviolabilidad del domicilio se protege la intimidad, seguridad y propiedad; HAURIQU, A.; GICQUEL, J. y GÉLARD, P.: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, 2.^a ed. Barcelona, 1980, pág. 226, donde se vinculan los derechos de protección familiar a la finalidad de salvaguardar la intimidad; DUVERGER, M.: *Droit Public*, 6.^a ed. París, 1971, pág. 172, que, vinculando la garantía domiciliaria con las libertades físicas, señala como aquélla garantiza la intimidad del domicilio (*sic*). En sentido cercano, *vid.* ROBERT, J.: *Libertés...*, pág. 159 y MORANGE, J.: *Libertés publiques*. Vendôme, 1985, pág. 153.

²⁹ LORCA MARTÍNEZ, J.: «Una aproximación al artículo 21 de la Ley de Seguridad Ciudadana», *LL*, año XIII, n.º 3075, pág. 2.

2. LA EXCLUSIÓN DE ALGUNOS BIENES JURÍDICOS

2.1. La propiedad

Uno de los puntos donde existe mayor consenso tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional y extranjera cuando tratan de determinar el bien jurídico protegido por la inviolabilidad del domicilio, ha sido el de la exclusión de los derechos reales, en general, y, del derecho de propiedad, en particular.

Ese consenso, como se verá en las siguientes líneas, no se da en el derecho americano, pero sí en la doctrina y jurisprudencia constitucionales francesa, italiana, alemana y española. Además, la jurisprudencia penal de nuestro país llega —en relación con el allanamiento de morada— a una solución similar.

Puede afirmarse que, en el momento en que se dictó la IV Enmienda americana (1791), ésta tenía por finalidad primordial proteger la propiedad³⁰. Esa defensa liberal de la propiedad es, además, típica formulación del ordenamiento constitucional norteamericano, donde, tradicionalmente, se confunden las garantías de la libertad y de la propiedad³¹. No obstante, la evolución de la interpretación por parte del Tribunal Supremo, ha hecho de la Enmienda un texto polivalente, que incluye, simultáneamente en sí, protección de la *libertad personal*, de los derechos de defensa y, también, en alguna medida³², de la propie-

³⁰ Como ya se ha indicado, la IV Enmienda quiere acabar con los mandamientos generales que tuvieron que soportar los colonos americanos. La mayor parte de éstos, pretendían embargar la propiedad (BURGESS, J. W.: *Ciencia Política y Derecho Constitucional. Soberanía y libertad*. Madrid, 1922, pág. 240).

³¹ Por todos, el clásico trabajo de SAMUEL D. WARREN y LOUIS D. BRANDEIS, «The right to privacy», *HLR*, 1890 —december—, pág. 193 (del que hay reciente edición en castellano —traducción de PILAR BASELGA y estudio introductorio de BENIGNO PENDÁS: *El derecho a la intimidad*. Madrid, 1995—), donde afirman «que los individuos tendrán plena protección de su persona y de su propiedad es un principio tan viejo como el *common law*». Con tal fundamento, pretende impedirse en el Reino Unido que el rey dicte normas tributarias y penales, tarea que se intenta reservar el parlamento (principio de legalidad en materia de libertad y propiedad) [PRIETO SANCHÍS, L.: «El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución española», en *ADH*, 2 (1983). Madrid, 1983, pág. 403].

³² Es especialmente significativa la Sentencia Boyd v. US [116 US 616, (1886)], donde el Tribunal Supremo declara inconstitucional el descubrimiento forzado de papeles (y la Ley en que se apoyaba el acto singular), por vulneración del conjunto de las Enmiendas IV y V (esta última sobre el derecho a no autoincriminarse) [el texto de la sentencia en ALLEN, R. J. y KUHNS, R. B.: *Constitutional...* (1985), pág. 374 y ss.].

dad. No obstante, debe hacerse notar que la primera jurisprudencia norteamericana, más propicia a proteger la propiedad a través de la IV Enmienda, ha sido, en ocasiones, superada (Sentencias *Warden y Katz*)³³. En todo caso, la cuestión no puede darse por resuelta³⁴.

Sí que puede afirmarse, por el contrario, que la Enmienda XIV, que extiende la IV Enmienda a la actuación de los Estados miembros de la federación americana, no protege en ningún caso la propiedad³⁵.

En relación con el ordenamiento constitucional francés, es necesario recordar que la inviolabilidad del domicilio es una vertiente que conforma la libertad individual constitucionalmente garantizada (artículo 66 CF). Este precepto no permite, en principio, elaborar un nexo de conexión entre propiedad e inviolabilidad del domicilio. En efecto, debe hacerse notar que la relación entre libertad individual y propiedad es prácticamente desconocida por la jurisprudencia y doctrina francesas. Constituye una excepción la Sentencia Barinstein del Tribunal de Conflictos³⁶, donde se afirma que las medidas que examina «atentan contra la inviolabilidad del domicilio y por consiguiente contra la libertad individual, así como contra el respeto del derecho de

³³ En *Warden Maryland Penitentiary v. Hayden* —387 US 294 (1967)—, el Tribunal Supremo afirma «que el principal objeto de la IV Enmienda es la protección de la *privacy* antes que de la propiedad» (el texto está recogido en CORWIN, E. S.: *La Constitución...*, pág. 399 y ss. —cita, pág. 401—). En la Sentencia *Katz v. US* [389 US 347 (1967)] se cuestiona ante el Tribunal Supremo la constitucionalidad de una prueba obtenida interceptando y grabando una conversación telefónica, realizada desde una cabina pública. En la Sentencia, el Tribunal afirma que, como «la IV Enmienda protege personas —y no simplemente lugares— contra los registros y embargos irrazonables, parece claro que la afectación de la IV Enmienda no se ve alterada por la presencia o ausencia de intrusiones físicas en un entorno cerrado» (el texto de la Sentencia se extrae de la obra antes citada, pág. 431). Sobre el avance de la Sentencia *Katz*, *vid.* ROPPO, E.: «I diritti della personalità», en CAPPELLETTI, M. (director de la ed.): *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, tomo I, Milán, 1985, pág. 104; y RIGAUX, F.: «L'élaboration d'un "right to privacy" par la jurisprudence américaine», *RIDC*, 4 (1980), págs. 704-705. Sobre la importancia de ambas Sentencias, *vid.* PACE, A.: *Problematica...*, pág. 217-218.

³⁴ En efecto, como JEROLD H. ISRAEL y WAYNE R. LAFAVE han observado, «muchas de las primeras decisiones basadas en la propiedad no son revocadas por *Katz*» [en *Criminal...* (1988), pág. 59]. Sobre las relaciones entre *privacy* y propiedad, *vid.*, también, ACKERMAN, B.: «Liberating Abstraction». STONE, GEOFFREY R.; ESTEIN, RICHARD A. y SUNSTEIN, CASS R. (eds.): *The Bill...*, pág. 345.

³⁵ *Vid.*, en este sentido, FUNSTON, R.: *A vital seminar: The Supreme Court in American Political Life*. California, 1978, pág. 202.

³⁶ Sentencia de 30 de octubre de 1947. Se cuestiona la validez de un Decreto de 1945, en el que el Gobierno autoriza a la Administración a ejecutar por sí misma las órdenes de embargo (*réquisitions*) en viviendas.

propiedad»³⁷. Esta Sentencia, anterior a la Constitución de 1958, se basa en el viejo principio del derecho francés que sitúa a la autoridad judicial como guardián de la libertad individual y de la propiedad³⁸.

No obstante, el artículo 66 CF ha garantizado solamente la libertad individual y no la propiedad. Esta interpretación se apoya no sólo en el tenor literal del precepto examinado, sino también en la doctrina³⁹ y en la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés. En efecto, éste último ha señalado expresamente que el artículo 66 CF no protege la propiedad⁴⁰.

La doctrina italiana ha rechazado de modo expreso⁴¹ el que sea legítimo invocar el artículo 14 CI, que reconoce la inviolabilidad del

³⁷ Extraído de RENOUX, T.: *Le Conseil...*, pág. 509. La Sentencia ha sido comentada por MESTRES (*RDS*, 1948, III, pág. 1), *PLJ* (*RDS*, 1947, pág. 476), WALINE (*RDP*, 1948, pág. 46) y FREJAVILLE (*JP*, II, 1947, pág. 3966). Entre otros, GIULIANO AMATO recuerda —por boca de P. GROSSI— que el concepto de domicilio se ha conectado, en un primer momento, con «los intereses más íntimos de la persona» y con «el concepto de propiedad», pasando a proteger con el Estado constitucional la *intimidad* (en *Articolo...*, págs. 54-55).

³⁸ RENOUX, T.: *Le Conseil...*, pág. 509, atribuyéndolo a LOUIS FAVOREU y LOÏC PHILIP (en la nota 10 de su trabajo). Esta construcción es coherente con la unión, propia del Estado liberal, de la libertad individual con la libertad económica (especialmente con la propiedad) (BERTI, G.: *Interpretazione Costituzionale*. Padua, 1990, pág. 397). En el mismo sentido, PACE, A.: *Problematica...*, pág. 216.

³⁹ De forma excepcional, *vid.* ROCHE, J.: *Libertés...*, pág. 67; y ROCHE, J. y POUILLE, A.: *Libertés...*, pág. 81, donde se afirma que la protección del domicilio es instrumental para la protección de la *intimidad*, seguridad y *propiedad* (el subrayado pertenece a este trabajo). Sostienen que la inviolabilidad del domicilio no protege la propiedad COLLARD, C.-A.: *Libertés...*, pág. 379 y RIVERO, J.: *Liberté...*, pág. 74. *Vid.*, también, FAVOREU, L. y PHILIP, L.: *Les Grandes...* (1986), pág. 613 y con carácter general, BADINTER, R. y GENEVOIS, B.: «Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux», *RFDA*, 3 (1990), pág. 331.

La inviolabilidad del domicilio hoy está garantizada en Francia a través del artículo 66 CF y no como principio fundamental reconocido por las leyes de la República (disiente JAVIER BARCELONA LLOP, en *Ejecutividad...*, pág. 479. *Vid.*, también, en este punto, FAVOREU, L.: «Le Conseil Constitutionnel et la protection de la liberté individuelle et de la vie privée (a propos de la décision du 12 janvier 1977 relative à la fouille des véhicules)», en AA.VV.: *Études offertes a Pierre Kayser*. París, fotocopia sin fechar, pág. 415, donde se refiere a la libertad individual como principio de valor constitucional, para añadir después que, de acuerdo con el artículo 66 CF, tiene valor constitucional —pág. 416—).

⁴⁰ Decisión 85-189 DC, de 17 de julio de 1985, que puede ser consultada en el reciente *Recueil...*, pág. 224 y ss., editado por LOUIS FAVOREU (quien comentó la Sentencia en la *RDP*, 1985, pág. 395). FRANÇOIS LUCHAIRE ha insistido, con base en esta Decisión, en que el artículo 66 CF no protege la propiedad (en *La protection...*, pág. 381). *Vid.* también, en el mismo sentido, la pág. 86 de la misma obra.

⁴¹ Aunque para ALESSANDRO PACE, ello no signifique que el legislador, a través de la tipificación del allanamiento de morada (artículo 614 del CPI) no pueda estar garantizando también la propiedad u otros derechos patrimoniales (en «Zone protette e “one-ri” dei visitatori (tra funghi e libertà)», *LR*, 1987, pág. 1081. *Vid.* también CUOCOLO, F.: *Istituzioni di Diritto pubblico*, 3.^a ed. Milán, 1983, pág. 632).

domicilio, para asegurar la propiedad⁴². No existe tampoco jurisprudencia constitucional que haya realizado tal conexión⁴³.

Tampoco el artículo 13 LFB, que igualmente reconoce la inviolabilidad del domicilio, protege como ha puesto de manifiesto lo mejor de la doctrina, la propiedad⁴⁴.

En relación con el Derecho constitucional español, son contadas las referencias doctrinales⁴⁵ que enlazan la inviolabilidad del domicilio con la propiedad y, sin embargo, son abundantes las ocasiones en las que la doctrina⁴⁶ y la jurisprudencia han desechado tal vinculación. Especialmente relevante ha sido la importante⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de diciembre de 1982⁴⁸, en la que se afirma que la protección ofrecida por la inviolabilidad del domicilio en concreto, y por los derechos recogidos en el artículo 18 CE, en general, «no se proyecta sobre los bienes materiales en sí, no puede esgrimirse en resumen en defensa de la propiedad al no ser ésta bien jurídico protegido por ese abanico de derechos»⁴⁹. Y ello es así incluso respecto de

Una tesis dividida en relación con el allanamiento de morada en el Derecho italiano ha sido la recogida por TEUCRO BRASIELLO. Dicha tesis diferenciaría las entradas y permanencias forzadas —que atacarían la libertad individual— de las clandestinas —que vulnerarían la propiedad o el orden público— (*Voz Domicilio...*, pág. 180). El mismo autor rechaza tal posibilidad, entendiendo que las lesiones del orden público y de la propiedad o la posesión son eventuales (*idem*).

⁴² Entre los autores que niegan que la inviolabilidad del domicilio tutele la propiedad, BARILE, P. y CHELI, E.: *Voz Domicilio...*, pág. 860; PACE, A.: *Problematica...*, pág. 216. *Vid.* también la bibliografía citada por PEDRO J. GONZÁLEZ-TREVIJANO en su libro, *La inviolabilidad...*, pág. 88, nota 91. Sí que conecta la inviolabilidad del domicilio con la propiedad P. VIRGA, quien entiende que aquel derecho no es más que el *ius prohibendi* que compete al titular de la propiedad o de la posesión de la habitación o morada (extraído de LUCAS VERDÚ, P.: *Voz...*, pág. 669).

⁴³ P. J. GONZÁLEZ-TREVIJANO cita, a favor de la tesis defendida, la Sentencia del Tribunal de Casación (de 2 de julio de 1949), donde se afirma que la inviolabilidad del domicilio no protege la propiedad, sino la manifestación pacífica, tranquila y segura de la vida privada (en *La inviolabilidad...*, págs. 88-89).

⁴⁴ MAUNZ, T.: *Artikel...*, pág. 13-8.

⁴⁵ Entre ellas, destaca la de CARLOS RUIZ DEL CASTILLO, cuando afirma que puede considerarse la morada como un complejo de derechos de propiedad y de derechos de soberanía, como señala ÓSCAR ALZAGA VILLAAMIL (en su *Comentario...*, pág. 208).

⁴⁶ *Vid.*, por todos, ALONSO DE ANTONIO, Á. L.: *El derecho...*, pág. 65; GARCÍA MACHO, R.: *La inviolabilidad...*, págs. 858-859; LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, pág. 37 y QUINTANA LÓPEZ, T.: *Un paso...*, págs. 150-151.

⁴⁷ Importancia que radica en que el recurso presentado contra esta resolución, va a dar lugar a la (también relevante) Sentencia TC 22/1984, donde se analizará cómo acomodar la prerrogativa de la ejecutoriedad de los actos administrativos a la exigencia constitucional del respeto de la inviolabilidad del domicilio.

⁴⁸ Sentencia TS Ar. 1982/7911/3.

⁴⁹ En el mismo sentido, LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, págs. 53-54.

los lugares de dominio público que sirven, a la vez, como domicilios constitucionales. Esta idea ha sido correctamente resaltada por la Sentencia TS de 15 de marzo de 1990⁵⁰, en la que se cuestiona si vulnera la inviolabilidad del domicilio la entrada realizada por funcionarios de la Demarcación de Costas del MOPU en una residencia cerrada y vallada donde habita el recurrente y su familia, en el ejercicio de sus funciones de policía, para sustituir los mojones de la Zona Marítima Terrestre. El Tribunal estima que el derecho fundamental ha sido, efectivamente, vulnerado, porque:

«Independientemente de quién sea el titular dominical de un inmueble, lo que se protege al proclamar el derecho a la inviolabilidad de domicilio es el ámbito material en el que la persona, propietaria o no, desarrolla habitualmente su vida privada, de modo que, salvo el caso extremo del flagrante delito, sólo el consentimiento del interesado o la autorización judicial permiten la entrada legal en dicho ámbito»⁵¹.

El mismo Tribunal Constitucional español ha señalado⁵² que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio no tiene nada que ver con la propiedad del domicilio, y no puede verse menoscabada por la subasta judicial de un piso.

Hasta aquí se ha puesto de manifiesto como en ningún ordenamiento de los analizados (con la excepción, como ya se hizo notar, del caso norteamericano⁵³), se vincula la protección de la inviolabilidad del domicilio con la propiedad.

Es cierto que entre ambos derechos existen ciertas conexiones. Así, normalmente, cuando se vulnera la inviolabilidad del domicilio se suele vulnerar también el *derecho* de propiedad⁵⁴. Pero también es cierto

⁵⁰ Sentencia TS Ar. 1990/3522, citada por LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, J. F.: «El juez de instrucción como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio frente a la Administración (comentario jurisprudencial a la STC de 18 de mayo de 1992)», *RAP*, 130 (1993), págs. 249-250.

⁵¹ *Ibidem*, pág. 250.

⁵² Auto TC 404/1984/2, de 27 de junio. *Vid.*, también, el Auto TC 641/1984/2, de 7 de noviembre.

⁵³ La jurisprudencia americana indica que, por ejemplo, el arrendador no tiene capacidad para autorizar la realización de inspecciones en un local arrendado, ni siquiera cuando el contrato de arrendamiento le faculta a él para realizarlas [Sentencia Chapman v. US, 365 US 610 (1961)]. *Vid.*, en relación con estas cuestiones, LAFAYE, W. R. y ISRAEL, J. H.: *Criminal Procedure*, 2.ª ed. St. Paul, 1992, pág. 242.

⁵⁴ Ello explica que en el caso de que se penetre en una morada con el objeto de robar no se sume a tal delito (de robo en casa habitada) el de allanamiento de morada. En efecto, el tipo de robo en casa habitada subsume ya en sí el allanamiento, como se deduce de las Sentencias TS Ar. 1974/2444/4 y Ar. 1970/5295/2, que superan, en este

que estos dos derechos (inviolabilidad del domicilio y propiedad) se distinguen en su contenido. Puede observarse, en efecto, que el derecho a la propiedad resulta atacado cuando al propietario se le arrebatara el bien sobre el que recae su dominio, o se le impide ejercer su derecho sobre él. La inviolabilidad del domicilio es vulnerada sin que se ponga en peligro necesariamente la propiedad del bien. Tanto es así que es posible, de un lado, que el titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio no sea propietario del mismo⁵⁵; y, de otro, y desde la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo, que sea el propietario quien vulnere tal derecho en bienes propios (pero que son, al tiempo, moradas ajenas)⁵⁶.

2.2. La libre elección de residencia

El único ordenamiento europeo en el que aparecen conectadas la inviolabilidad del domicilio y la libre elección de residencia es el francés. La Sentencia Barinstein del Tribunal de Conflictos de 30 de octubre de 1947 afirmó que la libertad del domicilio y su inviolabilidad son aspectos de la libertad individual⁵⁷. Un amplio sector de la doctrina francesa se ha hecho eco de tal jurisprudencia, entendiendo que

punto, la Ar. 1965/5028/ún. En conclusión, el delito de allanamiento de morada no protege la propiedad, mientras que el delito de robo en casa habitada grava, junto al delito contra la propiedad, el coste para la seguridad (y quizás la libertad) de los habitantes.

⁵⁵ En este sentido debe recordarse como en abundantes y recientes Sentencias TS se ha mantenido que el allanamiento de morada no protege ni la propiedad en concreto, ni derechos reales en general (*vid.*, en este sentido, las Sentencias TS Ar. 1994/0040/1 y Ar. 1991/1745/2). Tampoco las garantías previstas en el artículo 554.2 LECr pretenden garantizar la propiedad, como ponen de manifiesto las Sentencias TS Ar. 1994/7618/6; 1993/6705/1; 1993/6152/2 y 1992/2363/2, dictadas en relación con diligencias de entrada y registro.

⁵⁶ Estas dos posibilidades no son necesariamente excluyentes, sino que pueden ser complementarias. En varias ocasiones, el Tribunal Supremo ha estimado que la entrada del propietario en un inmueble propio que era, al tiempo, morada ajena, merecía la tipificación de allanamiento de morada (Sentencias TS Ar. 1971/3652/ún., Ar. 1968/0891/ún., Rec. 1875/0171/1, Rec. 1874/0001/1 y Rec. 1891/0071/2 —esta última relacionada con un despido laboral—). En otras ocasiones, y en una jurisprudencia criticable como veremos más adelante, el Tribunal ha entendido que la acción arriba descrita constituía un mero delito de coacciones (Sentencias TS Rec. 1923/0152/ún., Rec. 1918/0119/2 y Rec. 1908/0080/ún.). *Id.*, también, finalmente, la Sentencia TS Ar. 1991/1745/2, en la que se indica que la titularidad dominical del piso de la mujer separada por parte del marido es irrelevante.

La misma idea ha sido puesta de manifiesto en el ordenamiento constitucional italiano (*vid.*, por todos, NACCI, P. G.: *Libertá...*, pág. 53).

⁵⁷ Sentencia citada en páginas anteriores, donde se cuestiona la validez del un Decreto de 1945, por el que el Gobierno autorizaba a la Administración a ejecutar por sí

la libertad del domicilio se descompone en la libertad de elección del domicilio y la inviolabilidad del mismo⁵⁸, y el propio Consejo Constitucional francés ha optado por un concepto amplio de libertad individual, que incluye, junto a la inviolabilidad del domicilio, la libre elección del mismo.

Pero aun en esta hipótesis, y para el supuesto analizado, es posible distinguir materialmente inviolabilidad del domicilio y libre elección de residencia. La primera se protege de injerencias o invasiones en el domicilio íntimo, expresándose en una facultad que exige la no invasión del Estado (o, en su caso, de terceros). La segunda garantiza el desarrollo de la vida de una persona en el lugar de su preferencia, mostrándose como una facultad activa del titular frente a los demás sujetos (ya sean públicos o privados). Ello explica que su desarrollo legislativo en Francia sea también distinto⁵⁹.

Más nítida es la distinción de ambas figuras en otros ordenamientos constitucionales. Así, por ejemplo, en el caso italiano, la inviolabilidad del domicilio y la libre elección de residencia se recogen de forma autónoma en el Texto constitucional⁶⁰ y la independencia de una y otra ha sido atinadamente observada por la doctrina⁶¹.

misma las órdenes de embargo (*réquisitions*) en viviendas. Citada por FRANÇOIS LUCHAIRE (en *Le Conseil Constitutionnel*. París, 1980, pág. 196).

⁵⁸ Vid. AUBY, J.-M. y AUBY, J.-B.: *Droit Public*. 10.^a ed. París, 1989, pág. 155, en el mismo sentido, COLLIARD, C.-A.: *Libertés...*, pág. 379; ROCHE, J.: *Libertés...*, pág. 67; ROCHE, J. y POUILLE, A.: *Libertés...*, pág. 81; y ROBERT, J.: *Libertés...*, pág. 159 y ss. (los dos últimos autores citados añaden a éstas el libre uso del mismo).

⁵⁹ La inviolabilidad del domicilio se garantiza en el Código Penal a través de la tipificación del delito de allanamiento de morada (artículo 226.4 CPF). Por su parte, la libre elección de residencia se desarrolla en los artículos 102 y siguientes del Código Civil. Esta libre elección de residencia no solamente permite elegir una, sino también poder cambiar de domicilio. Solamente es punible la inexistencia o ausencia de residencia cuando ésta coincide con la ausencia de medios de subsistencia y con el hábito de no ejercer oficio ni profesión conocida (como señala el artículo 270 del Código Penal) (vid. LUCHAIRE, F.: *La protection...*, pág. 96).

⁶⁰ En efecto, mientras que el artículo 14 CI garantiza la inviolabilidad del domicilio, el 16 CI regula la libre elección de la residencia (junto a la libertad de circulación). Sobre la libertad de residencia en el Derecho italiano MORTATI, C.: «La riforma delle strutture dello Stato nella preparazione dell'Assemblea Costituente e nel corso dei suoi lavori», en su obra *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*. Milán, 1972, pág. 628 y siguientes. Curiosamente, la Constitución italiana también recoge (en su artículo 47) el compromiso que la República asume de favorecer «el acceso del ahorro popular a la propiedad de la vivienda» (la parte entrecomillada proviene de la traducción del citado precepto realizada por DARANAS, M.: *Las Constituciones Europeas*, vol. II, Madrid, 1979, pág. 1230).

⁶¹ Por todos, vid. PACE, A.: *Problematica...*, págs. 215-216.

La distinción entre ambas figuras ha sido positivizada también en la Constitución española de 1978⁶². Ésta garantiza, como ya sabemos, la inviolabilidad del domicilio en su artículo 18.2. La garantía de la libre elección de residencia se contiene, por su parte, en el artículo 19 CE, que afirma, entre otras cosas, que los «españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia...»⁶³. Esta libre elección de residencia se configura, al igual que en Francia, como un derecho en el que su titular desarrolla una actividad (o, si se prefiere, faculta para una acción positiva a sus titulares), en tanto que la inviolabilidad del domicilio supone una garantía frente a actuaciones de otros (en la línea de los clásicos derechos-resistencia).

Esa diferente naturaleza de ambos derechos ha sido defendida de forma unánime⁶⁴ por la doctrina constitucional de nuestro país y explicada de forma acertada por Carlos Ruiz del Castillo, al señalar que «‘[...] es concebible que el Poder público respete la morada que el habitante no ha elegido. En la Edad Media, la población se agrupaba en barrios según afinidades de raza o de religión —la judería, la morería—, o en calles que tomaban sus nombres de los gremios u oficios que en ellas se establecían: caldereros, plateros, tintoreros... Aún resulta obligatorio, en ciertos casos, la residencia en viviendas determinadas a ciertas personas constituidas en autoridad o que tienen a su cargo la custodia de determinados intereses (cajeros de banco, por ejemplo). La inviolabilidad ampara aquí una residencia forzosa’». El Profesor Ruiz del Castillo termina su razonamiento indicando que «‘si la *inviolabilidad* del domicilio constituye garantía de que el hombre es libre en su casa, la *libertad* de domicilio constituye garantía de que el hombre es libre en la ciudad’»⁶⁵.

⁶² La única regulación constitucional conjunta de ambas libertades es la contenida en la Constitución española de 1931, donde el artículo 31 regulaba la libertad de circulación y la libre elección de residencia y domicilio (párrafo primero); el derecho a emigrar e inmigrar (párrafo segundo); el aseguramiento de garantías en la expulsión de extranjeros (párrafo tercero) y la inviolabilidad del domicilio (párrafo cuarto).

⁶³ En relación con la libertad de residencia, *vid.* GONZÁLEZ-TREVIANO, P. J.: *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*. Madrid, 1991.

⁶⁴ Entre los autores que se plantean tal diferenciación, *vid.* ALZAGA VILLAAMIL, Ó.: *Comentario...*, pág. 208; SERRANO, J. M.: *Comentario...* (1985), pág. 367; SOSA WAGNER, F.: «Ejecución forzosa e inviolabilidad de domicilio», *REDA*, 14 (1977), pág. 484; GONZÁLEZ-TREVIANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, págs. 83-85 y ALONSO DE ANTONIO, Á. L.: *El derecho...*, págs. 68-69.

⁶⁵ P. J. GONZÁLEZ-TREVIANO cita en *La inviolabilidad...* (págs. 84-85) el clásico manual de CARLOS RUIZ DEL CASTILLO (*Derecho político*. Madrid, 1934, págs. 196 y 208, para cada uno de los dos párrafos). De aquí no cabe inferir que la inviolabilidad del domicilio tenga menor importancia que la libre elección de residencia (como entienden ciertos sectores de la doctrina penalística citados por el mismo GONZÁLEZ-TREVIANO).

En conclusión, la inviolabilidad del domicilio es un derecho diferente y autónomo en relación con la libre elección de residencia, aunque ambos recaigan sobre objetos cercanos (domicilio y residencia). Es posible, así, que se garantice uno (la inviolabilidad del domicilio) sin que previamente se haya reconocido la otra (libre elección de residencia).

2.3. La libertad personal

Corresponde ahora analizar la relación existente (o, más correctamente, la diferenciación existente) entre la inviolabilidad del domicilio y la libertad personal, entendida ésta como el derecho a excluir cualquier tipo de vínculo que implique custodia o detención del individuo en un determinado recinto⁶⁶.

NO en la nota 83 de la pág. 85, por ser más reducido el objeto sobre el que recaen el uno —el domicilio— y el otro —el territorio—. Cualquier intento de gradación de ambas libertades en razón a su importancia, aunque posiblemente poco útil, debería examinar cuales son los bienes jurídicos que uno y otro garantizan y, en un segundo momento, cual de ellos es más importante.

Sin intentar resolver tal cuestión, sí sería interesante hacer notar como la diferente naturaleza del derecho afecta al régimen del mismo. En efecto, y con la intención de poner un ejemplo concreto de esta afirmación, nótese como la titularidad del derecho de libre elección de la residencia se ve condicionada cuando el titular es extranjero [vid. CEDEIRAS CHECA, R.: «Derechos y libertades de los extranjeros en España», en AA.VV.: *Introducción a los derechos fundamentales* (X Jornadas de Estudio), vol. I. Madrid, 1988, págs. 451-455] o funcionario (vid. Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de 22 de febrero de 1985 y 16 de junio de 1986), algo que no ocurre en relación con la inviolabilidad del domicilio.

⁶⁶ GÁLVEZ MONTES, J.: «Comentario al “Artículo 17”», en AA.VV.: *Comentarios a las leyes políticas* (dirigidos por ÓSCAR ALZAGA VILLAAMIL), vol. II. Madrid, 1984, pág. 383.

La delimitación del contenido de este derecho, instrumental para este trabajo, puede apoyarse en la Sentencia TC 31/1985/2 (de 5 de marzo), donde se afirma que «la libertad personal reconocida en el artículo 17.1 de la Constitución queda vulnerada cuando se priva de ella a una persona sin observar lo dispuesto en el mismo o en casos o forma no previstos en la Ley», en este mismo sentido, vid. GARCÍA MORILLO, J. (en LÓPEZ GUERRA, L.; ESPÍN, E.; GARCÍA MORILLO, J.; PÉREZ TREMP, PABLO y SATÚSTREGUI, M.: *Derecho Constitucional*, vol. I. Valencia, 1991, pág. 199 y ss.). El mismo JOAQUÍN GARCÍA MORILLO ha señalado, recientemente, que el derecho a la libertad personal es «el derecho, constitucionalmente consagrado, de disponer de la propia persona y de determinar la propia voluntad y actuar de acuerdo con ella, sin que nadie pueda impedirlo, siempre que no exista una prohibición constitucionalmente legítima» en *El derecho a la libertad personal (detención, privación y restricción de libertad)*. Valencia, 1995, págs. 42-43. Vid., finalmente, el recientísimo trabajo de JULIO BANACLOCHE PALAO (*La detención personal y sus limitaciones: detenciones y retenciones en el Derecho español*. Madrid, 1996).

Debe comenzarse señalando, que tal diferenciación no se ha dado siempre, sino que, por el contrario, la inviolabilidad del domicilio apareció en el mundo del Derecho para garantizar la libertad personal. Esta afirmación puede constatarse recordando, de forma instrumental, el origen y las primeras formulaciones de la inviolabilidad del domicilio⁶⁷, como son, entre otras, el Decreto número 11 de las Cortes de León de 1188, en el que el Rey Alfonso IX refrenda el derecho a la inviolabilidad de la vida, el honor, el domicilio⁶⁸ y la propiedad⁶⁹ o la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia⁷⁰. En estos textos, la vinculación entre inviolabilidad del domicilio y libertad personal aparece de forma especialmente intensa cuando se regulan materias cercanas al Derecho penal (o mejor, procesal-penal), como son la detención, el registro y el principio de legalidad penal.

Tal relación se muestra claramente en la evolución de la inviolabilidad del domicilio en todos los ordenamientos europeos examinados para la elaboración de este trabajo y, en algunos casos, se muestra también en las formulaciones vigentes del instituto jurídico.

La conexión entre inviolabilidad del domicilio y libertad personal se muestra, por ejemplo, en el vigente ordenamiento norteamericano a través de la IV Enmienda a la Constitución de Estados Unidos —antes citada—, que reconoce que «el derecho de los ciudadanos a la seguridad de las personas, *domicilio*, papeles y efectos contra pesquisas y embargos arbitrarios es inviolable; no se decretará entrada y registro alguno sin motivo fundado y corroborado por palabras de honor o juramentos o sin que se determine el lugar que debe ser objeto de reconocimiento

⁶⁷ Este análisis instrumental no pretende ser exhaustivo. Para una visión general de la evolución histórica de la inviolabilidad del domicilio, *vid.* la bibliografía citada en la nota 6 de la Introducción de este trabajo, *in fine*.

⁶⁸ En el que se afirma: «También juré que ni yo ni nadie entre en la casa de otro por la fuerza, ni haga ningún daño en ella o en su heredad. Y si lo hiciese, pagará el doble del daño al señor de la casa y además al señor de la tierra nueve veces el daño que hizo, si no prometiese derecho como está escrito. Y si acaso matase al dueño o dueña de la casa, será alevoso y traidor. Y si el dueño o dueña o alguien de los que defiendan su casa matase a alguno de aquéllos, no será castigado por homicidio y nunca responderá del daño que les hizo» (extraído de PECES-BARBA, G.: *Textos...*, págs. 22-23. También se encuentra citado en GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, pág. 30).

⁶⁹ *Vid.* OESTREICH, G. y de KARL-PETER, S.: *Pasado y presente de los derechos humanos* (edición de EMILIO MIKUNDA). Madrid, 1990, pág. 30 (el subrayado pertenece a este trabajo).

⁷⁰ «Los autos judiciales generales en los que se mande a un funcionario o alguacil el registro de hogares sospechosos, sin pruebas de un hecho cometido, o la detención de una persona o personas sin identificarlas por sus nombres, o cuyo delito no se especifica claramente y no se demuestre con pruebas, son crueles y opresores y no deben ser concedidos» (trad. de la versión oficial inglesa por PECES-BARBA, G.: *Textos...*, pág. 77).

y las personas o cosas de las que haya de apoderarse»⁷¹. Como es sabido, tal Enmienda fue añadida a la Constitución de 1787 en 1791, en pleno Estado liberal y su no modificación posterior explica su clara vinculación con la libertad personal⁷². Su ámbito de aplicación se centra en la fase de instrucción penal, acogiendo materias tales como la detención o la entrada y registro⁷³. El objetivo perseguido no es otro que la preservación de la libertad del individuo, impidiendo que puedan utilizarse en el procedimiento penal pruebas obtenidas con vulneración de las garantías en la detención o en el registro domiciliario.

Más discutible es si la IV Enmienda despliega también sus efectos sobre procedimientos en los que no se cuestiona, en principio, la libertad personal. Es clara su aplicación a los procesos penales, cuasipenales⁷⁴ y a determinados procedimientos administrati-

⁷¹ Trad. de PECES-BARBA, G.: *Textos...*, págs. 83-84.

⁷² El origen de esta garantía americana se encuentra en el *Common Law* inglés. En este sentido, debe recordarse que el juez Coke señaló en 1641 que es ilegal que un juez de paz irrumpa en la casa de un hombre para realizar un registro por la comisión de un delito o para la búsqueda de bienes robados [como señala SALTZBURG, S. A.: *American...* (1984), pág. 45]. Asimismo, dos Sentencias destacan tempranamente en el Derecho inglés. La primera es la Sentencia Wilkes v. Weed [Lofft 1, 98, Eng. Rep 489 (1763)], cuyo conflicto parte de la emisión de un mandamiento general por parte de Lord Halifax (Secretario de Estado inglés) para arrestar y secuestrar los papeles del autor anónimo de un texto que critica a Jorge III (en concreto, por el impuesto de artículos de comercio interior sobre la sidra). Al mandamiento se suceden registros domiciliarios (por docenas) y varios arrestos. el autor John Wilkes demanda a Halifax (y a sus mensajeros que le persiguen), y el juez Pratt (que más tarde llegará a Lord Camden) apoya la pretensión de Wilkes, aunque entiende que éste ha sufrido un daño menor. El juez Pratt estima que el secretario no tiene autoridad para emitir los mandamientos y que, aunque la tuviera, estos mandamientos serán invalidos por ser generales, y porque invisten de tan amplia discrecionalidad a los mensajeros que pueden ser subversivos en relación con la libertad (*vid. ibidem*, pág. 47). La segunda Sentencia básica en la materia es la ya citada al comienzo de este trabajo: la Sentencia Entick v. Carrington [18 How.St.Trials 1030 (1765)], donde el juez Lord Camden señala que a) ni Halifax ni sus mensajeros tienen autoridad legal para emitir o ejecutar mandamientos y que b) además, éstos se han excedido en la ejecución de tales mandamientos, no adheriéndose de forma estricta a sus términos. Lord Camden recuerda las garantías que el *Common Law* impone a todo mandamiento: éste debe especificar qué papeles se buscan (*ibidem*, pág. 48).

Como se puede apreciar, la vinculación existente entre el ordenamiento constitucional norteamericano y el Derecho inglés es coincidente en el bien jurídico que se pretende proteger: la libertad personal.

⁷³ Esto no impide que dicha garantía también proteja, con menor intensidad, el derecho de propiedad, como ya se señaló en páginas anteriores.

⁷⁴ El Tribunal Supremo ha estimado que la regla de exclusión de las pruebas inconstitucionalmente obtenidas por vulnerar la IV Enmienda se extiende a los procedimientos cuasi-criminales en su Sentencia One 1958 Plymouth Sedan v. Pa, 380 US 693 (1965) [*vid. ISRAEL, J. H. y LAFAYE, W. R.: Criminal...* (1988), pág. 276-277. Sobre la materia, *vid. LAFAYE, W. R. y ISRAEL, J. H.: Criminal...* (1992), pág. 217 y ss.].

vos⁷⁵, pero permanece la duda en relación con los procedimientos civiles. El Tribunal Supremo americano, en su Sentencia US v. Janis⁷⁶, se niega a aplicar la regla de exclusión (*exclusionary rule*) de las pruebas inconstitucionalmente obtenidas (por vulnerar la IV Enmienda) a un determinado proceso civil⁷⁷. La opinión de la mayoría de los jueces sugería que el litigio civil sobre la responsabilidad tributaria objetiva existía sin ser necesario examinar la criminalidad de las actividades del acusado⁷⁸.

La no extensión de la IV Enmienda al procedimiento civil es coherente con la concepción que aquí se mantiene de tal disposición, que ofrecerá su protección allí donde se ponga en peligro la libertad personal⁷⁹.

⁷⁵ La jurisprudencia del Tribunal Supremo relacionada con las detenciones y registros de carácter administrativo no ha sido uniforme.

De un lado, el Tribunal Supremo no ha dudado en afirmar que la IV Enmienda prohíbe acusar a una persona que rehusó permitir una inspección reglamentaria sin orden judicial en su residencia personal [Sentencia *Camara v. Municipal Court*, 387 US 523 (1967)] (en parecido sentido, la Sentencia *Wilson v. City of Cincinnati* [346 NE 2d 666 (1976)], del Tribunal Supremo de Ohio). La Sentencia *Camara* revoca la jurisprudencia anterior [representada especialmente por las sentencias *Frank v. Maryland*, 359 US 360 (1959) o *Eaton v. Price*, 364 US 263 (1960)], donde se sostenía que «cierto tipo de inspecciones administrativas incluidas generalmente en los programas municipales de inspección vinculados con los incendios, la salud y la vivienda fueron considerados como relacionados a lo sumo sólo con la periferia del "importante interés salvaguardado por la protección que la XIV Enmienda dispensa sobre la intromisión oficial"». Sin embargo, la jurisprudencia *Camara* ha sido matizada posteriormente por el Tribunal Supremo. Éste ha señalado, en la Sentencia *Wyman v. James* [400 US 309 (1971)], que no se vulneran ni la IV ni la XIV Enmienda en los casos en los que la negativa a permitir el acceso al local no conlleva consecuencias de índole penal (en el caso concreto que examina, la única consecuencia de tal negativa era el cese del pago de ciertos beneficios) (extraído de CORWIN, E. S.: *La constitución...*, págs. 457-458).

De otro lado, el Tribunal parece respaldar las entradas basadas en una norma legal. En efecto, en la Sentencia US v. *Biswell* [406 US 311 (1972)], el Tribunal Supremo confirma un registro de un comerciante de armas, realizado al amparo de la Ley de Control de Armas de Fuego de 1968, por entender que donde «las inspecciones reglamentarias defienden un interés federal urgente [...] la inspección puede realizarse sin orden si la ley lo autoriza específicamente» (*ibidem*, pág. 464).

⁷⁶ 428 US 433 (1976) (*vid.* ISRAEL, J. H. y LAFAVE, W. R.: *Criminal...* (1988), pág. 277).

⁷⁷ Debe hacerse notar que la policía local secuestró unas nóminas y el dinero encontrado en efectivo, y posteriormente dio a conocer la citada información a las autoridades federales, que actuaron contra el particular.

⁷⁸ El Tribunal señala también, en apoyo de su tesis, como el efecto disuasorio que sobre las fuerzas de seguridad tiene la aplicación de la regla de exclusión se atenúa «fuertemente» cuando la sanción impuesta al infractor es la remoción de tales evidencias en un litigio civil (*idem*).

⁷⁹ La única materia donde no se cumple esta condición es la relacionada con la deportación de personas que, a pesar de tener una evidente conexión con la libertad

Desde este punto de vista, parece comprensible que la IV Enmienda sea un derecho que solamente pueda suscitarse en relación con las injerencias producidas por el Gobierno Federal⁸⁰. En efecto, la jurisprudencia norteamericana se ha negado a aplicar la regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas a registros realizados por particulares, aunque se hagan valer éstas en procedimientos criminales o civiles⁸¹.

En conclusión, la IV Enmienda se vincula, sino de forma exclusiva sí de forma preferente⁸², a la libertad personal. Dos observaciones deben realizarse en relación con dicha conclusión. En primer lugar, resaltar como quizás la propia pervivencia de la IV Enmienda —que proviene de 1791— ha conservado también el contenido material de la misma. En segundo lugar, se ha constatado que la concepción norteamericana de la libertad personal es mucho más amplia que la nuestra, ya que incluye, junto a las garantías contra el arresto de la persona, otras que la protegen de registros arbitrarios y que, en nuestro sistema

personal, ha sido tratada de forma restrictiva por el Tribunal Supremo. Éste se ha negado a aplicar la regla de exclusión de las pruebas inconstitucionalmente obtenidas a procesos de deportación, Sentencia *INS v. López-Mendoza* [468 US 1032 (1984)], a la que aluden extensamente *JEROLD H. I. y WAYNE R. LAFAVE*, en *Criminal...* (1988), págs. 277-278.

⁸⁰ Dos observaciones pueden realizarse en relación con esta afirmación. En primer lugar, debe hacerse notar (como ya se señaló anteriormente) que la protección de la IV Enmienda se ha extendido a los Estados (y a sus respectivos Gobiernos) a través de la XIV Enmienda (en 1868). En segundo lugar, debe indicarse también que, si bien la IV Enmienda sólo protege frente a las intrusiones gubernamentales, el Tribunal ha mantenido una concepción muy amplia de lo que constituye el término *agentes gubernamentales* (incluyendo, por ejemplo, en esta categoría a los profesores de colegios públicos), Sentencia *New Jersey v. TLO* [469 US 325 (1985)] [*vid.*, en relación con la segunda observación planteada, *SALTZBURG, S. A.: American...* (1984), pág. 42].

⁸¹ Una postura crítica en *ALLEN, R. J., y KUHNS, R. B.: Constitutional...* (1985), pág. 779.

Tal actitud de la jurisprudencia norteamericana se ha evidenciado en las Sentencias *Barnes v. US* [373 F.2d 517 (5th Cir. 1967)] y *Sackler v. Sackler* [15 N.Y.2d 40, 203 NE 2d 481 (1964)], relacionadas con procedimientos criminales y civiles, respectivamente (*idem*). Es especialmente interesante la Sentencia *Burdeau v. McDowell* del Tribunal Supremo [256 US 465 (1921)], donde éste hizo notar como, a pesar de que la víctima del robo de sus papeles tenía un derecho de acción privada frente a los ladrones, no existía un registro gubernamental inconstitucional. En esta Sentencia, los jueces Holmes y Brandeis disintieron. En este mismo sentido, en la Sentencia *US v. McGuire* [381 F.2d 306, 313 n. 5 (2d Cir. 1967)] se afirma que «el avance de la IV Enmienda consiste en asegurar la protección frente a los funcionarios públicos, no frente a las intrusiones privadas». *Vid.* también la Sentencia *US v. McGreevy* [652 F.2d 788 (9th Cir. 1981)], donde se sostiene que la IV Enmienda no es aplicable a los funcionarios públicos que tienen como segundo trabajo el de oficial de seguridad privada cuando desarrollan esta actividad [*vid. SALTZBURG, S. A.: American...* (1984), págs. 297-298].

⁸² En páginas anteriores se ha señalado que la IV Enmienda ofrece también una protección instrumental al derecho de propiedad.

constitucional, como veremos, encuentran mejor acomodo en los derechos de defensa.

Otro país de nuestro entorno donde la vinculación entre la inviolabilidad del domicilio y la libertad personal es intensa es Francia. Como ya se señaló, la inviolabilidad del domicilio en el país vecino está en la actualidad⁸³ asegurada, de forma implícita, por la libertad individual (artículo 66 CF). En páginas anteriores se ha visto que la libertad individual no protege la propiedad; la cuestión es saber ahora si sirve, como en el pasado⁸⁴, al bien jurídico libertad personal.

Como ya se ha señalado, la garantía actual se vincula expresamente a la libertad individual, protegida —a su vez— por la autoridad judicial⁸⁵. «La libertad individual constituye [en palabras del Consejo Constitucional francés⁸⁶] uno de los principios fundamentales garantizados por las leyes de la República y proclamados por el Preámbulo de la Constitución de 1946, confirmado por el Preámbulo de la Constitución de 1958».

Es preciso recordar, antes que nada, los términos en los que el artículo 66 CF establece la libertad individual: «nadie puede ser arbitrariamente detenido. La autoridad judicial, guardiana de la libertad individual, asegura el respeto de este principio en las condiciones previstas por la ley»⁸⁷. De la simple lectura del precepto constitucional francés que reconoce la libertad individual se puede ya deducir que

⁸³ Como ya se ha indicado, en el pasado la inviolabilidad del domicilio tenía un reconocimiento expreso y autónomo (ver, como ejemplo, el artículo 9 de la Constitución francesa de 1791, en DUVERGER, M.: *Constitutions...*, pág. 32).

⁸⁴ Solamente en ese contexto tiene sentido que distintas regulaciones constitucionales pongan especial énfasis en la protección nocturna de los domicilios [*vid.*, así, los artículos 359 de la Constitución de 5 de Fructidor del año III (1795) y 76 de la Constitución de 22 de Frimario del año VIII (1799) —*ibidem*, págs. 109 y 117—]. Como PEDRO J. GONZÁLEZ-TREVUANO ha señalado, la doctrina clásica francesa (DUGUIT, ESMEIN) conecta inviolabilidad del domicilio y libertad individual. Para el último autor citado, la libertad individual se descompone en (a) la libre circulación (la libertad «d'aller et de venir»), (b) la seguridad (en el sentido de libertad personal) y (c) la propiedad (en *La inviolabilidad...*, págs. 66-67). Por su parte, LOUIS FAVOREU propone en *Le Conseil...* una concepción amplia de libertad individual, que englobe la vida privada (pág. 412 y ss.).

⁸⁵ Solamente el Proyecto de Constitución de 1946 (artículo 7) conecta expresamente la inviolabilidad del domicilio con la garantía judicial (*vid.* DUVERGER, M.: *Constitutions...*, pág. 177). Por contra, el artículo 3 de la Constitución de 1848 solamente afirma que caben entradas en las formas y casos previstos en la ley.

⁸⁶ Decisión 76-75 DC, citada. ROBERT BADINTER y BRUNO GENEVOIS han observado que las libertades mejor protegidas son la libertad individual, la de opinión, la de conciencia y la de prensa (en *Normes...*, pág. 331).

⁸⁷ Trad. del fr.; *ibidem*, pág. 262.

ésta protege, en todo caso, la libertad personal. En efecto, solo así se entiende la alusión al supuesto de detención.

Ahora bien, es posible que la libertad individual proteja, junto a la libertad personal⁸⁸, otros bienes o derechos, tal y como ocurre en el Derecho norteamericano. Puede recordarse, en esta dirección, que la doctrina francesa ha defendido una concepción plural de la libertad individual.

En efecto, ciertos autores identifican la libertad individual con un bien jurídico concreto, como son Jean Rivero (quien la equipara en un primer momento con la seguridad⁸⁹ y, posteriormente, con el derecho a la *vida privada*⁹⁰) y Claude-Albert Colliard (con la libertad deambulatoria —*d'aller et venir*—⁹¹).

Otros, entre los que se encuentra François Luchaire, recuerdan que mientras que la libertad individual en sentido estricto es la libre circulación —la libertad de ir y venir—, el Consejo Constitucional la ha entendido en un sentido amplio, como el derecho reconocido a cada individuo de organizar su vida como quiera⁹². Esta forma de entender

⁸⁸ Esta vinculación entre libertad individual y libertad personal se ha puesto de manifiesto en la Decisión CCF 73-80 L, de 28 de noviembre, entre otras, que reafirma la doble garantía existente: normativa (es decir, que las medidas limitadoras del derecho deben encontrarse reguladas por ley) y judicial (lo que supone que la aplicación de tales medidas al caso concreto debe ser dictada por la autoridad judicial). La citada Decisión puede examinarse en FAVOREU, L. (ed.): *Recueil...*, págs. II-57 y ss.

⁸⁹ Como señalan RENOUX, T.: *Le conseil...*, pág. 514 y LUCHAIRE, F.: *Le conseil...*, pág. 194. Este último critica la postura de JEAN RIVERO por entender que la palabra «seguridad» no clarifica el término constitucional y que, además, la seguridad posee otros significados diferentes.

El propio JEAN RIVERO define la seguridad como «la certeza de los ciudadanos de que no serán objeto, especialmente por parte del poder, de medidas arbitrarias que priven su libertad material, tales como el arresto o la detención» (en *Liberté...*, pág. 74).

⁹⁰ RIVERO, J.: *Les libertés publiques*, 4.^a ed. París, 1989, pág. 66 y ss. También JACQUES ROBERT y JEAN DUFFAR incluyen la inviolabilidad del domicilio en la protección de la vida privada (en *Libertés...*, págs. 280-281).

⁹¹ COLLIARD, C.-A.: *Libertés...*, pág. 378. Por contra, BRUNO GENEVOIS clasifica las libertades de la persona distinguiendo entre libertad individual y libertad deambulatoria (y en la legislación que autoriza, bajo condiciones, la interrupción del embarazo) (en *La jurisprudence...*, pág. 208).

⁹² LUCHAIRE, F.: *La protection...*, pág. 381 y, en cercana dirección, del mismo autor, «liberté individuelle», en DUHAMEL, O. y MÉNY, Y. (dirs.): *Dictionnaire constitutionnel*. París, 1992, pág. 584, en el mismo sentido, PHILIPPE, X.: *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*. París, 1990, pág. 359. Por su parte, LOUIS FAVOREU ha señalado que la libertad individual incluye la seguridad, la libertad deambulatoria (*d'aller et venir*), la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de los lugares privados y, en fin, el secreto de la vida privada (en «La Cour de cassation, le Conseil Constitutionnel et l'article 66 de la Constitution

la libertad individual protege a las personas ante cualquier tipo de restricción de la libertad personal *stricto sensu* y ante toda medida que atente contra la *intimidad* de las personas⁹³.

Puede constatar, así, como ha señalado Javier Pardo Falcón⁹⁴, que a través de la libertad individual, el Consejo Constitucional francés protege derechos «de naturaleza y contenido netamente diferenciados» (como son (a) el derecho a la seguridad, es decir, a no ser arrestado ni detenido más que en los casos previstos en la ley; (b) la libertad deambulatoria; (c) el derecho a la vida privada y (d) la inviolabilidad del domicilio).

También Thierry Renoux⁹⁵ ha comprobado la existencia de tal noción extensiva de la libertad individual⁹⁶, justificándola por varios motivos: en primer lugar, cuando el artículo 66 se refiere a la detención, está sólo mostrando una aplicación concreta del principio (criterio li-

[A propos des arrêts de la Chambre criminelle du 25 avril 1985)], *Recueil Dalloz Sirey* 23 (1986), pág. 175].

⁹³ LUCHAIRE, F.: *La protection...*, pág. 382, en las págs. 79-80 de la misma obra, se llega a sugerir que también formaría parte de la libertad individual la libertad de venir al mundo.

⁹⁴ PARDO FALCÓN, J.: *El Consejo Constitucional francés. La jurisdicción constitucional en la V República*. Madrid, 1990, pág. 280-281. BRUNO GENEVOIS también parece distinguir *vida privada* e inviolabilidad del domicilio, cuando afirma que el Consejo Constitucional francés ha ampliado la noción de libertad individual a «los principios esenciales sobre los que reposa la protección de la libertad individual», la inviolabilidad del domicilio y ciertos componentes del derecho al respeto de la vida privada (en *La jurisprudence...*, pág. 209).

⁹⁵ RENOUX, T.: *Le Conseil...*, págs. 517-519. En el mismo sentido, *vid.* HAURIOU, A.; GICQUEL, J. y GÉLARD, P.: *Derecho...*, quienes entienden que la libertad individual se compone de las «diversas facultades que permiten a los ciudadanos o individuos realizar con independencia y eficacia su destino personal, en el marco de una sociedad organizada» (pág. 213). Los autores siguen constatando como la libertad individual se relaciona con la libertad política, aunque observan también que «la reivindicación de los derechos individuales es en realidad más profunda que el deseo de participar en el gobierno». Como BENJAMIN CONSTANT señaló: «El objeto de los antiguos era la división del Poder social entre todos los ciudadanos de una misma patria. Esto es a lo que se llamaba libertad. El objetivo de los modernos es la seguridad en el goce de lo privado, y llaman libertad a las garantías concedidas para estos goces por las instituciones» (págs. 213-215). *Vid.* también ROCHE, J.: *Libertés...*, pág. 67 y ROCHE, J. y POUILLE, A.: *Libertés...*, pág. 80.

⁹⁶ Después de constatar que la noción de libertad individual es ambigua en la doctrina. Entre las interpretaciones extensivas del instituto objeto de examen, señala la de R. GASSIN. Éste incluye en la libertad individual todos los derechos fundamentales que son «prolongación de la persona». El mismo THIERRY RENOUX optará finalmente por un concepto amplio de la seguridad, como «la protección acordada por la sociedad a cada ciudadano para la conservación de su persona, sus bienes y sus derechos» (*ibidem*, pág. 514 y ss.).

teral); en segundo lugar, parece conveniente dar la misma protección a otras libertades esenciales (criterio de *bon sens*); en tercer lugar, los textos han protegido y protegen la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones (criterio normativo); en fin, el Consejo Constitucional ha asegurado en su Decisión 76-75 DC (12 de enero de 1977) la libertad individual frente al registro de vehículos, amparando la *intimidad* de la *vida privada* (y no la inviolabilidad del domicilio).

Por fin, Louis Favoreu explica que la libertad individual puede entenderse en un sentido estricto (como seguridad) o bien en un sentido más amplio, que incluye, además de la seguridad, la libertad deambulatoria, la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, y, en general, el respeto a la intimidad de la vida privada; es decir, en expresión de Jean Roche, a una esfera de existencia sustraída a la curiosidad de terceros⁹⁷.

Parece claro que la doctrina francesa y la jurisprudencia del Consejo Constitucional del mismo país han optado, pues, por realizar una construcción muy amplia de la libertad individual que supera en todo caso la estricta protección de la libertad personal. Ello obliga a plantear un nuevo interrogante diferente al anterior.

En efecto, si se acepta que la garantía de la libertad individual contiene diversos elementos (que aquí no van a tratar de ser determinados por exceder de las pretensiones de este trabajo); si se comparte, también, que entre tales elementos se encuentra la inviolabilidad del domicilio⁹⁸, ¿es posible mantener que este determinado elemento (la inviolabilidad del domicilio) que configura, con otros, la libertad individual del artículo 66 CF protege la libertad personal?

La respuesta a esta pregunta debe ser negativa. La doctrina, aunque no resuelve de forma unánime el problema positivo de la determinación del bien jurídico protegido por la inviolabilidad del domicilio —como manifestación de la libertad individual—, sí que coincide en estimar que en todo caso no protege la libertad personal, entendida ésta como exclusión de cualquier tipo de vínculo que implique custodia o detención del individuo en un determinado recinto. La misma conclusión puede extraerse de las Decisiones que el Consejo Constitucional francés ha adoptado en tal materia⁹⁹.

⁹⁷ FAVOREU, L.: *Le Conseil...*, págs. 412-414.

⁹⁸ Se omite por haber sido ya tratada anteriormente la polémica de la posible conexión entre la libre elección de residencia y la inviolabilidad del domicilio.

⁹⁹ Decisiones 75 DC y 164 DC, ya citadas.

En Italia, el problema planteado (la conexión entre inviolabilidad del domicilio y libertad personal) tampoco tiene una respuesta sencilla.

De un lado, la perspectiva histórica de la inviolabilidad del domicilio debe centrarse en el artículo 27 del Estatuto Albertino de 1848. Este artículo dispone que el domicilio es inviolable. No podrá verificarse ninguna entrada domiciliaria sino en virtud de la ley y en la forma que determine la misma. Ya en esta Carta Otorgada, la inviolabilidad del domicilio se regula de forma autónoma, aunque a continuación de la libertad personal (regulada en el artículo 26 del mismo texto¹⁰⁰). La única relación que podría establecerse entre ambos derechos es que las garantías previstas para uno y otro son análogas¹⁰¹.

En la vigente regulación de la inviolabilidad del domicilio (contenida en la Constitución de 1947) esta vinculación en relación con las garantías es, si cabe, y en principio, más clara. En efecto, el artículo 14 de dicha Constitución dispone, en su segundo párrafo, que «no se podrán efectuar inspecciones o registros ni embargos salvo en los casos y con las modalidades establecidas por la ley, y conforme a las garantías prescritas para la salvaguardia de la libertad personal»¹⁰², lo que se concreta en la necesidad de un acto motivado de la autoridad judicial que autorice las inspecciones o registros domiciliarios¹⁰³. La cuestión que debe resolverse es la de si la inviolabilidad del domicilio es una garantía añadida a la libertad personal; es decir, si aquélla debe ser considerada prolongación de ésta¹⁰⁴.

La respuesta doctrinal a tal interrogante ha sido, por lo general, pacífica. Si bien, de un lado, se ha recordado la vinculación tradicio-

¹⁰⁰ Comienza señalando el artículo «queda garantizada la libertad individual»...

¹⁰¹ En efecto, en el artículo 26 se señala a continuación que «nadie podrá ser detenido ni entregado a los Tribunales sino en los casos previstos por la ley y en la forma que ésta determina».

¹⁰² Trad. por DARANAS, M.: *Las Constituciones...*, II, , págs. 1221-1222 (el subrayado corresponde a este trabajo). Para SOFO BORGHESE, «El derecho de libertad personal, primero y esencial, [es] del cual descienden todos los demás de libertad» (en *Nozioni di Diritto Costituzionale*, 10.ª ed. Milán, 1990, pág. 178).

¹⁰³ El artículo 13 de la Constitución de 1947 dispone que «La libertad personal es inviolable. No procederá ninguna forma de detención, inspección o registro personal ni otra restricción cualquiera de la libertad personal salvo por auto razonado (*atto motivato*) de la autoridad judicial y únicamente en los casos y en la forma previstos por la ley... (Trad. por DARANAS, M.: *Las Constituciones...*, II, pág. 1221).

¹⁰⁴ En expresión de MORTATI, C.: (*Istituzioni...*, pág. 1059), que matiza tal afirmación posteriormente. Para ALDO BOZZI, el domicilio (a efectos constitucionales) se considera como proyección del modo de ser de la libertad personal (en *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 4.ª ed. Milán, 1973, pág. 444) y, finalmente, para ALESSANDRO PIZZORUSSO se trata de una especificación de la libertad personal (en *Sistema...*, pág. 422).

nal de la inviolabilidad del domicilio en relación con la libertad personal¹⁰⁵, también se ha puesto énfasis en la autonomía de la primera sobre la segunda¹⁰⁶, por proteger bienes jurídicos diferentes¹⁰⁷. El mismo Tribunal Constitucional italiano ha invocado la diferencia entre ambos derechos en la Sentencia 56/1973¹⁰⁸. Tal resolución tenía su origen en el planteamiento de la legitimidad constitucional de la facultad de los oficiales de la policía tributaria de efectuar registros domiciliarios sin autorización judicial, cuando haya noticia o sospecha fundada de violación de las leyes tributarias constitutiva de delitos. El Tribunal Constitucional aprovecha la ocasión para distinguir la inviolabilidad del domicilio de la libertad personal, señalando que la persecución y la inspección personales no pueden realizarse si no es por auto motivado de la autoridad judicial, y sólo en el caso y en las formas previstas por la ley (artículo 13.2 CI). Los procedimientos restrictivos de la libertad personal operados por la autoridad de seguridad pública están limitados por las condiciones tasadas rigurosamente de excepcionalidad, necesidad y urgencia (artículo 13.3 CI). Ya en relación con la inviolabilidad del domicilio, es cierto que ésta muestra una cierta equiparación con la libertad personal al exigirse, en principio, las mismas garantías prescritas para ésta última (artículo 14.2 CI). Pero no es menos cierto que respecto de la inviolabilidad del domicilio subsiste una derogación relacionada con los fines económicos y fiscales, y también por motivos de sanidad y seguridad

¹⁰⁵ FAUSTO CUOCOLO señala que la libertad del domicilio está estrechamente conectada a la libertad personal (en *Istituzioni...*, pág. 631; BARILE, P. y CHELI, E.: *Domicilio...*, pág. 860). Los últimos autores citados estiman que la libertad domiciliaria viene a configurarse como la situación jurídica activa más directa e inmediatamente conexas a la libertad personal (aunque posteriormente señalen que no pueden identificarse ambas garantías, por existir, también, otras conexiones instrumentales entre la libertad domiciliaria y derechos públicos subjetivos distintos a la libertad personal). En apoyo a la primera tesis, PAOLO BARILE y ENZO CHELI recuerdan el artículo 8 del Proyecto de Constitución de 1948, donde se trataban ambas disciplinas conjuntamente (*idem*). También recuerdan este mismo dato ALESSANDRO PACE en su *Problematica...*, pág. 227, PAOLO G. NACCI [en «Libertà di domicilio», en AA.VV.: *Problemi attuali di Diritto Pubblico* (a cura de PAOLO G. NACCI y A. LOIDICE). Bari, 1990, pág. 40] y CARLO E. TRAVERSO (en *La libertà...*, pág. 70 y, también, en *La nozione...*, pág. 613).

¹⁰⁶ De imprescindible lectura son las páginas que IGNAZIO FASO dedica a la relación (y, también, a la distinción) de los artículos 14 y 13 CI (en *La libertà...*, págs. 99-105). Ver, también, BOZZI, A.: *Istituzioni...*, pág. 442 y CARETTI, P.: *Domicilio...*, pág. 321.

¹⁰⁷ *Vid.*, entre otros, MORTATI, C.: *Istituzioni...*, págs. 1059-1060; BOZZI, A.: *Istituzioni...*, pág. 444 y FASO, I.: *La libertà...*, págs. 104-105.

C. LAVAGNA (*Diritto Costituzionale*, vol. I, Milán, 1957, pág. 294) clasifica las libertades según su contenido (distinguiendo de la libertad personal la libertad espacial y residencial —donde incluye la inviolabilidad del domicilio— y la libertad moral y de pensamiento).

¹⁰⁸ Sentencia TCI de 9 de mayo, que puede consultarse en *GC*, 1973, pág. 757 y ss.

pública, contemplados en el artículo 14.3 de la Constitución¹⁰⁹, que no existen en relación con la libertad personal y que postulan, así, su autonomía.

Esta jurisprudencia constitucional establece que la inviolabilidad del domicilio no protege la libertad personal, siendo aquélla una libertad autónoma y más limitada que ésta.

Se han examinado hasta este momento algunos ordenamientos constitucionales extranjeros. Con la excepción del ordenamiento americano, se ha constatado que en los ordenamientos constitucionales francés e italiano, la inviolabilidad del domicilio no protege la libertad personal. Este examen, simplemente instrumental, puede servir para analizar la relación que existe, en nuestro ordenamiento, entre inviolabilidad del domicilio y libertad personal.

Como ya se ha señalado, el reconocimiento constitucional de la inviolabilidad del domicilio en España es relativamente temprano y ha conocido varias formulaciones diferentes. En algunas de ellas puede vislumbrarse con cierta nitidez¹¹⁰ el papel instrumental que la inviolabilidad juega en relación con la libertad personal, como ocurre con los artículos 7 de la Constitución de 1837 y 7 de la Constitución de 1845 —de idéntica redacción—, que declaran que «no puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa, sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban»¹¹¹. Ambas materias aparecen también profundamente imbricadas en el Proyecto de Ley de Joaquín Bravo Murillo sobre la Seguridad de las Personas, de 1 de diciembre de 1852¹¹². Con la formulación

¹⁰⁹ Sentencia TCI 56/1973/6, de 9 de mayo.

¹¹⁰ Aunque parece existir una vinculación histórica entre inviolabilidad del domicilio y libertad personal, no puede aseverarse de forma incontestable en el artículo 306 de la Constitución de Cádiz, que puede consultarse en ESTEBAN, J. de: *Constituciones españolas y extranjeras I*. Madrid, 1977, pág. 70.

¹¹¹ ESTEBAN, J. de: *Constituciones...*, págs. 149 y 160, respectivamente. Retomado posteriormente en el artículo 8 de la Constitución no promulgada de 1856 (*ibidem*, pág. 201), que añade la responsabilidad civil de los responsables que vulneren tal derecho (en su segundo párrafo).

¹¹² Es especialmente interesante recordar, ahora, sus tres primeros artículos, que pueden revisarse en ESTEBAN, J. de: *Constituciones...*, pág. 198. Deben tomarse también en consideración las regulaciones contenidas en las sucesivas Leyes de Enjuiciamiento Criminal —de 1872 (artículo 428 y ss.) y 1882 (artículo 545 y ss.)—, que amparan una garantía muy amplia de la libertad personal decimonónica —aunque en la actualidad pueda observarse que garantizan diversos bienes jurídicos de relevancia constitucional (como son, por ejemplo, la libertad personal o los derechos de defensa)—. La Ley de 1872 puede consultarse en PELÁEZ DEL ROSAL, M.: *Legislación Orgánica y de Administración de Justicia*. Barcelona, 1984. Por último, también es relevante la regulación con-

recogida en el artículo 5 de la Constitución de 1869¹¹³, se muestra una conexión más clara con la libertad personal y con los derechos de defensa. En el citado precepto se habla, en efecto, de aprehensión —en relación con el delito flagrante— y de registro (regulándose incluso, las formalidades con las que debe celebrarse), limitando las entradas nocturnas por influencia del constitucionalismo francés¹¹⁴). La Constitución de 1876 también va a regular conjuntamente la prohibición de poder entrar en el domicilio de todo nacional o extranjero residente en España sin su consentimiento (excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes) (párrafo primero) y el procedimiento constitucional de efectuar registros domiciliarios (párrafo segundo)¹¹⁵.

La vigente regulación de la inviolabilidad del domicilio en nuestro ordenamiento constitucional mantiene aún dos pequeños engarces con la noción liberal —extensiva, como ya se ha visto— de la libertad personal. En efecto, la Constitución, tras afirmar que el domicilio es inviolable, sigue afirmando que ninguna «entrada o registro»¹¹⁶ puede hacerse en él (sino en caso de consentimiento del titular, existencia de flagrante delito o de una resolución judicial). El Constituyente ha añadido el término registro junto al de entrada, prohibiendo, en princi-

tenida en el Código Penal [de 1850, artículos 414 y 299; en el Código Penal reformado (1870), artículos 504 y 215; de 1932, artículos 482 y 205; de 1944 y 1973, artículos 490 y 191 y, finalmente, de 1995, artículos 202-204 y 534.1].

¹¹³ ESTEBAN, J. de: *Constituciones...*, pág. 235. *Vid.*, también, el artículo 7 del Proyecto de Constitución Federal de la República española, de 17 de julio de 1873 (*ibidem*, págs. 252-253).

¹¹⁴ *Vid.* los artículos 359 y 75 de las Constituciones de 5 de Fructidor an III (1795) y de 22 de Frimaire an VIII (1799), respectivamente.

¹¹⁵ ESTEBAN, J. de: *Constituciones...*, pág. 268. *Vid.* también el artículo 23.5 del Anteproyecto de Constitución de la Monarquía española de 1929 y el artículo 31, párrafo cuarto, de la Constitución de 1931 (*ibidem*, págs. 283-284 y 317, respectivamente).

¹¹⁶ Esta expresión no aparecía ni en el anteproyecto de la constitución (SAINZ MORENO, F. (ed.): *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, vol. I, Madrid, 1980, pág. 10), ni en el Anexo al Informe de la ponencia designada para estudiar las enmiendas presentadas al Anteproyecto de Constitución. En este último texto se declaraba, en el artículo 17.2, que «El domicilio es inviolable. Ninguna investigación domiciliaria podrá realizarse sin mandamiento judicial, salvo en caso de flagrante delito o con consentimiento expreso del titular» (*ibidem*, pág. 603).

En el Debate de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados, el señor Castellano Cardalliaquet, en representación del Partido Socialista Obrero Español, defiende la conveniencia de alterar el término investigaciones domiciliarias por orden de entrada y registro. Se apoya en que la expresión del Anteproyecto no es tradicional en nuestra legislación y es ambigua (*ibidem*, pág. 1061). Sin embargo, la expresión recogida finalmente en la Comisión es la de «entrada o registro» (*ibidem*, pág. 1068), así como en su dictamen (*ibidem*, pág. 1806) y posteriores versiones, sin que se justifique el cambio de la copulativa por la disyuntiva.

pio¹¹⁷, las entradas o registros que no se apoyen en ninguno de los títulos (consentimiento, resolución judicial o flagrante delito) contenidos en el propio precepto.

En segundo lugar, debe recordarse que el propio precepto constitucional permite la entrada domiciliaria en caso de flagrante delito. Y es que la legislación ha posibilitado tradicionalmente en nuestro Derecho aprehender a los delincuentes cuando estos fueran sorprendidos en delito flagrante¹¹⁸.

Ya en el campo de la legalidad ordinaria, debe considerarse, en esta misma línea, la inclusión de la tipificación del delito de allanamiento de morada entre los que atacan la *libertad y seguridad* (en un Código Penal decimonónico) y la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo que ha mantenido tal idea¹¹⁹.

La expresión «entrada o registro», que es la utilizada en el artículo 18.2 CE, puede ser interpretada en un doble sentido. De la elección de una u otra se derivarán importantes consecuencias para el estudio del instituto, en cuanto que permiten articular de una u otra forma la inviolabilidad del domicilio.

La primera interpretación que puede realizarse del término «entrada o registro» es restrictiva. Partiría de que la Constitución otorga el derecho a la inviolabilidad del domicilio sólo para oponerse a las entradas que conlleven registro domiciliario. Este registro domiciliario se entendería como una injerencia que acabaría afectando a la libertad personal. Tal exégesis del precepto haría de éste una garantía aplicable, fundamentalmente, a la fase de instrucción del proceso penal, en relación con los medios penales de prueba. Impediría, así, la aportación o utilización de pruebas obtenidas con vulneración de la inviolabilidad del domicilio.

¹¹⁷ Vid. el primer capítulo de la segunda parte de este trabajo, dedicado al examen del *orden público constitucional* como criterio delimitador de los derechos fundamentales.

¹¹⁸ Artículo 553 LECr y el citado artículo 5 de la Constitución española de 1869. La afectación del flagrante delito al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio será examinada *infra* (capítulo tercero de la segunda parte de este trabajo).

¹¹⁹ Sentencias del Tribunal Supremo donde se indica que el allanamiento de morada protege la libertad y seguridad personal: Ar. 1993/9275/1; Ar. 1992/2360/1 (aunque reiterado también en otros fundamentos de la Sentencia); Ar. 1987/8458/1; Ar. 1979/2763/1 (con referencia también a la protección del sagrado del hogar); Ar. 1970/5295/1; Ar. 1968/4038/3 y Ar. 1965/5028/ún. y, especialmente, la 1994/10153/ún. Asimismo FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, señala, desde la óptica del Derecho Constitucional, que la inviolabilidad del domicilio protegía, en sus primeras formulaciones, la libertad y seguridad personal (en *El sistema...*, pág. 221). También la Sentencia TS Ar. 1986/6803/4, referida a una diligencia judicial de entrada y registro (artículos 545 y ss. LECr) recoge la misma idea.

En apoyo de esta tesis podrían ser alegados, en primer lugar, los precedentes constitucionales (examinados *supra*). En segundo lugar, podría deducirse tal lectura restrictiva de la inviolabilidad del domicilio de algunos debates parlamentarios relacionados con el proceso de elaboración del artículo 18.2 de la Constitución, que conectaban la inviolabilidad del domicilio con la investigación relacionada con delitos¹²⁰ o con la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹²¹. En tercer lugar, también patrocinan esta solución los argumentos esgrimidos por algunos sectores doctrinales en la misma dirección¹²².

La segunda interpretación posible del término «entrada o registro», sería la de entender que el «registro» domiciliario es solamente uno de los posibles motivos de entrada, que se ha señalado en el texto a mero título de ejemplo. Si se acoge esta tesis, deberá aceptarse también que lo prohibido por el artículo 18.2 CE son las «entradas», independientemente del fin que éstas persigan.

Esta segunda interpretación debe reputarse como correcta, por varios motivos. En primer lugar, parece claro que el nexo disyuntivo que enlaza «entrada» y «registro» no puede ser desconocido por los aplicadores del Derecho. No puede alegarse a este respecto que la voluntad del constituyente fuera la de proteger solamente las entradas relacionadas con registros domiciliarios, ya que alguna intervención parlamentaria en el proceso de elaboración del (actual) artículo 18.2 de la Constitución parece optar por una protección mucho más amplia¹²³ y, en todo caso, debería darse

¹²⁰ Así, el Diputado Vega Escandón (UCD), en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados, señalaba que: «Por ello parece obvio que la sociedad necesita establecer unos medios, unos cauces, unas formas para la investigación de los delitos [...] debe establecerse también con toda seguridad la posibilidad de que la sociedad misma [...] fije unos cauces y una formas adecuadas para que sea posible la investigación de los delitos...» [SAINZ MORENO, F. (ed.): *Constitución...*, I, pág. 1065].

¹²¹ *Ibidem*, pág. 1063.

¹²² Por todos, *vid.* LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, pág. 43-44. También alude al registro MASSO GARROTE, M. F.: *Nota...*, págs. 152 y ss. y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, págs. 187 y ss. (especialmente, págs. 189-191).

¹²³ El diputado Guerra Fontana recuerda, en este sentido, la protección internacional del derecho [artículo 12 DUDH, artículo 17 PIDCP (1966) y el artículo 8 CEDH; así como la Resolución del Congreso de la Comisión Internacional de Juristas —Atenas, 1955— y la Conferencia de Países Nórdicos —Estocolmo, 1967—], y su vinculación general con la intimidad en el Debate en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados [SAINZ MORENO, F. (ed.): *Constitución...*, I, pág. 1064].

una interpretación favorable a la aplicación del derecho fundamental¹²⁴.

Pero es que, además, a esta solución apuntan argumentos de distinta índole. Así, en primer lugar, debe señalarse que si bien todo registro exige entrada, caben también entradas con fines distintos que vulneran igualmente la inviolabilidad del domicilio. Entre otros argumentos, normativos, debe destacarse que si bien es cierto que en nuestra historia la Constitución establecía, junto a la inviolabilidad del domicilio los requisitos del registro¹²⁵, en la actualidad, sin embargo, tales requisitos que deben respetarse en los registros domiciliarios no se regulan en la Constitución, sino que se encuentran contenidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Más concluyente es, si cabe, el argumento dogmático. Es cierto que las normas referidas a la realización de registros domiciliarios, aunque de rango legal (artículos 545 y ss. LECr), puedan incidir en los derechos fundamentales. Es en este sentido posible que una supresión de tales garantías suponga una vulneración de derechos fundamentales. Ahora bien, el derecho presuntamente vulnerado no sería entonces la inviolabilidad del domicilio sino, más correctamente, los derechos de defensa (artículo 24.2 CE). Y es que la única relevancia para la inviolabilidad del domicilio deriva de la entrada. De hecho, en relación con el allanamiento de morada (protección penal del derecho fundamental) el Tribunal Supremo español ha considerado tradicionalmente irrelevante los motivos que producen la comisión del tipo. Es decir, para constatar la comisión del delito, no es necesario conocer con qué fines el agente entró en morada ajena o se mantuvo en ella en contra de la voluntad de su morador¹²⁶.

¹²⁴ El Tribunal Constitucional se ha referido, en ocasiones, a la fuerza expansiva de los derechos fundamentales (Sentencias 159/1986/6 y 23/1988/2, de 12 de diciembre y de 22 de febrero, respectivamente).

¹²⁵ *Vid.*, por todos, el artículo 5 de la Constitución de 1869, analizado *supra*.

¹²⁶ Esta jurisprudencia se asienta en varias Sentencias TS, como son los Ar. 1965/0241/ún., Ar. 1933/2325/3, Rec. 1887/0014/2, aunque se separa de estas la Rec. 1884/0666/2. Asimismo, en la Sentencia TS Rec. 1902/0110/1, se toca el problema de la comisión instrumental del allanamiento de morada para la comisión de otro delito (de lesiones menos graves, en este caso). En 1895, y en relación con el Código Penal de Filipinas, el Tribunal Supremo casa una Sentencia de la Sala Criminal de la Audiencia de Manila, que absolvió al condenado por no poder determinar el objeto que perseguía con la entrada (Sentencia TS Rec. 1895/0135). Toda esta jurisprudencia ha sido muy bien resumida en la Sentencia TS Rec. 1896/0136/1, que indica que «el propósito no es elemento del tipo».

Sin embargo, en otras ocasiones, el Tribunal Supremo ha utilizado como criterio para negar la existencia de una actuación antijurídica la falta de dolo específico de vulnerar la morada, dotando de sentido jurídico la finalidad perseguida por el agente en la comisión del delito. Esta jurisprudencia, que desvirtúa la contenida en las Sentencias que se acaban de citar, se ha dictado cuando el infractor posea algún derecho o interés relacionado

Partir de tal lectura del precepto constitucional examinado, conlleva la imposibilidad práctica de conectar la inviolabilidad del domicilio con la libertad personal, puesto que aquélla trasciende a ésta. Por ello, la estructura del Código Penal de 1973 o los pronunciamientos del Tribunal Supremo que, en relación con el allanamiento de morada, sostienen que protege la libertad personal, deben entenderse superados¹²⁷. De hecho, el Código Penal aprobado el 23 de noviembre de 1995 regula el allanamiento de morada entre los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (Título X del Libro II).

3. LA VIDA PRIVADA Y LA *PRIVACY*

3.1. Introducción

En páginas anteriores se ha visto que la jurisprudencia constitucional, la ordinaria y la doctrina conectan habitualmente la inviolabilidad del

con el lugar donde entró o la persona que lo ocupaba (Sentencias TS Ar. 1972/1700/ún. y Rec. 1904/0172/2) y, en especial, cuando el propietario de la casa invadía ésta que era, al tiempo, morada de terceras personas (Sentencias TS Rec. 1923/0152, Rec. 1918/0119, y Rec. 1908/0080, que han sido comentadas *supra*), además de otros supuestos singulares (descritos en las Sentencias TS Ar. 1966/1849/ún., Ar. 1966/0245/ún., Ar. 1965/0640/1, Ar. 1961/0222/ún., Rec. 1924/0248/7).

Una excepción a la irrelevancia del propósito perseguido con la entrada es la tipificación del delito de robo en casa habitada. Éste supone e incluye en su penalización el allanamiento de morada, necesario e instrumental, para su comisión. Por eso es discutible si en tal tipo no hay, junto a un ataque contra la propiedad, una lesión de la intimidad e incluso de la seguridad de los moradores (en contra, la Sentencia TS Ar. 1965/5028/ún.). Es difícil deslindar en ocasiones ambos tipos penales en la práctica. Así, por ejemplo, en la Sentencia TS Rec. 1887/0450/1, el Tribunal entendió que no existía allanamiento de morada (artículo 504 del Código Penal), sino tentativa de robo en casa habitada (artículo 516.5 del mismo cuerpo legal), porque la intención del delito, que se muestra en los hechos probados, indica que el fin era robar. Por contra, en la Sentencia TS Rec. 1881/0047/2, el Tribunal optaba por aplicar el delito de allanamiento de morada y no el de robo en casa habitada, basándose en que éste último delito no se había comenzado a ejecutar.

¹²⁷ En efecto, la interpretación de las normas infraconstitucionales debe adaptarse al texto constitucional. En relación con entradas domiciliarias, el Tribunal Supremo ha invocado una nueva lectura del artículo 215 del Código Penal (precedente de los vigentes 204 y 534.1), en relación con el artículo 6 de la Constitución de 1876, en las sentencias TS Rec. 1887/0090/1 y Rec. 1886/0307/1.

En ciertas ocasiones, también el Tribunal Supremo ha comparado la regulación de la inviolabilidad del domicilio en distintos textos constitucionales (en concreto, los de 1869 y 1876). *Vid.*, al respecto, las Sentencias TS Rec. 1888/0445/1 y Rec. 1883/0523/1.

domicilio con la vida privada, la *privacy* y la intimidad. Para poder hacer frente a esta diversidad terminológica y determinar con mayor precisión cuál es el bien jurídico protegido por la inviolabilidad del domicilio, conviene partir de una observación previa: la utilización de nociones tales como *vida privada* o *privacidad* tiene su origen en categorías jurídicas (*vida privada* y *privacy*) que han surgido y se han desarrollado en otros ordenamientos distintos al nuestro.

En el caso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, esta idea puede ilustrarse con dos consideraciones de distinto tipo. Así, de un lado, cuando el Tribunal utiliza la expresión «*vida privada*», parece claro que interpreta los artículos 18.1 y 2 CE en relación con normas internacionales (en especial, al artículo 8 CEDH). Tal actuación está expresamente posibilitada, y más aún, ordenada por el artículo 10.2 CE, que señala que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

De otro lado, parece que la utilización (incorrecta desde el punto de vista gramatical) del término «*privacidad*» (como la de *privatezza* en el marco del Derecho Constitucional italiano¹²⁸), proviene de la protección de la «*privacy*», propia del Derecho norteamericano.

Las siguientes páginas de este trabajo van a tratar de examinar estos términos allí donde han surgido para concretar su origen y alcance, así como su conexión con la inviolabilidad del domicilio. No obstante, antes de pasar a realizar tal estudio conviene hacer dos observaciones previas. La primera consiste en reiterar que el propósito que van a perseguir las siguientes líneas no es analizar la protección de la inviolabilidad del domicilio, sino la de examinar el surgimiento y alcance de las nociones de *vida privada* (Convenio Europeo de Derechos Humanos) y de *privacy* (Estados Unidos) para, posteriormente, estudiar su conexión con la inviolabilidad del domicilio y con la *intimidad*. La segunda observación que debe realizarse es que las siguientes páginas no pretenden realizar un análisis de tales institutos jurídicos que lleve a un estudio de materias que, de forma evidente, superen los marcados al principio de esta investigación.

¹²⁸ FASO, IGNAZIO, *La libertà...*, págs. 82 y 83.

3.2. El problema en las normas internacionales relativas a derechos humanos, con especial referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos

Varios son los textos internacionales en los que se garantiza la inviolabilidad del domicilio¹²⁹. De ellos, y por varios motivos, quizás el más importante en nuestra esfera geográfica y política es el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por un lado, la jurisprudencia emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha conformado un «derecho común europeo»¹³⁰ (que, esto sí, debe considerarse autónomo en relación con el nacional). Por otro, la protección deparada por el Convenio adquiere un relieve muy especial para los países comunitarios, ya que el artículo F.2 del Tratado de Maastricht vincula a la Unión Europea (artículo A) al respeto de los derechos fundamentales «tal y como se garantizan en el Convenio»¹³¹.

El artículo 8 CEDH asegura, en su apartado primero, el derecho de toda persona al respeto de su vida privada familiar, *de su domicilio* y de su correspondencia. Su segundo apartado establece que «no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la

¹²⁹ Vid. los artículos 12 DUDH (1948), 17 PIDCP (1966), 9 DADDH (1948) y 11 CADH (1969) (todas las referencias se pueden consultar en CASTRO CID, B. de: *El reconocimiento de los derechos humanos*. Madrid, 1982, págs. 63-64, 131-132, 53-54, y 177-178).

¹³⁰ Se alude al ya clásico trabajo de PETER HÄBERLE: «Derecho Constitucional común europeo», publicado en la *REP*, 79 (1993), especialmente pág. 22, nota 47 y su posterior «Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania», manuscrito (1992), págs. 2-3.

¹³¹ También se vincula el Tratado a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

Esta vinculación del Tratado de la Unión Europea no parece que resuelva de forma definitiva el problema de la protección de los derechos humanos en la Comunidad. Sobre la cuestión, *vid.*, en general, el trabajo de quien escribe estas líneas *Derecho...*, pág. 5174, en el mismo sentido, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (en su obra, escrita con TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II. 2.ª ed. Madrid, 1986, pág. 66), donde señala que «Normalmente la tabla del Convenio asegura un *standard menor* que el de la Constitución, pero esa afirmación habría de matizarse bastante si se atiende a la jurisprudencia del Tribunal Europeo, que ha interpretado normalmente con especial *amplitud* los derechos de dicho Convenio».

protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás»¹³².

El origen del artículo 8 CEDH parece apuntar al artículo 12 DUDH (1948), que señala que «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, *su domicilio* o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias o ataques». Como Jacques Velu y Rusen Ergéc han señalado¹³³, el artículo 8 CEDH es, en relación con el artículo 12 DUDH, menos favorable; pero depara, a la vez, una mayor protección. En primer lugar, es menos favorable porque el Convenio no retoma la referencia de la protección de la honra y de la reputación que sí se recoge en la Declaración¹³⁴. En segundo lugar, contiene un mayor grado de protección, ya que —además de prohibir las injerencias arbitrarias— contiene reservas de tipo formal —la injerencia debe estar prevista en una ley— y material —necesidad de la medida para la protección de determinados intereses en una sociedad democrática—.

El aludido derecho al respeto del domicilio se ha interpretado tradicionalmente como uno de los mecanismos de protección de la *vida privada*. Este derecho general a la vida privada es relativamente joven¹³⁵ y presenta una paradoja en relación con el derecho de *privacy* reconocido tradicionalmente en los ordenamientos anglosajones: si bien es materialmente más extenso que el que se protege en éstos (es decir, tiene un mayor contenido¹³⁶ —a pesar de ser éste contingente¹³⁷; es decir, variable en el tiempo y en el espacio—), posee —como se verá más adelante— unas garantías menores.

A pesar de la dificultad de acotar la noción de *vida privada*, parece claro que, en todo caso, ésta incluye dos vertientes, tal y como se deduce de la jurisprudencia del Tribunal Europeo: una clásica, el de-

¹³² El texto se toma de CASTRO CID, B. de: *El reconocimiento...*, págs. 73-74, pero el subrayado corresponde a este trabajo.

¹³³ VELU, J. y ERGEC, R.: *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*. Bruselas, 1990, pág. 528.

¹³⁴ También FERNANDO HERRERO-TEJEDOR ha señalado que el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no protege el honor (en *Honor...*, pág. 44).

¹³⁵ VELU, J. y ERGEC, R.: *La Convention...*, págs. 535-536.

¹³⁶ *Ibidem*, pág. 536.

¹³⁷ FRÉDÉRIC SUDRÉ ha hecho notar como la noción de *vida privada* es contingente, «que no puede ser definida con precisión» (en *La Convention européenne des droits de l'homme*. París, 1990, pág. 102). Debe recordarse que esta afirmación es muy cercana a la ya examinada del Tribunal Constitucional español, cuando este hacía notar la dificultad existente en el intento de «acotar con nitidez el contenido de la intimidad» (Sentencia 110/1984/3, de 26 de noviembre).

recho al secreto de la vida privada —entendida ésta de forma más amplia que la intimidad, pues se conecta, también, con la actividad profesional de la persona¹³⁸—; la otra, más novedosa, y que consiste en el derecho a la libertad de la vida sexual¹³⁹. Esta visión del derecho¹⁴⁰ implica no solamente una pretensión de abstención, sino también un derecho general de libertad —incluyendo los derechos al matrimonio, a fundar una familia o a la igualdad de los cónyuges¹⁴¹—, que se expresa en una prohibición general de injerencias arbitrarias de los poderes públicos¹⁴².

Una de las vertientes que conforman el derecho a la vida privada es el domicilio, cuyo respeto impone el artículo 8.1 CEDH. Hasta fechas relativamente recientes, la doctrina presumía que el mencionado respeto del domicilio garantizaba, aunque no únicamente, la inviolabilidad del domicilio.

Los órganos del Consejo de Europa no habían relacionado, hasta 1989, respeto e inviolabilidad del domicilio. En todo caso parecía que, para la Comisión y el Tribunal europeos, la categoría del respeto del domicilio era más amplia que la de la inviolabilidad del domicilio, ya que incluía otras garantías¹⁴³.

En la actualidad, no cabe ninguna duda de que la inviolabilidad del domicilio está garantizada en el artículo 8 CEDH. Si esta idea podía deducirse (por vía interpretativa) de la Decisión de la Comisión de 30 de mayo de 1974 y de la Sentencia Gillow del Tribunal de Estrasbur-

¹³⁸ Sentencia Niemietz, de 16 de diciembre de 1992, considerando 29. *Vid.*, en este sentido, RUIZ MIGUEL, C.: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Madrid, 1995, pág. 28.

¹³⁹ *Idem vid.* también la estructura del trabajo de VELU, J. y ERGEC, R.: *La Convention...*

¹⁴⁰ Que, debe señalarse, no es la única existente en el panorama doctrinal europeo. Así, por ejemplo, los profesores JACQUES ROBERT y JEAN DUFFAR han señalado que la vida privada contiene en sí el respeto de los comportamientos, el anonimato y el respeto de la vida relacional de la persona (en *Libertés...*, pág. 295 y ss.).

¹⁴¹ Tales derechos (que pueden ser examinados en VELU, J. y ERGEC, R.: *La Convention...*, párrafos 696 a 706), escapan a la noción que en nuestra doctrina y jurisprudencia se mantiene de intimidad, y tienen una sustantividad autónoma.

¹⁴² Sentencia Niemietz, Considerando 31.

¹⁴³ Inciden, por ejemplo, en la regla del respeto del domicilio medidas expropiatorias (Decisión de la Comisión de 3 de marzo de 1982) o la negativa de permitir a unos propietarios el habitar en su casa (Sentencia Gillow, de 24 de noviembre de 1986). Por contra, el derecho al respeto del domicilio no implica un derecho subjetivo a poseer un domicilio conveniente (*convenable*) (Decisiones de la Comisión de 29 de septiembre de 1956 y de 15 de julio de 1976) (extraído de VELU, J. y ERGEC, R.: *La Convention...*, pág. 557).

go¹⁴⁴, hoy puede apoyarse en las (concluyentes a estos efectos) Sentencias TEDH Chappell, Crémieux, Funke, Miallhe y, especialmente, Niemietz, dictadas entre los años 1989 y 1993¹⁴⁵.

En el asunto Chappel, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos examina si un auto judicial que posibilita una entrada en un video-club (que es, al tiempo, vivienda de su titular) vulnera el artículo 8 CEDH. El Tribunal analiza (aunque finalmente desestima) la pretensión, lo que implica que el respeto del domicilio incluye el respeto de su inviolabilidad¹⁴⁶.

También se ve afectado el respeto del domicilio (y, antes que nada, su inviolabilidad) por el viejo artículo 64 del Código de Aduanas francés, que permite la realización de visitas domiciliarias en relación con ciertas mercancías (como ponen de manifiesto las Sentencias Funke, Crémieux y Miallhe¹⁴⁷).

Igualmente, el registro y secuestro judicial regulados en el procedimiento criminal alemán que afecta a un despacho de abogados puede cuestionar el derecho reconocido en el artículo 8 CEDH (Sentencia Niemietz).

Finalmente, la Sentencia TEDH López Ostra¹⁴⁸, pone de manifiesto, como se acaba de insinuar, que el respeto del domicilio garantizado en el artículo 8 CEDH es más amplio que la estricta inviolabilidad del mismo (tal y como ésta es recogida en el artículo 18.2 CE). En esta Sentencia, el Tribunal de Estrasburgo condena a España por entender que el municipio de Lorca debió actuar ante las molestias (humos,

¹⁴⁴ La citada Decisión de la Comisión, al excluir a los vehículos de la noción de domicilio a efectos del artículo 8 CEDH, introduce, en alguna medida, la inviolabilidad del mismo en dicho precepto. En la Sentencia Gillow se examinaba, no la inviolabilidad del domicilio, sino la posibilidad de impedir a un propietario habitar en su casa. Puede examinarse la Sentencia en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987*. Madrid, 1991, pág. 740 y ss. Debe hacerse notar que, en esta Sentencia, se vincula la noción del domicilio a la de la propiedad sobre el mismo. Esta forma de razonar no se seguiría en la jurisdicción constitucional española, ya que, en un asunto similar, se estudiaría como único derecho afectado el de la libre elección de residencia o el de la propiedad (pero no el de la inviolabilidad del domicilio).

¹⁴⁵ La Sentencia TEDH Chappell fue dictada el 30 de marzo de 1989. Las Sentencias TEDH Funke, Crémieux y Miallhe, el 25 de febrero de 1993. La Sentencia Niemietz ya ha sido citada.

¹⁴⁶ Un resumen más amplio de los hechos que originan el caso, así como de la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo en Barcelona LLOP, J.: *Ejecutividad...*, págs. 491-495.

¹⁴⁷ En los tres casos se decidirá, por ocho votos contra uno, que en el supuesto que se examina, el artículo 8 CEDH fue efectivamente vulnerado.

¹⁴⁸ Sentencia TEDH de 9 de diciembre de 1994.

ruidos y penetrantes olores) provocadas por una depuradora (que no debía funcionar por carecer de permiso municipal y por encontrarse sobre un emplazamiento inadecuado), ya que inciden sobre el respeto al domicilio garantizado en el artículo 8.1 CEDH¹⁴⁹.

Esta jurisprudencia demuestra que la protección del respeto al domicilio es, sin duda alguna, más amplia que la referida a su inviolabilidad (que no podría alegarse, en principio¹⁵⁰, sino contra la entrada ilegítima de personas en el mismo). En efecto, la inviolabilidad del domicilio constituye solamente una de las vertientes del respeto al domicilio recogido en el artículo 8 CEDH y tal respeto protege la vida privada. Pero, además, es necesario hacer notar que, paradójicamente, las garantías contenidas en el artículo 8 CEDH son, por lo general, inferiores a la ofrecidas por las Constituciones nacionales. Esto ocurre por varias razones. La primera de ellas es el amplio margen de discrecionalidad que el Convenio concede a los Estados. La segunda razón es que el propio Convenio ha sido negociado por los gobiernos europeos y éstos han sido, por lo general, restrictivos en el reconocimiento de los derechos y han incluido, además, reservas a la aplicación del Convenio¹⁵¹.

¹⁴⁹ Considerandos 47 y 54. *Vid.* también el Considerando 51.

La Sección segunda del Tribunal Constitucional había señalado con anterioridad que no «puede considerarse que “la invasión de olores desagradables, ruidos y humos” generados por la planta depuradora entrañe la violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, so pena de desnaturalizar el contenido de ese derecho» (Providencia de la Sala Primera de 26 de febrero de 1990, núm. de registro 2037/1989). Un resumen básico de los hechos, así como una valoración de la Decisión del Tribunal de Estrasburgo, en CARRILLO DONAIRE, J. A. y GALÁN VIOQUE, R.: «¿Hacia un Derecho fundamental a un medio ambiente adecuado?», *REDA*, 86 (1995), págs. 271-285. El propio título del trabajo y su idea directriz (que el Derecho a un medio ambiente adecuado es la *ratio decidendi* del Tribunal Europeo —*ibidem*, pág. 277 y ss.—), demuestran como el problema planteado supera, en el marco del Derecho español, la mera infracción de la inviolabilidad del domicilio. La posibilidad de que la protección europea de un derecho sea más amplia que la nacional ya es apuntada en las conclusiones del magnífico trabajo de PIERRE KAYSER, *La protection de la vie privée*, 2.^a ed. Aix-en-Provence/París, 1990, pág. 435.

¹⁵⁰ El Tribunal Constitucional estima que el artículo 18.2 CE veta «toda clase de invasiones, incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos» (Sentencia 22/1984/5).

¹⁵¹ Algunos autores se han planteado el problema de la protección general de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario, en este contexto, P. H. TEITGEN hizo notar su desconfianza sobre la protección de los derechos humanos en el ámbito comunitario a través de un acuerdo de los gobiernos de los Estados miembros, pareciéndole más acertada la defensa pretoriana de los mismos, que había sido capaz de fijar un estándar máximo de protección en la Sentencia Nold del Tribunal de Justicia comunitario —Sentencia de 14 de mayo, publicada en *Recueil de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, 1974, pág. 491 y ss.— (en «La protection des droits fonda-

La afirmación genérica de que la protección ofrecida por el Convenio es inferior a la que se obtiene en los distintos ordenamientos constitucionales se muestra de forma clara en el derecho a la inviolabilidad del domicilio, si se compara la formulación recogida en el Convenio con la contenida, entre otras, en la Constitución española. En efecto, como ya se ha señalado, las garantías recogidas en el Convenio que legitiman una injerencia en la *vida privada* son fundamentalmente dos: de un lado, deben haberse previsto por ley y, de otro, debe constituir una medida necesaria en una sociedad democrática¹⁵². Sin embargo, a la reserva legal que el Convenio impone, las Constituciones nacionales suelen añadir una garantía judicial, en el sentido de que frecuentemente exigen una intervención judicial previa a la realización de una entrada domiciliaria. Esta intervención judicial se encuentra recogida en la Constitución española (artículo 18.2) o francesa (artículo 66), entre otras.

Por último, debe ponerse en conexión la reflexión que se acaba de hacer con el carácter autónomo de los derechos recogidos en el Convenio. En efecto, cuando un particular recurre ante la Comisión Europea de Derechos del Hombre, invocando la vulneración de un derecho reconocido en el Convenio, la Comisión Europea y, en su caso, el Tribunal de Estrasburgo, estudiarán si existe esa vulneración de los derechos que el Convenio recoge¹⁵³ (y en los términos en que lo hace), sin utilizar como parámetro de control la específica redacción constitucional nacional del derecho. Por ello, si bien el Convenio supone una garantía suplementaria en relación con los derechos fundamentales —que permite perseverar en el recurso ante otra instancia—, tal garantía posee, también, menor efectividad —ya que, como se ha señalado anteriormente, el parámetro de control es menos exigente—.

mentaux dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes». AA.VV.: *L'adhésion des Communautés européennes a la Convention européenne des droits de l'homme* (sous la présidence de W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH). Bruselas, 1981, pág. 32). También en referencia a la protección comunitaria de los derechos fundamentales, PIERRE PESCATORE ha señalado que la vía jurisprudencial frente a la elaboración de una carta [de derechos] ha puesto de manifiesto la diferencia entre un estándar máximo (Sentencia Nold) y el mínimo (en *La protection des droits fondamentaux par la pouvoir judiciaire*, ponencia presentada al VII Congress International de Droit Européen. Bruxelles, 2-4 octobre 1975). El problema del Convenio Europeo en relación con el ordenamiento constitucional español ha sido analizado por quien escribe estas líneas (en *Derecho...*, pág. 5174).

¹⁵² JACQUES VELU y RUSEN ERGEC: (*La Convention...*, pág. 557) creen que el artículo 8.1 CEDH no subordina explícitamente las visitas domiciliarias a la existencia de un mandamiento judicial, aunque entienden que pueda derivarse de forma implícita del tenor del artículo 8.2 del Convenio.

¹⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; y FERNÁNDEZ, T.-R.: *Curso...*, II, pág. 66.

3.3. El problema en el Derecho norteamericano: la «privacy»

En páginas anteriores, se ha hecho referencia a la doble influencia perceptible en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio (y, desde una perspectiva más general, en relación con el derecho a la intimidad). La primera, relacionada con el término «vida privada», proviene, como ya se ha visto, de normas internacionales en materia de derechos humanos, especialmente la del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La segunda influencia, que se muestra en la (incorrecta desde un punto de vista gramatical) utilización del término «*privacidad*», parece conectarse con el «*right to privacy*» norteamericano.

La *privacy* hunde sus raíces en el derecho de propiedad, para proteger las intrusiones físicas (*physical trespass*), en el marco del *common law* inglés¹⁵⁴. Ahora bien, y como ya se ha indicado con anterioridad, la utilización de tal derecho es instrumental para proteger la libertad personal. En este contexto de la *privacy-property* se sitúan algunos de los precedentes más conocidos de la inviolabilidad del domicilio en la órbita del derecho inglés. Éste es el caso de la Sentencia analizada por W. J. Wagner¹⁵⁵, fechada en 1348: «el demandado de aquel remoto caso fue una noche a la taberna de los demandantes para comprarles vino. Encontrando la puerta cerrada, comenzó a golpearla con un hacha pequeña que llevaba. La tabernera se asomó a la ventana (baja, según parece) y le dijo que cesara de golpear la puerta. Lo que sucedió después resulta hoy día poco claro. Porque no se comprende —el texto original está redactado en francés antiguo— si el demandado continuó golpeando la puerta o también trató de alcanzar a la mujer»¹⁵⁶.

En todo caso, la Sentencia concedió a los demandantes una indemnización por daños y perjuicios. W. H. Wagner entiende que al no existir lesiones físicas en la persona de la tabernera, lo que la Sentencia amparó fue la *intimidad*¹⁵⁷. Esta última afirmación puede ser matizada. Parece claro que, aunque no hubiera lesiones, si hubo un claro ataque contra la propiedad (otra cosa es que mediante ese derecho se pueda proteger indirectamente la *intimidad*, o, con mayor probabilidad, la libertad personal).

¹⁵⁴ Vid. MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*. Barcelona, 1984, págs. 18-19.

¹⁵⁵ Que recoge MIGUEL URABAYEN (en *Vida privada e Información. Un conflicto permanente*. Pamplona, 1977, pág. 43).

¹⁵⁶ *Ibidem*, pág. 44.

¹⁵⁷ *Idem*.

También desde esta óptica puede leerse el discurso de *Lord Chatham* en el Parlamento británico de 1776, referido a la controvertida utilización de órdenes generales de arresto, en el que afirmó que «el hombre más pobre puede, en su casa, desafiar a todas las fuerzas de la Corona. Esa casa puede ser endeble, su tejado puede derrumbarse, el viento puede soplar en su interior, la tormenta puede entrar, la lluvia puede entrar. Pero el Rey de Inglaterra no puede entrar, sus ejércitos no se atreverán a cruzar el umbral de la arruinada morada»¹⁵⁸.

Este derecho a la *privacy-property* dará paso, con el tiempo al derecho de *privacy-personality*. Una nueva concepción del derecho a la *privacy*, de más reciente impronta en el derecho americano¹⁵⁹, que suele atribuirse al clásico trabajo de Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, «The right to privacy» (publicado en la *Harvard Law Review*, en diciembre de 1890). Sin embargo, ya con anterioridad, el Juez Cooley se había referido en su obra *The elements of Torts*¹⁶⁰ al derecho «a ser dejado sólo» (*the right to be let alone*), traducido en nuestro país habitualmente como el derecho a ser dejado en paz¹⁶¹.

El trabajo citado de Warren & Brandeis, tiene su origen en la injerencia de los periodistas en las fiestas organizadas por la mujer de Warren (hija, a su vez, de un celebre senador). Warren y Brandeis estudian el problema desde un punto de vista jurídico, publicando (varios años después de los hechos analizados) el artículo citado. En él, los autores hacen notar que los nuevos ingenios mecánicos (en especial la fotografía) ponen en peligro el derecho «a ser dejado sólo». Por ello, defienden la existencia de un principio que garantiza la *privacy*¹⁶², principio oponible a terceros¹⁶³.

La tesis más importante de las mantenidas en el artículo es la referida a la necesidad de proteger la *privacy*, desvinculando ésta de la

¹⁵⁸ *Ibidem*, pág. 45.

¹⁵⁹ *Vid.*, entre otros, MIGUEL CASTAÑO, A. de: *Derecho a la información frente al derecho a la intimidad. Su incidencia en el sistema de información estadística*. Madrid, 1983, pág. 26 y pág. 29; MORALES PRATS, F.: *La tutela...*, pág. 159; HERRERO-TEJEDOR, F.: *Honor...*, pág. 34.

¹⁶⁰ *Idem* sobre el juez COOLEY, *vid.* SCHWARTZ, B.: *Algunos...*, págs. 100-105.

¹⁶¹ Por todos, *vid.* HERRERO-TEJEDOR, F.: *Honor...*, pág. 78, y URABAYEN, M.: *Vida...*, págs. 13-14. El último trabajo citado, que examina el conflicto entre *vida privada* e información (que se deriva del artículo 2 de la Ley de Prensa), constituye una obra básica para el análisis de la distinta recepción del derecho a la intimidad personal en Inglaterra, Estados Unidos, Francia y España.

¹⁶² WARREN, S. D. y BRANDEIS, L. D.: *The right...*, pág. 205, como conclusión de la primera parte del trabajo.

¹⁶³ *Ibidem*, pág. 206 y 213 (en esta última página, los autores afirman que «son derechos frente al mundo»).

propiedad. Como Fernando Herrero-Tejedor señala¹⁶⁴, los autores del trabajo, «apoyándose en el derecho de la propiedad intelectual y a la creación artística, van configurando la existencia de un derecho a la *privacy* dotado progresivamente de más autonomía. La *intimidad* debe ser protegida de los nuevos ataques que se ciernen sobre ella» (en especial, como ya se ha indicado, de los avances en la fotografía). «La *privacy* debe desgajarse del derecho de propiedad, e incluso de la estricta protección del honor»¹⁶⁵.

Ya en este clásico trabajo, se hace notar que el derecho conoce limitaciones. En efecto, en relación con la reserva ante la información, es posible publicar las noticias cuando poseen interés general o cuando la publicación se realiza por el propio interesado (o con su consentimiento), entre otros supuestos¹⁶⁶. Tampoco cuestiona la *privacy* la publicación de noticias ciertas o la ausencia de malicia con la que se dan a conocer¹⁶⁷.

Tal concepción del derecho a la *privacy* puede conectarse con la noción que en el ordenamiento constitucional español se da a la *intimidad*.

No obstante, el derecho a la *privacy* ha evolucionado en el Derecho americano. En la actualidad, como señalan los Tratados clásicos de Derecho Constitucional, ha desbordado ese viejo contenido y la jurisprudencia relacionada con él examina también las siguientes materias: (a) esterilización y contracepción; (b) derechos relacionadas con el matrimonio y la familia; (c) aborto; y, (d) derecho a tomar parte en actos sexuales¹⁶⁸. De tal modo, se ha conectado el viejo contenido de

¹⁶⁴ HERRERO-TEJEDOR, F.: *Honor...*, pág. 35.

¹⁶⁵ *Ibidem*, pág. 36. Sobre los peligros de conexasión la *privacy* con los derechos de propiedad, *vid.* ROPPO, E.: *I diritti...*, pág. 105.

¹⁶⁶ WARREN, S. D. y BRANDEIS, L. D.: *The right...* págs. 214-218.

¹⁶⁷ *Ibidem*, pág. 218.

¹⁶⁸ Ver, como muestra, ROTUNDA, R. D.; NOWAK, J. E. y YOUNG, J. N.: *Treatise on Constitutional law. Substance and Procedure*, vol. II, St. Paul, 1986, págs. 554-608. Por su parte, LAWRENCE H. TRIBE examina el derecho de *privacy*, junto a los derechos de la personalidad (en *American Constitutional law*, 2.^a ed. Mineola, New York, 1988, pág. 1302 y ss.). Otros autores, como FRANÇOIS RIGAUX, distinguen en la *privacy* tres facetas (intimidad, individualismo y relaciones societarias de la persona) (en *L'élaboration...*, pág. 707).

ENZO ROPPO distingue dos tipos de *privacy*: la *privacy of disclosure* o *privacy revelacional* (el derecho al control del flujo de información que se refiera a los detalles de la individualidad de cada uno) y la *privacy of autonomy* o *privacy-autonomía* (que es ese aspecto de la *privacy* referido a «la capacidad individual para decidir actuar de una determinada manera o someterse a determinadas experiencias, sin sufrir interferencias externas») (en *I diritti...*, pág. 103). El mismo autor observa que, mientras que el Tribunal Supremo ha realizado una jurisprudencia extensiva de la *disclosural privacy*, des-

la *intimidad* con el aún más anciano artículo 5 DDHC, precepto que afirma —en traducción de Gregorio Peces-Barba¹⁶⁹— que «la ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad» y que «todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ésta no ordena». Ello explica que del viejo derecho-resistencia se haya derivado un derecho que también muestra una posición activa del sujeto (presente en materias tales como la de la contracepción o la del matrimonio, conectadas con el libre desarrollo de la personalidad)¹⁷⁰.

La jurisprudencia relativa a tales contenidos de la *privacy* no va a ser examinada en este trabajo, por alejarse de los fines que en él mismo se persiguen. Aun así puede constatararse una doble paradoja. Debe destacarse, en primer lugar, la escasa relación existente entre el derecho a la *privacy* y la IV Enmienda de la Constitución americana, norma que, como se ha señalado al comienzo de este capítulo, es la materialmente más cercana al artículo 18.2 CE¹⁷¹. En este sentido, debe

vinculándola del domicilio para centrarse en la persona; en el caso de la *autonomy privacy*, el Tribunal Supremo ha sido restrictivo, incluso en la jurisprudencia relacionada con la vida realizada en el interior del domicilio, respaldando en sus sentencias la condena por *a*) la posesión de material obsceno en casa [Sentencia Stanley v. Georgia, 394 US 557 (1969)] y *b*) por la práctica de la sodomía (también cuando ésta se realiza voluntariamente entre adultos y dentro de una habitación) contenida en una Ley de Virginia, que el Tribunal encuentra acorde a la Constitución en la Sentencia Doe v. Commonwealth's attorney, 425 US 901 (1976) (*ibidem*, pág. 109).

¹⁶⁹ En *Textos...*, pág. 88.

¹⁷⁰ La *privacy* desempeña, en el ordenamiento constitucional norteamericano, un papel directriz, como ha puesto de manifiesto el profesor WESTIN (extraído de RIGAUX, F.: *L'élaboration...*, pág. 706).

¹⁷¹ En este sentido, ENZO ROPPO ha señalado que si bien ningún precepto constitucional regula la (disclosural) *privacy*, el que más se aproxima es la IV enmienda (en *I diritti...*, pág. 103). El autor, basándose en la Sentencia TS EEUU Katz v. US (analizada anteriormente en este trabajo), afirma que la garantía de la tutela de la *privacy* deviene autónoma de la del domicilio —ya que se amparaba el secreto de las comunicaciones que el acusado efectuó desde una cabina pública—, protegiéndose una «inmaterial *zone of privacy*» (*ibidem*, pág. 104). En esta misma idea ahondan ISRAEL, J. H. y LAFAVE, W. R.: *Criminal...* (1988), pág. 58). Sobre la vinculación entre la *privacy* y la realización de actividades privadas o actos realizados en lugares privados, *vid.* la última obra citada, págs. 59-63. Esta conexión entre *privacy* e inviolabilidad del domicilio se refiere a la *privacy* como sinónimo del término *intimidad* que se recoge en el artículo 18.1 CE.

Por contra, FRANÇOIS RIGAUX entiende que las Enmiendas I, IV y XIV son relevantes (fuentes) de la *privacy* (en *L'élaboration...*, pág. 704). El autor opta por una concepción extensiva en la que incluye: 1) el derecho a la soledad; 2) el right of *privacy* ejercido en el interior de asociaciones o comunidades libremente formadas; 3) el derecho de tomar solo las decisiones en la esfera propia de *intimidad personal*; 4) el derecho de comunicación con otro y la protección del secreto de las comunicaciones (pág. 708). Para el autor, «sólo la inviolabilidad del domicilio exprime en su pureza el derecho a la soledad» (pág. 711). De ser así, y a los fines de este trabajo, sería válida la conexión

insistirse en que la conexión entre tales normas, cuando se ha mantenido en la jurisprudencia americana¹⁷², ha sido partiendo de una concepción material de *privacy* que es prácticamente coincidente con la noción decimonónica de la *privacy* y con la actual regulación española de la *intimidad*. De hecho, el apartado en el que Edward S. Corwin analiza esta materia en su obra *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, se titula «expectativas de intimidad»¹⁷³.

La segunda paradoja apuntada, más útil al desarrollo de la presente investigación, es que no es posible identificar totalmente el instituto jurídico norteamericano de la *privacy* y el español de la *intimidad*. La *privacy* norteamericana es una noción más amplia en la actualidad que la española de *intimidad*. Solamente sería posible equiparar a la *intimidad* la categoría decimonónica de la *privacy*, debida, en lo esencial, a Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis.

4. INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO E INTIMIDAD

4.1. La inviolabilidad del domicilio protege la *intimidad*, categoría distinguible de la *privacy* o de la vida privada

Se acaba de afirmar que las nociones de vida privada y de *privacy* son conceptualmente más extensas que la de *intimidad*¹⁷⁴. Es preciso pro-

material entre tal reconocimiento de la inviolabilidad domiciliaria y la *intimidad*, como derecho a la soledad, a la no injerencia por terceros de carácter público o privado.

¹⁷² El propio Tribunal Supremo americano ha conectado en varias ocasiones la *privacy* con la IV Enmienda, en lo relativo al secreto de las comunicaciones. *Vid.* la Sentencia Katz v. US [389 US 347 (1967)]; en lo relativo a la inviolabilidad del domicilio, *vid.* la Sentencia Ney York v. Belton (453 US 454 (1981)). En la jurisprudencia americana, se ha afirmado que la expectativa de *privacy* puede darse en un granero [Sentencia US v. Dunn, 107 S.Ct. 1134 (1987)], pero que siempre es menor en relación con los vehículos [Sentencia US v. Chadwick, 433 US 1 (1977), entre otras]. La jurisprudencia citada se extrae de ISRAEL, J. H. y LAFAVE, W. R.: *Criminal...* (1988), págs. 58-63, 109-113, 147-148 y 164.

¹⁷³ *Ob. cit.*, pág. 454-456, donde se analiza también el problema desde la perspectiva negativa; es decir, examinando también cuando no cabe mantener la existencia de una expectativa de *privacy* (por ejemplo, en relación con la chaqueta colgada en un perchero en el área de trabajo de una oficina exterior, etc..., *vid.* págs. 455-456).

¹⁷⁴ Esta afirmación no hace preciso examinar, como se ha hecho en otros trabajos españoles (URABAYAEN, M.: *Vida...*, págs. 89-99, MORALES PRATS, F.: *La tutela...*, pág. 123 y ss., HERRERO-TEJEDOR, F.: *Honor...*, pág. 81 y VIDAL MARTÍNEZ, J.: «En torno al

fundizar ahora en la diferenciación entre *vida privada* e *intimidad* ya que la resolución de este problema es presupuesto necesario del siguiente: la determinación del bien jurídico protegido por la inviolabilidad del domicilio en la órbita del Derecho español.

En algunas ocasiones, nuestra doctrina, al igual que la francesa¹⁷⁵, ha puesto de manifiesto que los términos *intimidad* y *vida privada*, si bien son próximos, no son idénticos. En la doctrina española Pedro J. González-Trevijano, se ha referido a tal distinción en su trabajo sobre *La inviolabilidad del domicilio*, en el que afirma que los términos *vida privada* y *vida íntima* no son coincidentes, ya que «la intimidad se manifiesta como la parte o núcleo más «privado» de la *vida privada*»¹⁷⁶. En esta misma línea, Eduardo Espín Templado¹⁷⁷ constata que «desde un punto de vista técnico la Constitución no formula la vida privada como un derecho (salvo que se emplee el término como sinónimo de intimidad)».

La misma diferenciación implícita se da en los autores franceses¹⁷⁸, italianos¹⁷⁹ y españoles¹⁸⁰ que han afirmado que la inviolabilidad del domicilio protege la *intimidad* de la *vida privada*.

Lo cual implica, de un lado, que no son coincidentes las nociones de *intimidad* y *vida privada* y, de otro, que la garantía domiciliaria se conecta, en opinión de los autores citados, con la *intimidad* en mayor

concepto y naturaleza del derecho a la intimidad personal y familiar», *RGD*, 436-437 (1981), pág. 7) o extranjeros, (BRICOLA, F.: *Prospective...*, pág. 1085 y, especialmente, KAYSER, P.: *La protection...*, pág. 82 y ss.), las diferentes esferas que pueden acotar la *privacy*. Especialmente interesante es la distinción realizada por FERMÍN MORALES PRATS entre la *privacy* de la esfera íntima, la *privacy* política y la *privacy* de la libertad personal (en su obra *La tutela...*, págs. 123-124).

¹⁷⁵ En relación con el Derecho francés, la distinción entre *vida privada* e *intimidad* ha sido planteada en LINDON, R.: *Dictionnaire...*, en relación con el artículo 9 del Código Civil francés, que será analizado posteriormente.

¹⁷⁶ GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, pág. 130. *Vid.*, también, las páginas 63-64. *Vid.*, en todo caso, en relación con el origen de la intimidad LUCAS MURILLO, P.: *El derecho...*, pág. 43 y ss. y RUIZ MIGUEL, C.: *La configuración...*, pág. 30 y ss.

¹⁷⁷ En *Fundamento...*, pág. 45.

¹⁷⁸ *Vid.* RENOUX, T.: *Le Conseil...*, pág. 521; FAVOREU, L. y PHILIP, L.: *Les grandes...*, pág. 219; LUCHAIRE, F.: *La protection...*, pág. 382; y ROCHE, J.: *Libertés...*, pág. 67 y ROCHE, J. y POUILLE, A.: *Libertés...*, pág. 80.

¹⁷⁹ *Vid.* AMATO, G.: *Articolo...*, págs. 58-59; y D'ALESSIO, R.: «Articolo 14», en CRISAFULLI, V. y PALADÍN, L. (dirs.): *Commentario breve alla Costituzione*, Padua, 1990, pág. 89, en relación con la normativa penal, *vid.* PAGANETTO, G.: «Libertà domiciliare nelle autovetture e limiti alla tutela dell'ambiente (osservazione alla Sentenza della Corte Costituzionale, 31 marzo 1987 n. 88)», en *GC*, 1987, pág. 1781.

¹⁸⁰ *Vid.*, por todos, VIDAL MARTÍNEZ, J.: *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*. Madrid, 1984, pág. 25, y FARIÑAS MATONI, L. M.^a: *El derecho a la intimidad*. Madrid, 1983, pág. 188. Ambos autores se refieren al caso francés.

medida que con cualquier otro bien jurídico. En todo caso, la expresión *intimidación de la vida privada* tiene su origen en la jurisprudencia francesa y en la legislaciones francesa y española. Es por ello conveniente recordar la Decisión CCF 76-75 DC¹⁸¹ en la que se cuestionaba la constitucionalidad de una ley aprobada en la sesión otoñal parlamentaria de 1976 que permitía a los oficiales de la policía judicial registrar en presencia del conductor los vehículos, así como lo que en ellos hubiera, salvo si se trataba de un vehículo manifiestamente abandonado. Cuando el vehículo servía de residencia efectiva, la visita debía atenerse a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal. El Consejo Constitucional francés entiende que tal ley es inconstitucional, no porque vulnere la inviolabilidad del domicilio —el coche no puede ser considerado, en principio, domicilio a efectos constitucionales—, sino por vulnerar la *intimidación de la vida privada*. Con esta expresión, cuyo punto negativo consiste en que puede haber influido en la posterior identificación doctrinal de ambos términos, se indica, de forma positiva, que la *intimidación* no es lo mismo que la *vida privada*, identificándose aquélla como una parte, central o nuclear, de ésta.

En relación con el ordenamiento jurídico francés, debe recordarse que el artículo 9 CCF dispone que «cada uno tiene derecho al respeto de la vida privada. Los jueces pueden, sin perjuicio de la indemnización por daños sufridos, prescribir todas las medidas, tales como el secuestro, embargo y otras, dirigidas a impedir o hacer cesar un atentado contra la *intimidación* de la vida privada; estas medidas pueden, si existe urgencia, ser ordenadas *en référé*»¹⁸².

Más interesante que el propio precepto, es, en este caso, su proceso de elaboración. El artículo se contiene en la Ley de 17 de julio de 1970, de protección de la vida privada¹⁸³, que introduce junto a la reforma del Código Civil, reformas también puntuales del Código Penal. La utilización del término *intimidación de la vida privada* no es ni inconsciente ni está exenta de consecuencias jurídicas. Miguel Urabeyen ha recogido la defensa que el Ministro de Justicia (René Pleven)

¹⁸¹ Decisión 76-75 DC, ya citada.

¹⁸² Trad. del francés sobre la edición del Código Civil, de ANDRÉ LUCAS —*Code Civil*. París, 1982—, donde el precepto se encuentra ampliamente comentado sin, por cierto, hacerse referencia alguna a la inviolabilidad del domicilio. La cursiva ha sido introducida en este trabajo por mantener la expresión francesa en relación con el procedimiento que, suele ser traducido en castellano como «de urgencia». En relación con el Derecho italiano, *vid.* D'ALESSIO, R.: *Articolo...*, pág. 89; PAGANETTO, G.: *Libertà...*, pág. 1781 y BARILE, P. y CHELI, E.: *Domicilio...*, pág. 862.

¹⁸³ Ley 70-643. A ella aluden, entre otros, JACQUES ROBERT y JEAN DUFFAR, en *Libertés...*, pág. 283 y, con mayor extensión, KAYSER, P.: *La protection...*, págs. 240 y ss.

hizo de tal redacción en la Asamblea Nacional, el 28 de mayo de 1970. Allí dijo el ministro:

«He tenido ocasión, hace diez días, ante la Comisión de las Leyes, de exponer el punto de vista del Gobierno sobre el problema planteado por esta noción. Como algunos oradores lo han recordado ayer, se trata, por medio de este artículo, de resolver equitativamente para todos el conflicto latente entre el derecho a la información y el derecho al respeto de la vida privada. Sobre este punto, el Gobierno estima que por querer proteger demasiado la vida privada no se debe correr el riesgo de atacar el principio de la libertad de prensa.

»Así, el proyecto de ley tiende a fijar un límite al campo de la vida privada, objeto de la protección legal, precisando que únicamente las ofensas a la “intimidad” de esa vida privada serían sancionadas en el plano civil o en el plano penal. Esta noción de intimidad deberá, evidentemente, ser apreciada por los tribunales que tendrán que aplicar el texto. Pero desde ahora marca ya una restricción respecto a la de “vida privada” empleada sin mayor precisión»¹⁸⁴.

Como ya se ha adelantado, nuestro propio legislador ha diferenciado intimidad y *privacidad* en la Exposición de motivos de la LO 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, cuando, tras decir que la citada ley protege la *privacidad*, noción más amplia que la de intimidad, se sigue señalando que «en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona —el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo—, la *privacidad* constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado».

Podrá argüirse que esta visión del problema no incide totalmente en la regulación de la inviolabilidad del domicilio¹⁸⁵, sino de la pro-

¹⁸⁴ Extraído de URABAYEN, M.: *Vida...*, pág. 279-294, especialmente, pág. 285 (el subrayado pertenece al trabajo citado).

¹⁸⁵ Pero es que, además, existe una relación evidente entre la inviolabilidad del domicilio y las dos leyes citadas. Así, debe recordarse que la francesa Ley 70-643 incluye preceptos que reforman el Código Penal. Entre ellos, está el artículo 368 que tipifica como delito contra la vida privada la acción de escuchar, registrar o transmitir, por medio de un aparato cualquiera, las palabras pronunciadas en un lugar privado por una persona sin el consentimiento de ésta (apartado 1.º) o el acto de fijar o transmitir, por medio de un aparato cualquiera, la imagen de una persona que se encuentre en un lugar privado,

tección material de la *intimidad*. No obstante, sí parece claro que diferencia de forma clara los términos *intimidad* y *vida privada*¹⁸⁶.

Demostrado ya el distinto alcance de las nociones de *intimidad* y *vida privada*, debe examinarse ahora cuál es el bien jurídico que la inviolabilidad del domicilio protege en el ordenamiento constitucional español.

Esta cuestión, que como ya se adelantó no era fácil de resolver, puede responderse atendiendo a los criterios interpretativos contenidos en el artículo 3 CC, precepto que impone interpretar las normas de acuerdo al sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo donde deben ser aplicadas.

En este caso, el criterio literal no se muestra útil para intentar desvelar cuál es el bien jurídico protegido por la inviolabilidad del domicilio. Por otra parte, el criterio sistemático parece conectar tal derecho con el bien jurídico *intimidad*, ya que se encuentra recogido en el precepto que nuestra Constitución consagra a la protección de ésta. El propio Tribunal Constitucional ha señalado que «existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro en un domicilio (artículo 18.2 CE) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de *privacidad* (artículo 18.1 CE)»¹⁸⁷.

Esta conexión puede ser demostrada si se hace notar que la jurisprudencia¹⁸⁸ relacionada con el bien jurídico protegido por el derecho a

sin el consentimiento de ésta (apartado 2.º). Compárese esta Ley con la Sentencia TC 22/1984/5, donde se afirma que «la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar todo clase de invasiones, incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos». De otro lado, es preciso recordar que la citada LO española 5/1992 señala, a renglón seguido del párrafo citado, que los apartados primero, segundo y tercero del artículo 18 CE protegen la *intimidad*, en tanto que el cuarto ampara la *privacidad*.

¹⁸⁶ *Vid.*, en este sentido, LUCAS MURILLO, P.: *El derecho...*, págs. 96-97, donde se señala que la noción de *intimidad* o *vida privada* (?) es, en nuestro país, estricta.

¹⁸⁷ Sentencia TC 22/1984/2 (el subrayado pertenece a este trabajo). El Tribunal Constitucional vuelve a aludir a la *privacidad* en su reciente Sentencia TC 126/1995/2, de 25 de julio.

Vid., también, el artículo 4.1 de la reciente LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que alude a la *intimidad* y a la inviolabilidad del domicilio señalando que el primer derecho citado comprende el segundo y las Sentencias TS Ar. 1995/3374/4B y 1994/7918/1, entre otras.

¹⁸⁸ Se deja a un lado la extensa doctrina que en España ha analizado el derecho a la *intimidad* del artículo 18.1 CE. No obstante, como muestra de confusión doctrinal en tal

la intimidad (artículo 18.1 CE) presenta las mismas características que la referida al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

Es cierto que la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia ha sido ambigua. El Tribunal ha indicado, en ocasiones, que el derecho a la intimidad protege la «*vida personal*», la «*vida privada*» o la «*privacidad*». Esto ocurre, por ejemplo, en la Sentencia TC 110/1984, en la que se alude¹⁸⁹, de forma indiferenciada, a la intimidad y a la vida privada personal y familiar, o en el Auto TC 600/1989, en el que se traen a colación categorías tales como las de la *intimidad* o *privacidad*, siempre en relación con el derecho fundamental a la intimidad (artículo 18.1 CE)¹⁹⁰. El Auto TC 221/1990 señala, por su parte, que el «derecho constitucional a la intimidad excluye las intromisiones de los demás en la esfera de la *vida privada personal y familiar* de los ciudadanos»¹⁹¹.

Pero también es verdad que la doctrina más consolidada del Tribunal Constitucional es la que entiende que el derecho a la intimidad protege el bien jurídico *intimidad* (noción cultural según el Tribunal

derecho, puede verse el trabajo de JAIME VIDAL MARTÍNEZ, que entiende que el derecho a la intimidad protege —en el marco del derecho francés— la *intimidad* de la *vida privada* (en *El derecho...*, pág. 25) o la confusión terminológica que en ocasiones se da entre los términos *vida privada e intimidad* (SERRANO, J. M.: *Comentario...*, (1985), pág. 353, donde el autor señala: «La vida privada, la intimidad, aparece, así, como un derecho a la soledad, a la reserva y al aislamiento...»).

¹⁸⁹ Sentencia TC 110/1984/3. El Tribunal Constitucional estima que la idea originaria del derecho a la intimidad es la vida privada (añadiendo que ya «algunas libertades tradicionales, tienen como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado» (*idem*). Los avances tecnológicos justifican «el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de vida» (*idem*; principio reiterado en Auto TC 642/1986/3). El Tribunal Supremo ha indicado en un buen número de ocasiones que la inviolabilidad del domicilio garantiza la intimidad y la vida privada (Ar. 1995/3538/2 y 1995/0865/2), la intimidad y la *privacidad* (Ar. 1995/2836/1 y 1995/0156/3), la vida privada y *privacidad* domiciliaria (Ar. 1995/2836/2) o la vida íntima y personal (Ar. 1995/9031/3), por poner solamente recientes ejemplos.

Hacen notar la novedad constitucional que supone el reconocimiento explícito del derecho a la intimidad la Sentencia TC 110/1984/3 y el Auto TC 642/1986/3 (de 23 de julio), así como CÉSAR SEMPERE RODRÍGUEZ (en su *Comentario...*, págs. 432-433).

¹⁹⁰ Auto TC 600/1989/2, de 9 de julio. *Vid.*, también, el Auto TC 642/1986/3, que reitera lo ya sostenido en la Sentencia TC 110/1984/3, en relación con la primacía del artículo 31 de la Constitución sobre la *intimidad personal*.

¹⁹¹ Auto TC 221/1990/3, de 31 de mayo, que sigue señalando «pero ello no puede convertirse en una suerte de consagración de la impunidad...» (el subrayado pertenece a este trabajo). También alude a la vida privada la Sentencia TC 133/1995/4, de 25 de septiembre.

Constitucional¹⁹², de la que no siempre es fácil determinar un contenido concreto¹⁹³). En esta línea jurisprudencial debe encuadrarse el Auto TC 982/1986, en el que se inadmite un recurso de amparo porque la medida impugnada no supone una injerencia arbitraria o ilegal en la intimidad¹⁹⁴; o el 221/1990, en el que se indica que aquellas actuaciones que no constituyan, según un sano criterio, violación del pudor o del recato de la persona no se entrometen en su *intimidad corporal*¹⁹⁵. Por su parte, en la Sentencia 170/1987, referida a una supuesta vulneración del derecho a la imagen, el Tribunal Constitucional recuerda que los derechos contenidos en el artículo 18.1 CE salvaguardan «un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas»¹⁹⁶. En resoluciones más recientes, el Tribunal Constitucional conecta el derecho a la intimidad con la preservación de un *ámbito de intimidad*¹⁹⁷ (corporal, en este caso), que

¹⁹² Esta afirmación se ha realizado en relación con la *intimidad corporal* en la Sentencia TC 37/1989/7, de 15 de febrero, pero puede extenderse a toda noción del bien jurídico *intimidad*. Precisamente su carácter cultural (y no estrictamente físico) explica que no sea un derecho absoluto (*idem*).

Consecuente con lo anterior es la doctrina asentada en la Sentencia TC 171/1990/4, de 12 de noviembre. Allí se afirma que «Intimidad y honor son realidades intangibles cuya extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico y cuyo núcleo esencial en sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas deben determinar los órganos del Poder Judicial».

¹⁹³ El Tribunal afirma, en la Sentencia TC 110/1984/3: «no siempre es fácil, sin embargo, acotar con nitidez el contenido de la intimidad». Es claro que esta dificultad en la determinación del contenido se conecta con la constatación del carácter cultural de la noción de *intimidad*.

¹⁹⁴ En concreto, el Tribunal estima que la medida enjuiciada «no constituye una intromisión ilegítima en el ámbito protegido por el derecho fundamental a la intimidad, ya que el artículo 18.1 CE, interpretado con arreglo al artículo 17.1 PDCP, prohíbe las injerencias en la *intimidad* “arbitrarias o ilegales”» (Auto TC 982/1986/2, de 19 de noviembre).

¹⁹⁵ Auto TC 221/1990/2; el subrayado pertenece a este trabajo. El Tribunal se basa para realizar tal afirmación en la Sentencia TC 37/1989, sobre la *intimidad corporal*. Más oscura resulta la afirmación de que «tampoco se infringe el derecho a la integridad física cuando se trata de realizar una prueba prevista por la Ley y acordada por la Autoridad judicial» (*idem*).

¹⁹⁶ Sentencia TC 170/1987/4, de 30 de octubre.

¹⁹⁷ La utilización del término «ámbito» en la jurisprudencia constitucional es útil para la construcción dogmática del derecho, sobre todo en lo referente a la determinación de un derecho material y limitado. El carácter material se conecta con la noción cultural del bien jurídico *intimidad*, y significa que se protege aquello que culturalmente se entiende debe quedar exento de injerencias extrañas; de ahí, por ejemplo, la gradación que el derecho posee cuando protege a personas públicas o privadas. Los límites del derecho se construyen también a partir de la determinación del ámbito material de la *intimidad* que se protege, ya que supone *eo ipse*, la determinación de otra esfera no protegida.

El Tribunal ha utilizado de forma reiterada el vocablo «ámbito»: en relación con la

puede verse afectado «por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constituya, atendidas las circunstancias del caso, [...] trato degradante alguno (artículos 10.1 y 15 CE)»¹⁹⁸.

En relación con el tercer criterio interpretativo apuntado, parece que —desde un punto de vista general— los antecedentes históricos y legislativos examinados conectan la inviolabilidad, en un primer momento, con la propiedad (o si se prefiere con la fórmula más completa de libertad más propiedad), para devenir después en protección instrumental de la libertad personal y terminar garantizando, en la actualidad, la *intimidad*.

Si nos atenemos a los antecedentes más inmediatos, parece efectivamente que ésta última idea es la que aparece más explícitamente en el proceso de elaboración del precepto constitucional que recoge la inviolabilidad del domicilio. Así, el Diputado socialista Guerra Fontana, en el Debate de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso, conecta el derecho fundamental con el bien jurídico *intimidad*¹⁹⁹. Y el término *intimidad* significa, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia, «zona espiritual íntima (?) y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia»²⁰⁰. El Diccionario parece aludir más a una zona reservada de la persona, la intimidad, conectada con un derecho-resistencia, más que al libre desarrollo de la personalidad, que se encuentra a la base de la

intimidad, en la Sentencia 37/1989/7, que se cita en el texto; en relación con la *vida privada* en la Sentencia 170/1987/4; en relación con un ámbito reservado de la vida, Auto 642/1986/3 y Sentencia 231/1988/3 (de 2 de diciembre) (esta última sobre un ámbito vital); en relación con el «ámbito protegido por el derecho fundamental a la intimidad», Auto 982/1986/2. Por último, la Sentencia 73/1982/5 (de 2 de diciembre) y el Auto 982/1986/2 identifican la *intimidad* con un «ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren», o analizan el «ámbito protegido por el derecho fundamental a la intimidad», respectivamente (en el mismo sentido de la primera resolución citada, *vid.* la ya citada Sentencia 231/1988/3).

¹⁹⁸ Sentencia TC 37/1989/7.

¹⁹⁹ En relación con el artículo 17.2 del Anteproyecto de la Constitución, dirá el señor Guerra Fontana: «el derecho a la intimidad es el derecho a vivir en forma independiente la propia vida con un mínimo de injerencias ajenas, en términos amplios, significa la protección del individuo ante las autoridades, ante el público en general y ante los demás individuos» (Extraído de SAINZ MORENO, F. (ed.): *Constitución...*, I, pág. 1064).

²⁰⁰ *Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española*. Vol. II (h-z). 20.^a ed. Madrid, 1989. La interrogación contenida en la definición pone de manifiesto la incorrección lógica en que se incluye al incluir lo definido en la definición. Esta incorrección ya fue advertida, en relación con la edición del Diccionario de la Real Academia de 1970, por MIGUEL URABAYEN (en *Vida...*, pág. 10, nota 1).

actual concepción de la *privacy* y que se relaciona con un derecho positivo de la persona²⁰¹.

El último criterio interpretativo de los enumerados en el artículo 3 CC es quizás el más difícil de determinar. Exige tomar en cuenta la realidad social del tiempo donde debe ser aplicada la regla de la inviolabilidad del domicilio para su interpretación. Y aunque es posiblemente discutible si en estos tiempos debiera ampliarse la protección de la inviolabilidad del domicilio a la *vida privada* o a la *privacy*, parece por otra parte lógico utilizar nociones que se han desarrollado en nuestro ordenamiento jurídico —en este caso, la *intimidad*—, antes que tratar de extrapolar nociones surgidas en otros ámbitos jurídicos y que poseen mayor alcance. Esto no significa renunciar a los avances doctrinales y jurisprudenciales realizados en otros países de nuestro entorno, sino más correctamente adaptarlos —en lo posible— a la realidad de la Constitución española. Y es que, como tendremos ocasión de señalar en otros lugares de este mismo trabajo, la hipótesis de que la inviolabilidad del domicilio protege la intimidad permite también resolver problemas en relación con los sujetos protegidos por el derecho o sobre la noción constitucional de domicilio.

Nuestra Constitución no recoge un derecho fundamental a la vida privada. Es cierto que sí contiene el principio del libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE), que se halla, quizás, en la base teórica de aquél derecho y al que ya se aludía en los artículos 4 y 5 DDHC (1789). Los dos artículos que se acaban de citar indican, como ya se ha señalado con anterioridad, que la libertad consiste en hacer todo lo que no daña a los demás; por ello la Ley solamente puede prohibir aquellas acciones que sean dañinas para la sociedad y se considera que todo aquello que no está legalmente prohibido está permitido.

Este principio del libre desarrollo de la persona, que es básico para comprender las relaciones Estado/Sociedad en el Estado constitucional de Derecho, actúa —al igual que la dignidad de la persona— como fundamento último del ordenamiento constitucional en general y del establecimiento de los derechos fundamentales en particular, en conexión con los valores de libertad e igualdad (artículo 1.1 CE).

El libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona constituyen en la Constitución española de 1978 el fundamento último

²⁰¹ El libre desarrollo de la personalidad se configura, en nuestra Constitución, como principio. Sobre la eficacia de los principios jurídicos y su distinción de los valores y las reglas, *vid.* ARAGÓN REYES, M.: *Constitución y democracia*. Madrid, 1990, especialmente págs. 91-97.

de una buena parte de los derechos de libertad y también de los derechos sociales. Es innegable, desde esta perspectiva, por ejemplo, que el derecho a la educación posibilita el libre desarrollo de la personalidad (como indica, expresamente, el artículo 27.2 CE).

Un fundamento tan general al reconocimiento de los derechos fundamentales puede no resultar operativo para permitir construir el régimen jurídico de un determinado derecho fundamental. Desde el momento en que el principio de libre desarrollo de la personalidad y el de la dignidad de la persona (y, también, los valores de libertad e igualdad del artículo 1.1 CE) se pueden conectar con casi todos los derechos fundamentales (y con su existencia en nuestro ordenamiento constitucional), se hace más difícil utilizarlos para concretar el régimen jurídico de un determinado derecho.

El libre desarrollo de la personalidad posibilita, en definitiva, la existencia de un Estado constitucional, que tiene por fin, como se ha indicado en otro lugar de este mismo trabajo, asegurar la libertad de sus ciudadanos. Ese libre desarrollo de la personalidad, que en nuestra Constitución se inscribe como un *principio esencial del ordenamiento*, se pretende asegurar garantizando diversos bienes jurídicos (la propiedad, la intimidad, la libertad ideológica, la libertad personal, etc...). Estos bienes jurídicos que se acaban de citar sirven, con mayor efectividad, para examinar dogmáticamente los derechos que *directamente* los protegen (así se indica, por ejemplo, que los derechos del detenido y las garantías que acompañan a la detención pretenden asegurar la libertad personal).

En esta dirección tiene especial importancia la jurisprudencia penal que, por la materia que trata, expresa habitualmente el universo axiológico del ordenamiento jurídico en el que se integra. Si se examina la referida en nuestro país a los delitos de allanamiento de morada²⁰² y

²⁰² En el presente trabajo no va a examinarse la copiosa jurisprudencia penal relacionada con la comisión agravada del tipo en la que deben concurrir intimidación o violencia.

Baste decir que se comete el tipo agravado cuando existe, en todo caso, violencia o intimidación sobre las personas. Sobre la violencia relacionada con personas, *vid.* las Sentencias TS Ar. 1969/5484/1; Ar. 1969/5144/1; Ar. 1969/0235/ún.; Ar. 1963/2226/2y3; Rec. 1916/0089/ún.; Rec. 1888/0337/2 y Rec. 1898/0088/2. Respecto de la intimidación sobre las personas, *vid.* las Sentencias TS Ar. 1983/2644/8; Ar. 1968/2666/5; Ar. 1960/1980/1; Ar. 1933/2325/2; Rec. 1927/0167/ún.; Rec. 1915/0042/1; Rec. 1898/0088/2 y Rec. 1887/0276/1.

En relación con la violencia ejercida sobre las cosas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es uniforme (como muestran, de forma paradigmática, las Sentencias TS Ar. 1975/3632/1; Ar. 1987/1214/5 y Rec. 1890/0222/2). En ocasiones, el Tribunal asimila tal violencia al simple escalamiento (Sentencia TS Ar. 1964/4374/2. *Vid.* también las Sen-

de entrada domiciliaria realizada por funcionario público, de un lado, y la relativa a las diligencias judiciales de entrada y registro (artículo 545 y ss. LECr), de otro, se comprobará que no suelen aludir al libre desarrollo de la personalidad como bien jurídico protegido por tales preceptos penales y procesales penales²⁰³. El Tribunal Supremo conecta el allanamiento de morada (y, en muchas ocasiones, la inviolabilidad del domicilio) con el bien jurídico *intimidación*²⁰⁴, aunque no siempre de forma clara²⁰⁵.

tencias TS Ar. 1965/5066/ún.; Ar. 1988/2832/2; Ar. 1983/2694/3; Ar. 1956/0358/ún.; Ar. 1947/1068/1; Rec. 1915/0149/1; Rec. 1914/0084/ún.; Rec. 1900/0172/ún. y Rec. 1884/0556/1). En otras, por el contrario, estima que no se asimila el simple escalamiento a la *vis in re* (Sentencia TS Ar. 1974/0181/1. *Vid.*, también, las Sentencias TS Ar. 1966/0891/ún.; Ar. 1957/2701/2 y Rec. 1904/0013/1). La polémica que subyace a los distintos pronunciamientos se expresa, en ocasiones, con meridiana claridad en las mismas resoluciones. Mientras que en algunas se indica que la violencia puede recaer tanto en las personas como en las cosas (Sentencia TS Rec. 1908/0084/ún.), en otras se señala que «la violencia sólo se ejerce en relación con las personas, no a las cosas» (Sentencia TS Rec. 1888/0232/3). Por último, debe hacerse notar que en un caso concreto pueden concurrir, simultáneamente, violencia e intimidación ejercidas contra personas y, eventualmente, sobre cosas (*vid.*, así, entre otras, las Sentencias TS Rec. 1928/0015; Rec. 1885/0034; Rec. 1882/0507 y Rec. 1881/0047).

²⁰³ En tal jurisprudencia se alude, ocasionalmente, al libre desarrollo de la personalidad (Sentencias TS Ar. 1995/9644/1, Ar. 1995/7589/7, Ar. 1995/6643/2, Ar. 1995/5437/2, Ar. 1995/4567/2, Ar. 1995/4486/2 y Ar. 1995/0569/3c). Ahora bien, normalmente se hace en conexión con otros bienes, como son la intimidad y la *privacidad* (Ar. 1995/9644/1) o la intimidad, la *privacidad* y la vida privada (Ar. 1995/0569/3c).

²⁰⁴ Paradigmáticas son las Sentencias TS Ar. 1993/0624/1; Ar. 1993/0163/1; Ar. 1991/7410/1 y Ar. 1968/2666/2, en relación con la jurisprudencia relacionado con el allanamiento de morada. En el mismo sentido, aunque cayendo en el error lógico de atribuir una propiedad humana a lo inanimado, las Sentencias TS Ar. 1968/0891/ún. y Ar. 1956/1604/ún., señalan como la garantía penal protege la «intimidad del hogar» (al que añaden, de forma incorrecta, la protección del domicilio. Con esta última adición, el Tribunal confunde el bien jurídico protegido por la garantía penal con el objeto sobre el que recae la misma, la morada).

Otras sentencias TS aluden simplemente a la intimidad (Ar. 1994/0040/1), a la intimidad y tranquilidad (Ar. 1991/6437/1), a la intimidad personal y a la dignidad (Ar. 1993/1899/1) o a la intimidad domiciliaria (Ar. 1995/2871/2 y 1995/0158/3.1, entre otras).

Esta jurisprudencia ha influido, indudablemente, en la relacionada con las diligencias de entrada y registro [artículo 545 y ss. LECr; *vid.*, las páginas dedicadas a la noción procesal del domicilio (artículo 554.2 LECr), *infra*]. En efecto, son abundantes las Sentencias TS que entienden que el bien jurídico protegido es la intimidad (Ar. 1995/8009/1b; 1995/7699/2; 1995/6643/2; 1995/5387/3; 1995/0077/ún.; 1994/7618/6; 1994/6603/3; 1994/6263/2 y 1992/6378/3), el derecho a la intimidad (Ar. 1995/7588/7; 1995/3538/2; 1993/6705/1 y 1992/8515/2) o la intimidad y el derecho a la intimidad (Ar. 1993/6152/2). En otros casos, el Tribunal prefiere entender que el bien jurídico protegido en el domicilio procesal es la intimidad y la dignidad personal (Ar. 1994/6701/7 y 1992/7737/3) o la dignidad e intimidad (Ar. 1992/0154/2).

²⁰⁵ Varias Sentencias del Tribunal Supremo presentan algunos problemas interpretativos. De un lado debe tenerse en cuenta la Sentencia TS Ar. 1965/0640/1, en la que se

El afirmar que la inviolabilidad del domicilio protege, en nuestro ordenamiento constitucional, la intimidad no impide que, en ocasiones, el derecho fundamental sirva, instrumentalmente, para garantizar otros bienes. Ocurre, sin embargo, que esa protección de otros bienes es accesoria, pues depende de circunstancias concretas y coyunturales que no se darán, necesariamente, en todos los casos. Así, por ejemplo, no puede negarse que las normas procesales relacionadas con los registros domiciliarios pueden deparar por su afectación a la inviolabilidad del domicilio (es decir, a la intimidad de los moradores) una protección adicional de la libertad personal.

4.2. La intimidad protegida por la inviolabilidad del domicilio: intimidad personal o intimidad familiar

Se acaba de afirmar que la inviolabilidad del domicilio protege, en nuestro ordenamiento constitucional, la intimidad. Esta afirmación no solventa, sin embargo, totalmente la cuestión inicialmente planteada. En efecto, de un lado, debe hacerse notar que nuestra Constitución se refiere a la *intimidad personal y familiar*. Será necesario establecer si la inviolabilidad del domicilio garantiza, y en qué medida, ambos tipos de intimidad. De otro lado, parece también necesario explicar cómo se expresa esa garantía de la *intimidad*.

En principio, puede parecer paradójico que nuestra Constitución reconozca la *intimidad familiar*, cuando la intimidad es, como es sabido, un derecho conectado a la dignidad de la persona y, por ello, aplicable, en principio, a la persona física.

Esta parece ser la opinión del Tribunal Constitucional en la materia. En efecto, el Auto TC 257/1985/2 (de 17 de abril) se refiere a la vida privada (—aunque aquí prefiera utilizarse el término *intimidad*—) de las personas individuales, «sin que en principio las personas jurídi-

afirma que la tipificación del allanamiento de morada es una garantía de la inviolabilidad del domicilio y de la libertad íntima del morador. De otro, en la sentencia TS Ar. 1974/2444/1 se recogen como bienes jurídicos protegidos, junto a la intimidad, la inviolabilidad del domicilio, la seguridad, y la dignidad.

Solamente en el ámbito penal tiene sentido hablar de vida doméstica (si por ello se entiende la vida desarrollada en la morada). Sobre la vida doméstica *vid.*, en el plano jurisprudencial, la Sentencia TS Ar. 1970/5295/2, y en el doctrinal, AMATO, G.: *Artículo...*, pág. 57; CARETTI, P.: *Voz Domicilio...*, pág. 322.

cas, como las Sociedades mercantiles puedan ser titulares del mismo»²⁰⁶.

En línea de continuidad con este Auto se encuentra la Sentencia TC 231/1988²⁰⁷, que tiene su origen en el recurso promovido por la esposa de un conocido diestro en el que se alega la vulneración de, entre otros, el derecho a la intimidad del fallecido torero, por la comercialización de un video donde se recogía la agonía del diestro en la enfermería de la plaza de toros. El Tribunal Constitucional examina la presunta vulneración de este derecho, entendiendo que en el momento de plantearse el recurso, el mismo derecho fundamental ya no existe, porque su titular ha fallecido. El Tribunal Constitucional señala que «los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el artículo 18 CE [...] Se muestran [...] como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo»... «una vez fallecido el titular de esos derechos, y extinguida su personalidad...» [artículo 32 CC], «lógicamente desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional, que está encaminada a garantizar, como dijimos, un ámbito vital reservado, que con la muerte deviene inexistente»²⁰⁸.

Sin embargo, la recurrente había alegado también ante el Tribunal Constitucional la vulneración del derecho fundamental a la *intimidad familiar*. Y, en este punto, el Tribunal va a reconducir la *intimidad familiar* a la *personal*, entendiendo que «debe estimarse que, en principio, el derecho a la *intimidad personal* y familiar *se extiende*, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a *determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación*, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente entre ellas, *inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo* que los derechos del artículo 18 de la Constitución española protegen»²⁰⁹.

El Tribunal Constitucional español, en el concreto caso que examina, ha reconducido la noción de *intimidad familiar* al efecto producido en la persona individual de actos dirigidos prioritariamente sobre otra persona, cercana sentimentalmente a la primera. Debe tenerse en cuen-

²⁰⁶ Sin embargo, no es enteramente coherente con esta afirmación el Auto 642/1986/3. El Fundamento Jurídico citado analiza los límites de la *intimidad* sobre datos económicos de las personas y la obligatoria colaboración de las entidades crediticias. Quizás debiera haberse examinado previamente si tales entidades pueden alegar la vulneración del derecho a la intimidad, y, en caso afirmativo, analizar si tal legitimación se posee a título propio o por vía de sustitución de sus clientes.

²⁰⁷ Sentencia TC 231/1988.

²⁰⁸ Sentencia TC 231/1988/3.

²⁰⁹ Sentencia TC 231/1988/4 (el subrayado pertenece a este trabajo).

ta, sin embargo, que el alcance de tal jurisprudencia es limitado, ya que, recordémoslo, se refiere a un caso en el que la otra persona había fallecido.

Por ello, es, sin duda alguna, más interesante la jurisprudencia italiana en una materia mucho más cercana al objeto de investigación. El valor de esta jurisprudencia radica en que hace de lo presumible en el plano teórico, un interesante supuesto práctico.

En efecto, aun suponiendo la autonomía de la noción *intimidad familiar*, y reduciendo la titularidad del derecho a la *intimidad familiar* en los cónyuges que conforman la familia (por no adelantar aquí problemas que deben ser posteriormente tratados), es necesario analizar el alcance y significado de esta extensión. Parece evidente que una entrada de autoridades públicas, carente de habilitación, que contraría la voluntad de ambos cónyuges, vulnera la *intimidad familiar*. Sin embargo, no presenta la misma claridad la solución que cabría dar a la hipótesis de que tal entrada se hiciera con el consentimiento de un cónyuge pero con la negativa del otro. En este último supuesto, parece más difícil determinar si existe la *intimidad familiar* (y, en caso afirmativo, analizar que cónyuge puede invocarla).

El supuesto teórico que acaba de presentarse puede parecer excesivamente abstracto. No obstante, el problema se ha planteado en parecidos términos ante el Tribunal Constitucional italiano. Un juez italiano (el pretor de Roma) acude ante el Tribunal Constitucional para que éste se pronuncie sobre la compatibilidad del artículo 144 del Código Civil, en la parte que declara al marido jefe de familia (*capo della famiglia*), con los artículos 3 y 29 CI²¹⁰. El juez se cuestiona si en el artículo 144 del Código Civil no podría contemplarse un trato discriminatorio hacia la mujer.

El pretor de Roma se plantea esta duda en un procedimiento penal cuyo origen también debe ser relatado: la hija de un matrimonio ha invitado a su novio a frecuentar su casa. La madre ha consentido previamente que tales entradas tuvieran lugar, aun con la oposición de su marido. La entrada domiciliaria se produce y el marido acusa al novio de su hija de haber allanado su morada.

El Tribunal entiende que la cuestión es irrelevante. En la primera parte del brevísimo Fundamento Jurídico 2.º de la Sentencia TCI 176/

²¹⁰ El artículo 3 CI reconoce las vertientes formal y material de la igualdad. El artículo 29 CI señala, en su apartado segundo, que el matrimonio se basa en la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, dentro de los límites establecidos por la ley como garantía de la unidad familiar.

70, se señala que «cualquiera que sea la decisión del Tribunal no tendría ninguna influencia en el juicio *a quo*. En efecto, como máximo, podría reconocerse a la mujer poderes parejos a los del marido (*melius*, declarar ilegítimo el artículo 144 CC [I], en la parte en la que no atribuye a la mujer la misma potestad del marido); pero, también en tal caso la oposición del marido bastaría para hacer que el ingreso de terceras personas en la casa conyugal, aunque consentida por la mujer, constituyera igualmente delito de violación del domicilio»²¹¹.

No interesa aquí cuestionar el alcance de esta resolución, que deberá ser examinada en profundidad cuando analicemos los problemas planteados por la convivencia de varios titulares del derecho en el mismo domicilio (en el que caben, además del supuesto del matrimonio, otros análogos, como es el del grupo de personas que conviven en el mismo piso).

Sin embargo, sí puede derivarse de la misma una conclusión útil al problema planteado de la *intimidad familiar*, y es que ésta se da por supuesta en tanto no exista diferencia de pareceres entre los cónyuges. Hay, por tanto, una presunción *iuris tantum*, de que el ataque se produjo contra la familia, en tanto no haya voces discrepantes. Si las hubiere, la única vulneración que podría alegarse sería la de la *intimidad personal*.

Es cierto que cabe una solución diferente. Esta es, por ejemplo, la mantenida por C. Mezzanotte, para quien debe considerarse que «las situaciones objetivas de las cuales los individuos son titulares en el ámbito familiar se encontrarían en cierta medida puestas en función de los intereses del grupo»²¹². Esto supone que «la inviolabilidad del

²¹¹ Trad. del it. de la Sentencia TCI 176/1970/2, de 2 de diciembre (publicada en GC, 1970, pág. 2118 y ss.). Vid. el comentario de MEZZANOTTE, C.: «L'ospite "semimportuno" dinanzi alla Corte Costituzionale: note in tema di rilevanza e di libertà domiciliare (osservazione alla Sentenza 176/70)», GC, 1970, págs. 2119-2120.

²¹² *L'ospite...*, pág. 2122. Esta interpretación no tiene fácil encaje con los artículos 3 y 29 CI, como el mismo IGNAZIO FASO ha hecho notar (*idem*). Tampoco parece de recibo la observación que realiza el mismo autor, cuando señala que la Sentencia del Tribunal Constitucional imposibilita el ejercicio positivo del derecho; es decir, el ejercicio del *ius admittendi* de la madre en este caso (en pág. 2126). En efecto, parece lógico que el alcance del derecho sea menor cuando se opta por vivir con otras personas; si se prefiere, el derecho es gradualmente más amplio cuanto mayor soledad —mayor carga de *intimidad*— existe en el ámbito vital de la persona. En la doctrina constitucionalista de nuestro país, a veces se ha señalado tal vinculación, sin profundizar en su justificación (este es el caso de GONZÁLEZ-TREVIIANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, pág. 129 *in fine*, donde se habla, de la vinculación del derecho con la «*privacidad personal*» (Bari-le-Cheli) —aunque no se extraigan, posteriormente, consecuencias jurídicas de esa afirmación—).

domicilio no debería pertenecer a cada uno de los cónyuges en beneficio propio *uti singulus*, sino como miembro del agregado familiar»²¹³.

La hipótesis de que exista discrepancia entre los cónyuges no puede descartarse, por puntual que sea. Por ello, y ya en relación con nuestro ordenamiento, parece conveniente mantener que la inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental que protege la *intimidad personal*. Tal afirmación no excluye el hecho de que cuando se vulneran simultáneamente los derechos de una familia, se utilice la expresión de *intimidad familiar*, como agrupación de la *intimidad personal* de los miembros, o como, al menos, la no discrepancia expresa de los mismos.

Una vez sentado que el bien jurídico protegido por el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio es la *intimidad personal*, queda por responder aún una última cuestión. Es la de saber cómo se protege esta *intimidad personal*.

4.3. La inviolabilidad del domicilio como garantía absoluta del bien jurídico intimidad personal

Es preciso hacer notar que una cosa es el derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE) y otra, bien distinta, el bien jurídico *intimidad*. En efecto, el artículo 18.1 CE garantiza, entre otros derechos, el de la intimidad. Este derecho pretende asegurar un ámbito material de *intimidad* a las personas. Esta *intimidad* puede asumir diversas vertientes²¹⁴, siendo una de ellas la informativa. En efecto, el artículo 20.4 CE impone como límite a la libertad de expresión e información [artículos 20.1.a) y d) CE] el respeto a la intimidad de las personas.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia, que puede ser instrumentalmente analizada a través de la síntesis que de la misma ha realizado Fernando Herrero-Tejedor²¹⁵, presenta, a su juicio, tres momentos o fases bien diferenciadas.

La primera fase, que el autor denomina del régimen de exclusión, se caracteriza porque en este momento el Tribunal Constitucional va a ser partidario de ejercer una rigurosa —incluso exagerada— tutela del

²¹³ *Idem*.

²¹⁴ *Vid.*, como ejemplo, las Sentencias TC 37/1989/7, 120/1990/12 (de 27 de junio) y 137/1990/10 (de 19 de julio).

²¹⁵ HERRERO-TEJEDOR, F.: *Honor...*, pág. 101 y siguientes.

honor. En palabras de Fernando Herrero-Tejedor, «la existencia de un delito contra el honor, hacía recaer el peso de la ley contra el infractor, casi sin excepciones»²¹⁶. En esta óptica se encuadran la Sentencia TC 120/1983, de 15 de diciembre, y los Autos TC 413/1983, 414/1983 y 480/1986²¹⁷.

La segunda fase, o «fase de la necesaria ponderación» está representada por la Sentencia TC 104/1986, de 17 de julio. En ella, el Tribunal Constitucional estima que las libertades del artículo 20 CE sustentan una institución política fundamental: la opinión pública libre. Desde esta óptica, la única exigencia que la Constitución impone al juez es que éste pondere necesariamente los bienes en juego (opinión pública libre, frente a *intimidad* u honor)²¹⁸.

La tercera y última fase es la del «régimen de concurrencia normativa»²¹⁹. El Tribunal Constitucional, dando un paso histórico, «convierte a la libertad de información en una libertad preferente, dotándola de un núcleo resistente y constitucionalmente indeclinable». Son representativas de esta fase las Sentencias TC 159/1986, 165/1987, 6/1988, 107/1988, 51/1989 y 121/1989²²⁰, donde se establecen los criterios a través de los cuales se puede fijar el ámbito material protegido. En la Sentencia 107/1988 el Tribunal Constitucional realiza un buen resumen de tales criterios, entre los que destacan, de un lado, el distinto alcance de la libertad de expresión y de la libertad de información y, de otro, el carácter público de la persona implicada (artistas, políticos) o su relación con hechos de relevancia pública o interés general.

De ello se desprende que la noción de *intimidad* es en el marco del artículo 18.1 CE una noción material, relativa, que debe ser delimitada en el caso concreto. Sin embargo, no ocurre lo mismo en los apartados 2.º y 3.º del mismo artículo. En ellos, el constituyente ha pretendido preservar los lugares íntimos y las comunicaciones, haciendo de ellos garantías absolutas. Es decir, la inviolabilidad del domicilio (así como el secreto de las comunicaciones) representa una garantía análoga en alcance, con independencia del carácter público o privado del titular del derecho. Es irrelevante que en el domicilio despliegue su vida

²¹⁶ *Ibidem*, pág. 102.

²¹⁷ De 22 de septiembre los dos primeros, y de 4 de junio el tercero. Todas estas resoluciones pueden ser examinadas en HERRERO-TEJEDOR, F.: *Honor...*, págs. 103-104.

²¹⁸ Extraído de la misma obra, págs. 105-107.

²¹⁹ *Ibidem*, págs. 107-113. Es preciso, sin embargo, recordar la novedosa jurisprudencia constitucional en la materia (*vid.* la nota 169 del capítulo siguiente).

²²⁰ De 12 de diciembre, 27 de octubre, 21 de enero, 8 de junio, 22 de febrero y 3 de julio, respectivamente.

íntima una persona anónima o que, por el contrario, el titular del derecho sea un sujeto *público* (—artista, político,...—).

De acuerdo con todo lo anteriormente explicado, puede afirmarse que la inviolabilidad del domicilio es una garantía absoluta, en el sentido de que no se dan juicios de ponderación sobre el mayor o menor alcance personal del derecho (aunque si puedan darse, por contra, juicios sobre el contenido del derecho). Desde esta perspectiva, no pueden extrapolarse los derechos fundamentales contenidos en los artículos 18.1 y 18.2 CE, ya que aunque ambos sirven a la intimidad, uno (el recogido en el artículo 18.1 CE) reconoce el derecho en sí y el segundo (el contenido en el artículo 18.2 CE —como el del 18.3 CE—) agravan la protección del derecho en determinados ámbitos (domicilio y comunicaciones, respectivamente)²²¹.

Mientras que la vulneración del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE supone la previa lesión material de la intimidad, la conculcación de los derechos a la inviolabilidad del domicilio y del secreto de las comunicaciones²²² la presuponen. Los dos últimos derechos son, en este sentido, garantías formales. Por ello, la penetración domiciliaria de la autoridad pública que suponga una injerencia arbitraria sin fundamento en el texto constitucional supone la presunción *iuris et de*

²²¹ La posición contraria, sostenida por JOSÉ DÍAZ DELGADO, deriva en un problema irresoluble: el imposible encaje de las afirmaciones del Tribunal Constitucional realizadas al hilo de los artículos 18.2 (Sentencia TC 22/1984) y 18.1 (Sentencia 110/1984) CE, que le lleva a afirmar que la segunda resolución citada debe prevalecer sobre la primera (en «La autotutela ejecutiva, la inviolabilidad del domicilio y la intervención judicial». *PJ*, n.º 16, pág. 22). Lo que anima el trabajo citado es la crítica a la Sentencia TC 22/1984, crítica que —como veremos en otro lugar de este trabajo— ha sido muy amplia y, por lo general, correctamente fundamentada en nuestra doctrina.

²²² En relación con el derecho contenido en el artículo 18.3 CE, la Sentencia TS Ar. 1992/6102/9 señala, reiterando la doctrina contenida en la TC 114/1984/7, de 29 de noviembre, que el «secreto de las comunicaciones tiene un carácter formal en el sentido de predicarse de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertinencia o no al objeto de la comunicación el ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado» (*vid.*, también la Sentencia TC 34/1996/4, de 11 de marzo). *Vid.*, en el plano doctrinal, JIMÉNEZ CAMPO, J.: «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», *REDC*, 20 (1987), pág. 42 y MARTÍN MORALES, R.: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. Madrid, 1995, pág. 39. El último autor citado estima el artículo 18.3 CE debe incorporar algo más que el derecho a la intimidad, pues éste ya se encuentra reconocido en el artículo 18.1 CE (*ibidem*, pág. 36). Y es posible entender, en esta misma línea de argumentación, que los derechos reconocidos en los artículos 18.1 y 3 protejan el mismo bien jurídico, aunque lo hagan de distinta forma. La diferente forma de asegurar el bien jurídico intimidad podría explicar el régimen separado del derecho a la intimidad, de un lado, y del secreto de las comunicaciones y de la inviolabilidad del domicilio, de otro. El Tribunal Constitucional ha señalado recientemente que el secreto de las comunicaciones protege la esfera de intimidad personal (Sentencia TC 181/1995/5, de 11 de diciembre).

iure de que se ha vulnerado la *intimidad*. Ciertamente, podría pensarse que es posible una entrada en un vestíbulo de una morada que no llegara a vulnerar la *intimidad personal*, pero tal posición partiría de una premisa errónea: no tendría en cuenta que el constituyente ha extendido, ha globalizado la noción de *intimidad* en relación con las nociones constitucionales de domicilio y comunicaciones. Es decir, todo lo que ocurre en un domicilio a efectos constitucionales (y, en el mismo sentido, la utilización privada de las comunicaciones), se presume íntimo (o secreto) y, además, esa presunción es absoluta y, por tanto, indestructible²²³.

²²³ Esta idea ya fue apuntada por quién escribe estas líneas en «Derecho...», pág. 5190. En idéntica dirección se decanta CARLOS RUIZ MIGUEL (en *La configuración...*, pág. 8). En este sentido se habla de la protección instrumental de la intimidad a través de la inviolabilidad del domicilio (*idem*; GÓMEZ OREA, M.: *El derecho...*, pág. 115 —aunque este autor se refiere al carácter instrumental en relación con la *vida privada* y no con la *intimidad*, su argumentación es, con esa salvedad, idéntica—). En el marco del Derecho italiano, *vid.* AMATO, G.: *Artículo...*, pág. 62, donde el autor señala, en sentido cercano aunque no coincidente con el aquí expuesto, que «la intimidad, valor tradicionalmente garantizado a través de la inviolabilidad del domicilio obtiene así una tutela indirecta, toda vez que la protección resultante de la normativa constitucional cubre lugares en los cuales se desarrolla la actividad en la que se produce». Es llamativa la referencia que el autor hace a la *intimidad* como bien jurídico *tradicionalmente* garantizado, pues, como se ha visto en páginas anteriores, la vinculación entre la inviolabilidad del domicilio y la intimidad es relativamente reciente en todos los ordenamientos que han sido analizados *supra*.

CAPÍTULO II

LOS TITULARES

1. ALGUNOS PROBLEMAS RELACIONADOS CON LOS TITULARES DEL DERECHO FUNDAMENTAL

Como se ha indicado ya en la introducción de este trabajo, existen diversos problemas conectados con los titulares activos del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Es conveniente recordar, sucintamente, cuáles son para intentar, después, resolverlos.

Si bien parece indudable que la persona física constituye el titular característico de la inviolabilidad del domicilio¹, se pueden plantear en relación con ella dos tipos de problemas.

El primero de ellos consiste en analizar si la inviolabilidad del domicilio beneficia a los extranjeros². El artículo 16 DDHC (1789), al que se ha aludido en otro lugar de este trabajo, establece, en lo que ahora interesa, que toda sociedad en la que la garantía de los derechos

¹ Generalmente la doctrina ha puesto de manifiesto que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio se predica de la persona física, individual o humana, o de los individuos. Así, algunos hablan de derecho personal (GARCÍA MACHO, R.: *La inviolabilidad...*, pág. 857); otros se refieren a la persona de forma implícita (AHUMADA RUIZ, M.^a A.: *Aspectos de la protección civil y penal de la inviolabilidad del domicilio* (manuscrito), pág. 17); otros prefieren referirse a los individuos como titulares del derecho (ALFONSO BOZZO, A. de: *Sobre...*, págs. 169 y 173); otros optan por hablar de persona física (LORCA MARTÍNEZ, J.: *Una aproximación...*, pág. 1; QUINTANA LÓPEZ, T.: *Un paso...*, pág. 150 —vinculando las nociones de persona física y vivienda—), de persona humana (GÓMEZ OREA, M.: *El derecho...*, pág. 115) o de persona individual [SERRANO, J. M.: *Comentario...* (1985), pág. 353, en relación con la intimidad]; otros, en fin, se refieren a la categoría de *persona* (HAZA, P. de la: *Observaciones...*, pág. 812; LUCAS VERDÚ, P.: *Voz...*, pág. 670 *in fine*).

² Es obvio que sí asiste a los nacionales. El nacional se ha visto efectivamente respaldado en su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio por el Tribunal Constitucional en varias ocasiones (*vid.*, por todas, la Sentencia TC 22/1984).

no está asegurada no tiene Constitución. De esta afirmación se puede colegir, como también se ha indicado, que los derechos fundamentales suponen un límite material al poder del Estado, que favorece al autor de la Constitución (el conjunto de los ciudadanos) frente a los poderes constitucionalmente establecidos³.

No obstante, es también tradicional el reconocimiento de determinados derechos fundamentales a los extranjeros⁴; es decir, a los no nacionales⁵. Las siguientes páginas van a pretender analizar, desde una perspectiva general, el *status* de la extranjería en materia de derechos fundamentales; esto es, plantearse, de forma positiva, si los extranjeros pueden ser titulares de derechos fundamentales o bien, en términos negativos, como son los utilizados por Rigaux, el derecho de extranjería (entendido éste como el conjunto de «discriminaciones a las que el extranjero se encuentra sujeto en cuanto tal» en el país en que se encuentra⁶) en lo relativo a los derechos fundamentales.

El segundo problema al que se aludía en relación con las personas físicas es el de la resolución de los conflictos que pueden surgir en un domicilio (en sentido constitucional) cuando en él conviven varias personas físicas. Se alude, de un lado, a supuestos tan habituales como son el de la tradicional unidad familiar o el de los pisos de estudiantes, y, de otro, a las hipótesis en las que determinado personal contratado (personal doméstico, chóferes, enfermeras...) viven en la morada de sus dadores de empleo.

En todos estos supuestos es posible que puedan plantearse, en la práctica, problemas de cierta magnitud, como demuestra la citada Sentencia TCI 176/1970 en la que se cuestiona, como telón de fondo, el posible allanamiento de morada cometido por el novio de la hija, que

³ Vid. la introducción de este trabajo.

⁴ Vid. CEDEIRAS CHECA, R.: *Derechos...*, pág. 444.

⁵ Es esta concepción negativa, que incluye en la categoría a los nacionales de otros Estados —ya sea uno o varios— y a los apátridas, la que impera en la doctrina y legislación. En relación con la doctrina, *vid.*, por todos, SAGARRA I TRIAS, E.: *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*. Barcelona, 1991, pág. 40. *Ibidem*, pág. 90. En relación con la legislación, *vid.* el artículo 1 de la LO 7/1985 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. *Vid.*, en general, sobre la noción de extranjero, GONZÁLEZ-TREVIANO, P. J.: *Libertades de circulación...*, pág. 156 y ss. La conexión entre ciudadanía y nacionalidad ha sido examinada por OLIVIER BEAUD, en «Le droit de vote des étrangers: l'apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande a la théorie du droit de suffrage», *RFDA*, 3 (1992), esp. págs. 411-412 y 423-424.

⁶ Citado por PÉREZ VERA, E.: «Artículo 13: extranjería», en AA.VV.: *Comentarios a las leyes políticas* (dirigidos por ÓSCAR ALZAGA VILLAAMIL), vol. II. Madrid, 1984, pág. 227.

penetra en el domicilio familiar con el consentimiento de la madre de la novia y la oposición del padre⁷.

Este conflicto pone de manifiesto como la convivencia de varias personas en un mismo domicilio puede plantear problemas que deben ser resueltos jurídicamente⁸. El primero que se plantea es el de la relación de las personas que conviven y el derecho; es decir, intentar responder a la cuestión de si nos encontramos con una cotitularidad sobre el derecho o si estamos ante una pluralidad de derechos que recaen sobre el mismo objeto. De la diferente respuesta que se dé a este interrogante se derivan, también, soluciones diferentes para tales conflictos.

Con independencia de los criterios que permitan resolver eventuales conflictos de los cohabitantes en relación con el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, es preciso cuestionar también, de otro lado, la tesis mantenida por la mayor parte de nuestra doctrina⁹, de que todo cohabitante de la casa es titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Quizás la afirmación de que todos los cohabitantes son titulares del derecho fundamental no sea incorrecta, pero sí es incompleta. Es admisible que se afirme, en la órbita de la institución familiar, que los hijos y ascendientes son titulares del derecho; es lógico que, en la misma dirección, se indique, desvinculando el supuesto de hecho de la estricta situación familiar, que el precarista posee el derecho. Ello es cierto, sobre todo, si quiere analizarse el problema desde un determinado punto de vista: el ejercicio del derecho frente a terceros.

No obstante, si se examina la cuestión desde otra perspectiva, parece obvio que la capacidad o legitimación de estos sujetos (hijos o

⁷ Vid., ahora, FASO, I: *La libertà...*, pág. 77, nota 79, donde alude a la escéptica opinión de SINISCALCO [voz «Domicilio (violazione di)», *ED*, tomo XIV, Milán, 1965], basada en la igualdad de los cónyuges reconocida en el artículo 29.2 CI, y BRASIELLO, T.: *Voz Domicilio...*

⁸ No se puede evitar, a juicio del autor de estas líneas, el planteamiento de la cuestión, afirmándose, como hace JESÚS E. PECES MORANTE [en *La entrada en el domicilio o en otros lugares cerrados para la ejecución de actos de la Administración. Hacia un modelo garantista*, *JD*, 21 (1994), pág. 46] que titular sólo hay uno posible. Y ello porque la inviolabilidad del domicilio no garantiza derechos reales ni contractuales, sino la intimidad de las personas en sus casas. Es evidente que, en principio, el conflicto se da en la convivencia de dos personas adultas en el mismo piso, con independencia de quién y cómo pague la renta. Además, es posible, que la casa sea, por ejemplo, adquirida por varios cohabitantes, ¿quién es, entonces, el titular?

⁹ Éste es el sentir de, entre otros, ALFONSO DE ALFONSO BOZZO y RICARDO GARCÍA MACHO (en *Sobre...*, pág. 460 y *La inviolabilidad...*, pág. 857, respectivamente) y, en Italia, IGNAZIO FASO (en *La libertà...*, pág. 73).

precaristas) se encuentra limitada en relación con sus padres (o personas encargadas de su tutela) o en relación con el precario¹⁰.

Se intentará demostrar, así, que los sujetos que conforman la familia —a exclusión de los cónyuges— tienen limitada su capacidad en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio y que esta limitación en el ejercicio del derecho puede alcanzar también, quizás, aunque con distinto fundamento, a otros cohabitantes (precario, personal doméstico, etc...).

Mayores problemas suscita aún la atribución del derecho fundamental a las personas jurídico-privadas. El Tribunal ha declarado en su Sentencia 137/1985 que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio es predicable de las personas jurídico-privadas. Esta Sentencia ha provocado un debate doctrinal que aún hoy, no puede considerarse superado sobre la compatibilidad del derecho fundamental con la naturaleza jurídica de las personas jurídico-privadas.

En este capítulo dedicado al análisis de los titulares del derecho debe examinarse, finalmente, si el derecho fundamental es oponible también frente a los particulares. Esta cuestión, conectada con la más problemática y general de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares (*Drittwirkung*), puede verse facilitada por la existencia de una legislación penal, que tipifica como delito la entrada de los particulares en moradas ajenas o en domicilios de personas jurídicas (públicas o privadas) ajenas.

2. EL EXTRANJERO COMO TITULAR ACTIVO DEL DERECHO FUNDAMENTAL

2.1. La normativa constitucional

El primer problema interpretativo que se deriva de nuestro texto constitucional es el que plantea la lectura del artículo 13 CE, que, en su apartado primero, señala que «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley».

¹⁰ WAYNE R. LAFAVE y JEROLD H. ISRAEL señalan que, en ocasiones, los derechos que a dos cohabitantes confiere la IV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos no son iguales [en su *Criminal...* (1992), pág. 240]. Posteriormente, los autores examinan cómo afecta la IV Enmienda a los menores, a los arrendadores y en las relaciones de trabajo y educativas (*ibidem*, págs. 242 y 243).

Una lectura exclusivamente literal o aislada de este precepto (es decir, que no tome en cuenta la relación de este artículo constitucional con otros), podría hacer pensar que los derechos fundamentales son solamente predicables de los nacionales, ya que el legislador es libre de establecer el régimen de tales derechos para los extranjeros. Y si el legislador puede formalizar libremente el contenido de tales derechos, es discutible que puedan atribuirse a los mismos el carácter de fundamentales¹¹. En esta misma línea argumental, se podría afirmar que los extranjeros gozarían exclusivamente de libertades públicas que les protegerían frente a las actuaciones administrativas en los términos legalmente establecidos¹².

¹¹ En efecto, parece que la tesis que se impone en nuestra doctrina es aquélla que define los derechos fundamentales por su indisponibilidad para el legislador [*vid.*, así, CRUZ VILLALÓN, P.: «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *REDC*, 25 (1989), pág. 41 y, especialmente, «El legislador de los derechos fundamentales», *ADPEP*, 2 (1990) (monográfico sobre los derechos fundamentales), pág. 9; RUBIO LLORENTE, F.: «Constitución y derechos fundamentales», *Saber leer*, 16 (1988), pág. 8; PRIETO SANCHÍS, L.: *El sistema...*, págs. 371-372]. Ello ha permitido afirmar a H. KRÜGER que, si antes «los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley», hoy «las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales» (como recuerda OTTO BACHOF en *Jueces y Constitución*. Traducción de RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. Madrid, 1985, pág. 41). Es en este sentido, en el que pueden entenderse que las normas que contienen los derechos fundamentales son competenciales, estableciendo ámbitos inmunes a los poderes públicos [cfr. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J.: «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», *REP*, 71 (1991), pág. 88].

Un corolario lógico de esta tesis es que también son derechos fundamentales los recogidos en la Sección segunda del Capítulo segundo, pese a que se desarrollen por leyes ordinarias y que no cuenten con la garantía procesal del amparo. *Vid.*, así, el Voto Particular del magistrado FRANCISCO RUBIO LLORENTE a la Sentencia TC 26/1987, de 27 de febrero, en la que señaló, en relación con el derecho de propiedad, que «nuestra propia Constitución [...] sustrae a la libre disponibilidad del legislador (artículo 53.1) los derechos comprendidos en la Sección segunda del Capítulo segundo que son también, por eso mismo, derechos fundamentales». *Vid.*, en la misma dirección, RUBIO LLORENTE, F.: «Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa», *REDC*, 35 (1992), pág. 30 y CRUZ VILLALÓN, P.: *El legislador...*, págs. 10-11.

¹² Aunque A.-E. PÉREZ LUÑO pone de manifiesto las discrepancias doctrinales a la hora de utilizar este término de libertades públicas (en *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, 1984, págs. 35-38), parece claro que su noción está unida en su origen a la de la propia limitación del Estado (DUVERGER, M.: *Droit Public*, 4.^a ed. París, 1966, pág. 159). Su diferencia en relación con los derechos fundamentales radica en que «las libertades públicas eran libertades protegidas exclusivamente frente a la Administración, por medio del Juez de lo contencioso-administrativo o del Juez ordinario, y en virtud de la ley (siendo esta última considerada como la «norma de referencia»)» [como ha puesto de manifiesto LOUIS FAVOREU en LÓPEZ PINA, A. (ed.): *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*. Madrid, 1991, pág. 43]. Los derechos fundamentales se garantizan también frente al legislador, que no puede desconocer su contenido constitucional.

La inviolabilidad del domicilio se ha recogido en las Constituciones españolas de 1808, 1812, 1837, 1845 y 1876 como libertad pública. El artículo 5 de la Constitución

A favor de esta posición puede esgrimirse algunos argumentos. En primer lugar, mantener esta idea restaría ambigüedad a la regulación concreta de la titularidad de los derechos constitucionales¹³. En efecto, la Constitución utiliza formas distintas a la hora de establecer quiénes son los sujetos de los derechos. Como muestra pueden analizarse los titulares beneficiados por los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14 a 30 CE¹⁴, y se observará que, en ocasiones, la Constitución habla de todos¹⁵ o de toda persona¹⁶ o, de forma negativa, de que nadie puede ser compelido a realizar o sufrir determinadas actuaciones¹⁷; otras, prefiere referirse a los españoles¹⁸, ciudadanos¹⁹ o a todos los españoles²⁰; por fin, la mayor parte de las ocasiones, la Constitución utiliza fórmulas impersonales —se garantiza; se reconoce,...—²¹.

de 1869 va a limitar el papel del legislador, tasando los motivos que justifican la realización de entradas domiciliarias. Esta línea es profundizada por el (vasto) artículo 31 de la Constitución de 1931 que reintroduce en nuestro ordenamiento la garantía judicial, que aparece también en el vigente artículo 18.2 CE. Los textos pueden consultarse en ESTEBAN, J. de (ed.): *Constituciones españolas y extranjeras*, vol. I. Madrid, 1977. Debe hacerse notar, en fin, que sólo pueden existir derechos fundamentales en constituciones normativas, que se imponen a todos los poderes constituidos. Esta doble tendencia del Derecho constitucional histórico en este punto ha sido también resaltada por JAVIER BARCELONA LLOP (en *Ejecutividad...*, págs. 499-503).

¹³ Habitualmente puesta de manifiesto por la doctrina. *Vid.*, por todos, BORRAJO INIESTA, I.: «El *status* constitucional de los extranjeros», en AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II. Madrid, 1991, pág. 699.

¹⁴ Lo que no supone negar el carácter de fundamentales a los derechos reconocidos en la segunda Sección del Capítulo segundo del Título I de la Constitución.

¹⁵ Como ocurre en los siguientes derechos: vida, artículo 15 CE; educación, artículo 27.1 CE; sindicación, artículo 28.1 CE.

¹⁶ En relación con los derechos a la libertad y seguridad, artículo 17 CE; y tutela judicial efectiva, artículo 24 CE.

¹⁷ Respecto de los derechos contenidos en los artículos 16.2 y 25 CE.

¹⁸ Tal es la fórmula utilizada para la igualdad formal, artículo 14 CE; la libre circulación —también entrada y salida de España— y elección de residencia, artículo 19 CE; y la objeción de conciencia, artículo 30.2 CE. El último precepto citado no contiene un derecho fundamental sino una excepción al cumplimiento de un deber general (Sentencia TC 160/1987/3, de 27 de octubre, que supera, en este punto, la doctrina contenida en la Sentencia TC 15/1982/6, de 23 de abril) y configura la única objeción de conciencia constitucionalmente amparada (Sentencia TC 321/1994/4, de 28 de noviembre).

¹⁹ En relación con los derechos políticos del artículo 23 CE.

²⁰ Artículo 29 CE, sobre el derecho de petición.

²¹ Esta utilización se muestra en la regulaciones siguientes: libertad ideológica, religiosa y de creencias, artículo 16.1; intimidad familiar y personal, honor y propia imagen, artículo 18.1; inviolabilidad del domicilio, artículo 18.2; secreto de las comunicaciones, artículo 18.3; derechos relacionados con la libertad de expresión e información; la producción y creación literaria, artística, científica y técnica; y la libertad de cátedra, ar-

Pero es que, además, la opción por tal postura solventaría problemas interpretativos de otra naturaleza: son los relacionados con los artículos 53.2 y 162.1.b) CE²²; problemas que, si en puridad no se relacionan directamente con la titularidad de los derechos fundamentales, sí tienen que ver con la garantía del amparo constitucional.

Debe recordarse que el artículo 53.2 CE indica que «cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.^a del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios» mediante un procedimiento preferente y sumario y ante el Tribunal Constitucional, en su caso, mediante el recurso de amparo. El precepto constitucional conecta así, aparentemente, nacionalidad y titularidad de los derechos subjetivos reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 CE, que pueden ser invocados mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

En relación con ésta última vía procesal, el artículo 162.1.b) CE encuentra legitimada a toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo (y también al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal). Aceptada la premisa doctrinal defendida anteriormente, se entendería que el artículo 53.2 CE guarda relación con la titularidad de algunos derechos fundamentales (derechos subjetivos de los ciudadanos)²³, mientras que el artículo 162.1.b) CE se conectaría con la legitimación procesal en amparo constitucional, más amplia por permitir alegar también intereses legítimos.

Pese a que estas reflexiones reflejan la utilidad de la hipótesis planteada, su adopción conlleva también inconvenientes que deben ser tomados en cuenta. El primero de ellos es que la interpretación propuesta (en resumen, el entender que los nacionales son los únicos sujetos titulares de derechos fundamentales) olvida —como ya se sugirió— otras normas constitucionales, en cuya conexión debería analizarse el citado artículo 13 CE. De ellas, es sin duda el precepto conte-

título 20.1, apartados a) hasta d); reunión, artículo 21; asociación, artículo 22; libertad de enseñanza, artículo 27.1; huelga, artículo 28.2, todos ellos de la Constitución.

²² Esta aparente contradicción ha sido analizada, entre otros, por PÉREZ TREMPs, P.; GARCÍA RUIZ, J. L.: *El recurso de amparo en el derecho español* (con apéndice de PABLO PÉREZ TREMPs, sobre *El recurso de amparo en la Constitución de 1978*). Madrid, 1980, págs. 289-290; CASCAJO CASTRO, J. L. y GIMENO SENDRA, V.: *El recurso de amparo*. Madrid, 1984, págs. 97; DÍAZ LEMA, J. M.: «¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?», en AA.VV.: *Introducción a los derechos fundamentales* (X jornadas de estudio), vol. II. Madrid, 1988, págs. 1162.

²³ Por ello, J. M. DÍAZ LEMA entiende que los extranjeros están excluidos del goce de los derechos fundamentales «a tenor de la literalidad del artículo 53.2 de la Constitución» (en *¿Tienen...?*, págs. 1162).

nido en el artículo 10.1 de la Constitución, el más importante. Tal artículo alude a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes como fundamento del orden político y de la paz social. Debe recalcar que el artículo en examen se refiere a todas las personas y no solamente a las nacionales²⁴.

En esta misma línea debe también tenerse en cuenta el (modificado) artículo 13.2 del Texto constitucional, que señala en su comienzo que «solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23...» ¿Supone esto, *contrario sensu*, que los extranjeros sí son titulares de los derechos no contenidos en el artículo 23 de la Constitución? ¿Qué ocurre, en su caso, con el resto de artículos referidos a los nacionales —artículos 14, 19, 29 y, especialmente, 30.2 CE—?

Lo cierto es que esta segunda posible interpretación, que encuentra su apoyo en el propio texto constitucional (artículo 13.1 CE en relación con los artículos 10.1 y 13.2 CE), tampoco resuelve *per se* todos los interrogantes. Pese a ello, ha sido ésta la orientación que ha seguido el Tribunal Constitucional.

2.2. La jurisprudencia constitucional

La jurisprudencia constitucional relacionada con la titularidad de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros tiene su precedente en la Sentencia dictada por la Sala 4.^a del Tribunal Supremo el 22 de mayo de 1981²⁵, que confirma la argumentación contenida en la Sentencia de 2 de octubre de la Audiencia Nacional²⁶, que reconoce el

²⁴ Tal conexión constitucional la recoge también CRUZ VILLALÓN, P.: «Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros y las personas jurídicas», *REDC*, 35 (1992), pág. 65 (que sigue estableciéndola, también, con el artículo 10.2 de la Constitución). En el mismo sentido, CARRETERO PÉREZ, A.: «Los derechos fundamentales de los extranjeros en España. Principios generales», en AA.VV.: *Introducción a los derechos fundamentales* (X Jornadas de Estudio), vol. I. Madrid, 1988, pág. 465.

²⁵ Sentencia Ar. 1981/2116. Esta Sentencia tiene su origen en el recurso de apelación promovido por el Abogado de Estado, que pretende revocar la Sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional (de 2 de octubre de 1980), que estimaba el recurso contencioso-administrativo en nombre de un súbdito alemán, amparando «el fundamental derecho de residencia de los extranjeros en España» frente a una Resolución de la Dirección General de Seguridad del Estado.

²⁶ La fundamentación de la Audiencia Nacional puede consultarse también en la Sentencia TS Ar. 1981/2116. La Audiencia estima, en lo que interesa a este trabajo, que «en respeto a la configuración constitucional del derecho de los extranjeros a residir en España como de carácter fundamental, integrado en el Título I de la Constitu-

carácter fundamental del derecho de residencia de los extranjeros en España.

También el Tribunal Constitucional favorece, por lo general, el *status* de extranjería en relación con los derechos fundamentales. Pero no lo hace ni apoyándose en los mismos razonamientos ni, consecuentemente, llegando a las mismas conclusiones. Un repaso a la escasa jurisprudencia constitucional en la materia²⁷ puede, además, poner de manifiesto las dificultades intrínsecas del problema (conectadas, en último extremo, con la noción de soberanía) y las contradicciones lógicas en las que el Tribunal Constitucional ha incurrido.

Es preciso referirse, en primer lugar, a la Sentencia TC 107/1984, que tiene su origen en el recurso de amparo que un trabajador uruguayo interpone contra una Sentencia de la Magistratura de Trabajo, por presunta vulneración de los artículos 13, 14 y 35 CE.

En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional desarrolla una compleja argumentación que, como veremos, no se encuentra exenta de ciertas contradicciones internas. Un breve resumen de la misma debería retener las siguientes afirmaciones:

a) Aunque sólo los españoles son iguales ante la ley (artículo 14 CE), la distinción de tratamiento entre nacionales y extranjeros puede invocarse ante el Tribunal Constitucional por que:

— El artículo 13 CE supone que el disfrute de los derechos y libertades se efectúa «en la medida en que lo determinen los Tratados internacionales y la ley interna española»²⁸. La propia Constitución esta-

ción —artículo 13.1—, protegido por medio de un preferente y sumario procedimiento cual es establecido por la citada Ley 62/1978, simple emanación, por propia naturaleza, de la dignidad humana y necesario para el libre desarrollo de la personalidad, como proclama el artículo 10 de aquélla...» (Considerando 3.º).

La Sentencia también alude a otras interesantes cuestiones que, sin embargo, escapan a los fines de este trabajo. Entre ellas destacan algunas de orden práctico y otras de carácter teórico. Entre las primeras, resalta el hecho de que *a*) las alegaciones mantenidas por el Abogado del Estado (y recogidas en la recurrida Resolución de la Dirección de Seguridad del Estado) no resultan probadas y que, *b*), en todo caso, no legitimarían una medida tan grave. Entre las teóricas debe hacerse notar la afirmación de que «la presunción de inocencia que adorna a los actos administrativos no significa, en buena técnica jurídica, un desplazamiento de la carga de la prueba» (Considerando 1.º de la Sentencia).

²⁷ Constituida, en lo esencial, por las Sentencias TC 107/1984, de 23 de noviembre; 99/1985, de 30 de septiembre y 115/1987, de 7 de julio; y los Autos TC 130/1985, de 27 de febrero; 127/1986 de 12 de febrero y 435/1990, de 17 de diciembre.

²⁸ Sentencia 107/1984/3.

blece de esta forma una remisión a normas infraconstitucionales en la materia.

— Los derechos de los extranjeros son derechos constitucionales (en cuanto a su *nomen* —«pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la ley, sino de las libertades “que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley”»— y protección²⁹), pero «son todos ellos, sin excepción» de configuración legal (en cuanto a su contenido). Por ello, «la igualdad o desigualdad de la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del tratado o la ley»³⁰. De esta forma, el Tribunal disocia la determinación de los derechos constitucionales de los extranjeros y su protección constitucional, de su contenido, que es meramente legal.

— El principio de igualdad no es parámetro de control aplicable a tales normas especiales relacionadas con los extranjeros, ya que la legitimidad constitucional de éstas se incardina directamente en el artículo 13.1 CE³¹.

b) Pese a todo, existen derechos «que corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional», no resultando en ellos posible un tratamiento desigual para nacionales y extranjeros (fundamento 3). Los derechos de los que gozan los extranjeros son los conectados con la dignidad de la persona (*idem*). Frente a estos derechos, otros son solamente predicables de los nacionales (artículo 23 CE). En fin, otros derechos se aplican a los extranjeros según lo dispuesto en tratados y leyes, siendo admisible entonces un tratamiento diferente³².

²⁹ *Idem*. Vid. el artículo 29.1 de la LO 7/1985.

³⁰ Sentencia 107/1984/3.

³¹ *Idem*.

³² Sentencia 107/1984/4. Éste es el punto de partida del trabajo de P. CRUZ VILLALÓN, cuando éste analiza los grupos de derechos en relación con los extranjeros (en *Dos cuestiones...*, pág. 67 y ss.). El propio autor añade un cuarto grupo, constituido por el derecho de asilo, derecho en el que la no nacionalidad es presupuesto del derecho y, es, por ello, solamente aplicable a los extranjeros (*ibidem*, pág. 67). Sin embargo, no resulta evidente que el asilo sea un derecho (aún menos que sea un derecho fundamental) o que, por el contrario, sea un privilegio que el Estado conceda graciosamente. Es decir, que no parece claro que una legislación que desconociera tal instituto jurídico (o que lo hiciera de difícil materialización práctica) contrariara necesariamente el texto constitucional. E. SAGARRA I TRIAS ha señalado que «ha quedado constitucionalizado el derecho a solicitar asilo, pero en modo alguno puede afirmarse que el derecho al asilo sea un derecho subjetivo que se confiere a los extranjeros» (en *Los derechos...*, pág. 81). Sobre el asilo, vid. LÓPEZ GARRIDO, D.: *El derecho de asilo*. Madrid, 1991 y GARCÍA MACHO, R.: «El derecho de asilo y del refugiado en la Constitución española», en AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II. Madrid, 1991, págs. 767-797.

El Tribunal incurre en varias contradicciones lógicas que deben ser puestas de manifiesto. En primer lugar, no tiene sentido establecer, de un lado, que los derechos de los extranjeros son derechos de (libre) configuración legal³³ y mantener, de otro, la protección constitucional de los mismos. En efecto, si la misión prioritaria del Tribunal Constitucional en relación con los derechos fundamentales es hacer que el legislador respete su contenido, carece en alguna medida de sentido atribuirle competencia para imponer dichos derechos al legislador, si éstos son verdaderamente disponibles para las Cortes Generales. El control del Tribunal Constitucional recaería entonces, únicamente, sobre la actividad judicial y administrativa (esto es, de los aplicadores del Derecho), por lo que tendría mejor engarce constitucional con el artículo 24 CE que con el 13 CE³⁴.

En efecto, si el legislador es libre para configurar los derechos fundamentales de los extranjeros (de algunos al menos), el único control del Tribunal recaerá no ya en el contenido material de la ley, sino en su aplicación. Pero tal concreta aplicación de la ley, judicial o administrativa, deberá respetar, en todo caso, el derecho a la tutela judicial efectiva.

En segundo lugar, no parecen compatibles las afirmaciones de que, de un lado, todos los derechos fundamentales de los extranjeros son de libre configuración en su contenido y, de otro, que determinados derechos no permiten un tratamiento desigual para nacionales y extranjeros. O bien existen derechos fundamentales de los extranjeros, es decir, derechos subjetivos que dimanen de la Constitución y que no pueden ser desconocidos por el legislador, o bien la Constitución se limita a mencionar determinados derechos subjetivos, cuyo contenido es libremente determinado por el legislador.

En este mismo sentido, no deben tomarse en cuenta los derechos recogidos en leyes o tratados, ya que la resolución del problema debe deducirse sólo del Texto constitucional. Y ello por varios motivos. En primer lugar, la vinculación del Estado al respeto de determinados

³³ Afirmación reproducida en el Auto TC 130/1985/2. En el mismo sentido, *vid.* Auto TC 435/1990/2.

³⁴ Esto se insinúa en el citado Auto TC 130/1985/2, donde señala el Tribunal: «los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros son todos, sin excepción en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal, conforme declara la Sentencia de este Tribunal Constitucional 107/1984 [...], y que como reiteradamente ha expresado este TC la interpretación de la legalidad ordinaria corresponde al Juez ordinario, en este caso, en su más alta expresión, sin que pueda este Tribunal Constitucional hacer otra cosa que asumir su decisión, sin sustituirla por otra diferente en un recurso de amparo cuando ello no viene reclamado por la necesidad de ajustarla a la Constitución».

derechos en Textos internacionales, no confiere a éstos el rango de derechos fundamentales (es decir, la cláusula del artículo 10.2 es interpretativa, imponiendo adecuar la interpretación de los derechos fundamentales a los textos internacionales, pero no amplía en ningún caso el listado de los mismos³⁵: no existen derechos fundamentales en virtud de Tratados Internacionales, sino solamente en virtud de la Constitución)³⁶. En segundo lugar, la actuación de las Cortes Generales debe examinarse a la luz de las normas constitucionales (y no a la inversa).

El tercer problema es, si cabe, de mayor importancia. Parte de una constatación: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha vaciado de contenido (de contenido propio se entiende) el artículo 13 de la Constitución. En efecto, es posible (e incluso parece deseable) llegar a una solución análoga a la mantenida por el órgano de justicia constitucional por la exclusiva interpretación del artículo 14 CE. En efecto, si se niega que el artículo 13 CE impone al legislador un contenido, carece de sentido su aparición en el Texto constitucional. Las diferen-

³⁵ Debe hacerse notar que, en puridad, los textos internacionales de protección de derechos no incorporan derechos fundamentales al ordenamiento constitucional español. El artículo 10.2 CE solamente permite interpretar derechos fundamentales españoles a la luz de lo dispuesto en tales normas internacionales, pero no la ampliación del catálogo de los derechos fundamentales en España (*vid.*, entre otros muchos, CRUZ VILLALÓN, P.: *Dos cuestiones...*, págs. 65-66). Por esta razón, el Tribunal Constitucional ha señalado frecuentemente que a él solamente le corresponde «comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo» (Sentencia TC 214/1991/1, de 11 de noviembre). *Vid.*, en el plano doctrinal, REY MARTÍNEZ, F.: «El criterio interpretativo de los derechos fundamentales conforme a normas internacionales», *RGD*, 537 (1989), especialmente, págs. 3615-3616.

³⁶ Por ello, no puede entenderse que los tratados internacionales en materia de derechos humanos sean fundamento del *status* de extranjería en materia de derechos fundamentales. En efecto, el fundamento debe hallarse en el propio Texto constitucional (en contra, BORRAJO INIESTA, I.: *El status...*, pág. 765). Por ello, afirmaciones tales como que «los derechos humanos son hoy una ideología universal consensuada y proclamada en textos de observancia jurídica superiores a la Constitución» (CARRETERO PÉREZ, A.: *Los derechos...*, pág. 465) o que «el Estado está obligado a reconocer libertades mínimas a los extranjeros de conformidad con las declaraciones internacionales; los extranjeros pueden seguir el artículo 53 CE y la LOTC y defenderlas por medio del recurso de amparo» (*ibidem*, pág. 467), perturban los diferentes sistemas de a) los derechos fundamentales reconocidos (y protegidos) constitucionalmente del sistema de protección de b) los derechos reconocidos mediante Ley o Tratado, que si bien confieren —indudablemente— derechos subjetivos, no hacen de estos derechos fundamentales (ni en su contenido ni, consecuentemente, en su protección).

Por idénticos motivos, no debe examinarse el problema desde los artículos 27 y 15 de los Códigos Civil y Mercantil, respectivamente, que hacen referencia al disfrute de derechos civiles y mercantiles de los extranjeros en nuestro país.

cias de tratamiento razonables entre nacionales y extranjeros (*melius*, diferencias de tratamiento a secas), no están prohibidas por la Constitución (el artículo 14 se refiere a los españoles) y aunque estuvieran prohibidas, serían consideradas razonables ya que —como sostuvo el Ministerio Fiscal en sus alegaciones— las diferencias de tratamiento en ciertas materias son comunes a todos los ordenamientos constitucionales³⁷ (y, podría añadirse, porque pueden encontrar apoyo en bienes de relevancia constitucional). En último extremo, el único límite que existe para el legislador en materia de derechos fundamentales es, al menos teóricamente³⁸, el del contenido esencial, por lo que no tiene sentido una norma que permite al legislador actuar donde es libre para hacerlo (en el contenido no esencial del derecho). Esta crítica, como se verá, ha sido mantenida en el propio seno del Tribunal Constitucional (aunque no en idénticos términos), expresándose en un voto particular a la Sentencia sobre la Ley de Extranjería (Sentencia TC 115/1987).

Tal Sentencia tiene su origen en el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo en relación con la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España³⁹. Esta Ley de extranjería, dictada en desarrollo del artículo 13 CE, es en su contenido, bastante oscura. Tras repetir el propio contenido del precepto constitucional, se ocupa en profundidad del régimen de entrada y permanencia de los extranjeros en España, y del trabajo y la residencia. La Ley solamente se detiene en el régimen de algunos derechos fundamentales (entre los que no se encuentra la inviolabilidad del domicilio), como son los de reunión y asociación. Estas últimas disposiciones citadas son, entre otras, las que van a ser recurridas por el Defensor del Pueblo, por presunta vulneración de los artículos 21.1 y 22 CE.

El Tribunal Constitucional resuelve el asunto ante él planteado en parecidos términos a los empleados en sus Sentencias 107/1984 y 99/1985. Y ello a pesar de que el Letrado del Estado realizara en sus alegaciones sobre la Ley de extranjería una interpretación novedosa del artículo 13 CE, entendiendo que «la Constitución ha seguido un sistema de equiparación no absoluto de nacionales y extranjeros en los que se refiere a los derechos fundamentales y libertades públicas, regido por el «principio de límite mínimo», de forma que los derechos constitucionales de los extranjeros serían siempre de «configuración

³⁷ Vid. el Antecedente cuarto de la Sentencia TC 107/1984.

³⁸ Vid. el primer capítulo de la segunda parte de este trabajo.

³⁹ Desarrollada mediante Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LO 7/1985, publicado en el *BOE* de 23 de febrero de 1996 (corrección de errores en el *BOE* de 2 de abril).

legal» y podrían sufrir limitaciones legales siendo el límite que se impone al legislador el reconocimiento del «standard mínimo» que prescriben los tratados internacionales»⁴⁰.

Frente a tal lectura constitucional del artículo 13 CE, el Tribunal entiende que el «problema que se plantea no es el de si es posible aquí la diferencia de trato en el ejercicio del derecho entre los extranjeros y los españoles, sino si el legislador ha respetado el contenido preceptivo e imperativo que establece el artículo 21.1 de la Constitución [derecho de reunión], también para los extranjeros». Influye en el Tribunal el carácter impersonal en el reconocimiento constitucional del derecho de reunión, que no excluye a los extranjeros ni reserva el derecho a los nacionales⁴¹. Por ello, estima el Tribunal que en la regulación sometida a su análisis⁴² existe vulneración del contenido esencial del derecho de reunión.

Tal actitud del Tribunal denota la aplicación de un precepto constitucional a los extranjeros, derecho fundamental en *nomen*, contenido y, consecuentemente, protección; o, en palabras del propio Tribunal, el examen de si el legislador «ha respetado el contenido preceptivo e imperativo que establece el artículo 21.1 de la Constitución, también para los extranjeros»⁴³. De esta forma, la *aportación* del artículo 13 sería la de legitimar una actuación diferenciada para los extranjeros en los aspectos no esenciales del derecho⁴⁴.

⁴⁰ Fundamento 2.º, relacionado con el examen de si la exigencia de autorización previa para la celebración de reuniones de extranjeros residentes contraría el artículo 21 CE (derecho de reunión). El Tribunal Constitucional había señalado en el pasado que este derecho fundamental no puede verse sometido a la existencia de una autorización previa, porque su ejercicio sin tal condicionamiento constituye «una facultad necesaria para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito» (Sentencia TC 11/1981, de 8 de abril).

⁴¹ El Tribunal Constitucional hace hincapié, en la diferente redacción del artículo 21 CE en relación con *a)* otros derechos fundamentales, predicados únicamente de los nacionales y *b)* otros países, donde tal derecho se reserva a los nacionales.

⁴² El artículo 7 de la Ley impugnada imponía la exigencia de autorización administrativa previa en las reuniones celebradas por extranjeros residentes.

⁴³ JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA señala que también debe respetarse el núcleo esencial de los derechos contenidos en la Sección segunda del Capítulo 2.º del Título primero (en *Algunas...*, pág. 95).

⁴⁴ El mismo Tribunal señaló en otro asunto (Sentencia TC 99/1985/2) que el artículo 13.1 CE significa «que el disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución (y que por consiguiente se le reconoce también a ellos en principio con las salvedades concernientes a los artículos 19, 23 y 29, como se desprende de su tenor literal y del mismo artículo 13 en su párrafo segundo) podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los tratados internacionales y la Ley interna española».

Esta interpretación ha sido criticada en el Voto Particular de los Magistrados Francisco Rubio Llorente, Francisco Tomás y Valiente y Fernando García-Mon y González-Regueral, dictado en relación con la resolución del Tribunal. Tales magistrados, manteniendo un punto de vista diferente, entienden que el artículo 13 CE permite superar los límites implícitos o explícitos constitucionalmente impuestos a las libertades públicas (no así de los derechos fundamentales) de los extranjeros. Los magistrados disidentes estiman que el artículo 13 CE no puede permitir exclusivamente al legislador realizar regulaciones diferenciadas para los extranjeros (que siempre podían apoyarse *contrario sensu* en el artículo 14 CE). Tal posición mantenida en el Voto particular conlleva, para los propios Magistrados, dos implicaciones:

a) De un lado, que «también los extranjeros gozan de los derechos enunciados en términos genéricos por la propia Constitución y que son inherentes a la dignidad humana por utilizar la expresión empleada en las Sentencias TC 107/1984 y 99/1985⁴⁵».

b) De otro lado, que «el legislador está obligado a otorgar a los extranjeros que viven legalmente en España el uso de las libertades públicas que garantiza el Título I, pero, también sin duda, que esas libertades no tienen otro contenido que aquél que establezcan los tratados y la ley» (lo que deriva en la constitucionalidad del artículo 7 de la Ley impugnada, que impone la exigencia de autorización administrativa previa en las reuniones celebradas por extranjeros residentes).

Como se puede apreciar en las distintas posiciones que subyacen en la Sentencia comentada, el problema dista de estar resuelto. No es tarea de este trabajo hacerlo, sino examinar, de forma más modesta, si los extranjeros gozan en nuestro país del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

2.3. La inviolabilidad del domicilio de los extranjeros

La respuesta a esta cuestión debe ser afirmativa. Tal resolución se deriva del *status* de extranjería analizado en páginas anteriores, de la solución dada al problema por la doctrina, y se refleja, también, en el ordenamiento infraconstitucional. Asimismo avalan esta misma solución el Derecho comparado y la historia constitucional.

⁴⁵ En la Sentencia TC 99/1985/2 se afirma que la modulación o atemperación del régimen del derechos es posible en relación con todos los derechos.

En esta línea, puede llegarse a tal conclusión si se acepta, simplemente, que el derecho fundamental a la inviolabilidad garantiza, como ya sabemos, el bien jurídico intimidad, que se conecta en todo caso con la dignidad de la persona. Debe hacerse notar, además, que la doctrina que se ha ocupado del problema ha sido unánime en la consideración de que los extranjeros gozan de un derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio⁴⁶.

Tal interpretación sería también coherente con el ordenamiento infraconstitucional. Tal constatación no es definitiva en este análisis (pues no debe interpretarse la Constitución partiendo de la legalidad ordinaria⁴⁷), pero sí es útil ver de qué manera encaja la solución dada a la interpretación constitucional en el ordenamiento infraconstitucional.

Como ya se ha indicado, la Ley de extranjería nada dice, en concreto, de la inviolabilidad del domicilio, lo que permite pensar que, quizás, no existen, en relación con este derecho fundamental, normas especiales. En otras palabras, si la Ley no especializa el ejercicio del derecho para los extranjeros, debe aceptarse que tal ejercicio es coincidente con el de los nacionales por conectarse, como ya se ha indicado, con la dignidad de la persona.

De hecho, tal igualdad de garantías para nacionales y extranjeros se muestra hoy claramente en el plano penal. Si bien el viejo artículo 191.1 del Código Penal de 1973, relativo a las entradas producidas por funcionario público, se refería al domicilio de un súbdito español, el artículo 490, que regulaba el allanamiento de morada, se aplicaba a cualquier morada ajena. Hoy tales diferencias que perjudicaban a los extranjeros respecto de las entradas domiciliarias realizadas por funcionarios públicos han sido superadas en los artículos 204 y 534.1 del nuevo Código Penal de 1995⁴⁸, en tanto que son aplicables respecto de todo domicilio, con independencia de que su morador sea nacional

⁴⁶ LUCAS VERDÚ, P.: *Voz...*, pág. 670 *in fine*. *Vid.*, también, GARCÍA TORRES, J.: *Voz...*, pág. 2155; GONZÁLEZ-TREVIANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, págs. 107-109; GARCÍA MACHO, R.: *La inviolabilidad...*, pág. 857; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *El derecho...*, pág. 46 y SAGARRA I TRIAS, E.: *Los derechos...*, pág. 61. En el mismo sentido, y en relación con el derecho a la intimidad, *vid.* SEMPERE RODRÍGUEZ, C.: *Comentario...*, pág. 439. Desde la perspectiva penal, es de la misma opinión AGUSTÍN JORGE BARREIRO (en su obra, *El allanamiento...*, pág. 96).

⁴⁷ Como el Tribunal Constitucional ha indicado en, entre otras, la Sentencia TC 22/1984/3.

⁴⁸ Se alude a la LO 10/1995. El primer precepto citado tipifica como delito la entrada domiciliaria realizada por funcionario público cuando no medie causa legal por delito para ello. Si media tal causa, pero el funcionario no respeta las garantías constitucionales, incurre en el delito tipificado en el artículo 534.1 del nuevo Código Penal de 1995.

o extranjero. La Ley de Enjuiciamiento Criminal hace también referencia, por su parte, al domicilio de un español o extranjero en las normas relacionadas con la entrada y registro en lugar cerrado⁴⁹.

Por último, y a pesar de la utilidad limitada del enfoque comparado del derecho, debe hacerse notar que el extranjero goza del derecho a la inviolabilidad del domicilio en otros países de nuestro entorno, como son Italia⁵⁰, Alemania⁵¹ o Francia⁵². Aún más, la evolución histórica del derecho en algunos ordenamientos constitucionales muestra como, por lo general, se suele reconocer, en un primer momento, a los nacionales para extenderse, posteriormente, a los habitantes que vivan en el suelo nacional, con independencia de su nacionalidad.

Esta evolución se muestra de forma palpable en el Derecho constitucional francés. Mientras que los artículos 9 y 359 de la Constituciones de 1791 y 1795, respectivamente, se refieren a la casa de un (o de cada) ciudadano, los textos posteriores apuestan por la protección de la casa de toda persona que habita el territorio francés (artículos 76 y 3 de las Constituciones de 1799 y 1848, respectivamente). Como se señaló en el capítulo anterior de este trabajo, en la actualidad la garantía domiciliaria se asegura a través de la libertad individual, garantizada de forma impersonal en el artículo 66 de la Constitución de 1958⁵³.

⁴⁹ Ver los artículos 545 y 550 LECr en concreto. En el último artículo citado, se muestra como el acogimiento de los extranjeros proviene del artículo 6 de la Constitución de la Monarquía española de 1876.

⁵⁰ Vid. BISCARETTI DI RUFFIA, P.: *Derecho Constitucional*, 3.ª ed. Madrid, 1987, pág. 720; CUOCOLO, F.: *Istituzioni...*, pág. 587; PIZZORUSSO, A.: *Lecciones de Derecho Constitucional*, vol. I. Madrid, 1984, pág. 212, BALLADORE PALLIERI, G.: *Diritto Costituzionale*, 10.ª ed. Milán, 1972, pág. 403 y MARTINES, T.: *Diritto...*, pág. 479. En el mismo sentido, D'ALESSIO, R.: *Articolo...*, pág. 89; BARILE, PAOLO y CHELI, E.: *Domicilio...*, pág. 864; y FASO, I.: *La libertà...*, pág. 73.

⁵¹ MAUNZ, T.: «Artikel...», pág. 13-8. GENTZ, M.: *Die Unverletzlichkeit der Wohnung*, Berlín, 1968, pág. 171.

⁵² Vid., por todos, MORANGE, J.: «La protection des droits fondamentaux par le Conseil Constitutionnel (Bilan général: 1971-1991)», *GC*, 3 (1991), págs. 2560-2561. En concreto, la Decisión CCF 86-216 DC, de 3 de septiembre, muestra como los extranjeros se benefician, en abstracto, de la libertad individual (de la que deriva, a su vez, la inviolabilidad del domicilio) y en la más reciente Decisión 90-281 DC (de 8 de enero de 1991), relacionada con la inviolabilidad del domicilio, se puede leer que «la protección de esta libertad [individual] hace necesaria la intervención de la autoridad judicial cuando puede ser cuestionada la inviolabilidad del domicilio de “toda persona que reside en el territorio de la República [francesa]” (Considerando 8). Ambas Decisiones pueden examinarse en FAVOREU, L. (ed.): *Recueil...*, pág. 281 y ss. (especialmente en sus considerandos 9, 13 y 14) y pág. 415 y ss., respectivamente. El subrayado pertenece a este trabajo.

⁵³ Los textos de los artículos citados pueden examinarse en DUVERGER, M.: *Constitutions...*, págs. 32, 109, 117, 138 y 262. También es impersonal el reconocimiento del

La misma percepción se deriva del examen de nuestra propia historia constitucional, aunque de forma irregular. En efecto, si en la primera formulación moderna de la inviolabilidad del domicilio⁵⁴ se protege «la casa de todo habitante en el territorio de España y de Indias» (artículo 126 de la Carta de Bayona —1808—), posteriormente se va a proteger solamente la casa del español (Constituciones de 1812, 1837, 1845 y la no promulgada de 1856⁵⁵). Por su parte, la Constitución de 1869, protege ya el domicilio de españoles y extranjeros residentes en España (artículo 5). Tal fórmula se reproduce en el Proyecto de Constitución Federal de la República española (de 1873) —en su artículo 7—, en la Constitución de 1876 (artículo 6), en el Anteproyecto de Constitución de 1929 (artículo 23.5) y en la Constitución de la República española de 1931 (artículo 31.4⁵⁶). Por fin, como es sabido, el vigente texto constitucional reconoce en su artículo 18.2 que «el domicilio es inviolable», sin referirse ni diferenciar a nacionales o extranjeros. Esta línea constitucional histórica del precepto, que en el último siglo ha sido unidireccional⁵⁷, lleva también a pensar que los extranjeros se ven beneficiados por el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

derecho en el artículo 7 del Proyecto de Constitución de 19 de abril de 1946 (*ibidem* pág. 177). *Vid.*, la clarísima Decisión 90-281 DC, cit. en la nota anterior.

⁵⁴ ÓSCAR ALZAGA explica que como a pesar de que en algunos manuales extranjeros, como el de E. STEIN, se sostenga que la inviolabilidad del domicilio fue parcialmente proclamada en la Constitución noruega de 1814 y plenamente consagrada en la Constitución belga de 1831, su primera formulación moderna se recoge en la Carta de Bayona (1808), formulación que es, además, bastante extensiva (en *Comentario...*, pág. 208).

⁵⁵ Artículos 306, 7, 7 y 8, respectivamente, que pueden ser consultados en ESTEBAN, J. de: *Constituciones...*, págs. 115, 149, 160 y 201.

El Proyecto de Ley sobre la seguridad de las personas, de BRAVO MURILLO, señala en su primer artículo que «no se podrá allanar la casa de ningún español...» (*ibidem*, pág. 198).

⁵⁶ Los textos citados pueden ser consultados en ESTEBAN, J. de: *Constituciones...*

⁵⁷ No puede ser tomado en cuenta, por razones obvias, el artículo 15 del Fuero de los Españoles, que contiene un reconocimiento (meramente formal, por lo demás) de la inviolabilidad del domicilio de los españoles. Tal limitación del reconocimiento del derecho ha sido subrayado por el profesor PABLO LUCAS VERDÚ, quien, en un célebre trabajo sobre la materia, señalaba: «A nuestro juicio, la redacción de este precepto es poco feliz. A diferencia del artículo 13, que garantiza genéricamente dentro del territorio nacional la libertad y el secreto de la correspondencia, el artículo 15 protege sólo el domicilio de los españoles, lo cual es poco generoso, pues la inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental de la persona, cuyo respeto es exigido por el artículo 1 del mismo Fuero: «El Estado español proclama como principio rector de sus actos el respeto a la dignidad, la integridad y la libertad de la persona humana...» (en *Voz...*, pág. 672). Entiende además el autor que la norma tiene un difícil encaje con los artículos 545 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que hacen referencia al domicilio del extranjero, y con el artículo 11 de la Ley de Orden Público (de 1959), que se refiere a la persona (*idem*).

3. LOS DOMICILIOS COMPARTIDOS (I). PRINCIPIOS GENERALES

3.1. ¿Cotitularidad del derecho o pluralidad de derechos?

El primer problema que surge cuando varias personas conviven en un mismo piso es determinar si todos los habitantes tienen *un* derecho a la inviolabilidad del domicilio (que comparten y del cual son, por tanto cotitulares), o bien si *cada* habitante posee un derecho a la inviolabilidad del domicilio sobre la misma vivienda, es decir, si existe una pluralidad de derechos que recaen sobre el mismo objeto. En el primer caso existiría un único derecho a la inviolabilidad del domicilio, cuyo ejercicio competiría a todos los cohabitantes; en el segundo, se darían tantos derechos como habitantes hubiese⁵⁸.

Es útil, a efectos de concretar la cuestión, plantear el problema en la órbita del domicilio familiar (aunque, posteriormente, y a los efectos de este trabajo, se pueda extender las conclusiones, con matices, a otros supuestos donde varias personas convivan en el mismo piso, sin estar unidos por vínculos familiares).

En efecto, se ha mantenido tradicionalmente que la unidad familiar defiende unos intereses distintos a los de los cónyuges, que deben prevalecer, en todo caso, como *intereses de grupo*⁵⁹. Así se dice que «la inviolabilidad del domicilio no debería pertenecer a cada uno de los cónyuges en beneficio propio *uti singulus* sino como miembro del conjunto familiar»⁶⁰. Anteriormente, tal unidad familiar se expresaba en la obligación de la mujer de obedecer al marido⁶¹. Los conflictos no se producían por la existencia de la supremacía de la opinión del marido sobre la de la mujer, puesto que a aquél se le consideraba jefe de la familia.

⁵⁸ Esta afirmación no excluye que determinados sujetos puedan tener un ejercicio limitado del derecho, como se verá en páginas posteriores.

⁵⁹ MEZZANOTTE, C.: *L'ospite...*, pág. 2122.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ Antiguo artículo 57 del Código Civil. Este artículo se inscribe en un marco jurídico en el que el marido era administrador de los bienes de la sociedad conyugal (antiguo artículo 59) y era, también, representante de la mujer —que no podía comparecer en juicio sin su licencia— (antiguo artículo 60). Coherentemente con esta posición privilegiada del marido, el artículo 154 del mismo cuerpo legal señalaba que el padre tenía la potestad sobre los hijos.

En la actualidad, la cuestión no es parecida ni en sus planteamientos, ni en sus concreciones. Hoy se parte, como es sabido, de las reglas jurídicas contenidas en los artículos 14 y 32.1 CE⁶². Tales preceptos garantizan la igualdad ante la ley del hombre y de la mujer, así como la plena igualdad jurídica de ambos en el matrimonio.

Tal regulación constitucional ha provocado una importante reforma material del Código Civil⁶³ sobre el derecho matrimonial. La regulación vigente, que parte de que «el marido y la mujer son iguales en derechos y deberes» (artículo 66 CC), atribuye la patria potestad a la madre y al padre (artículo 154 CC)⁶⁴. En caso de que exista desacuerdo en el parecer de los cónyuges, deberán someter la cuestión al juez quien decidirá en interés de la familia⁶⁵.

La regulación examinada podría hacer pensar que aún en la actualidad la familia puede ser, como tal, sujeto de derechos que no podrían atribuirse como tales a los individuos aislados que la conforman. Este sujeto (la familia) actuaría por el acuerdo de los cónyuges en primera instancia, y por decisión judicial en su defecto⁶⁶. Si se entendiera que la inviolabilidad del domicilio es una garantía de la intimidad familiar, que protege a la familia, habría también que aceptar que nos encontramos ante un único derecho del que los cónyuges son cotitulares.

⁶² Por ello no se comparte la afirmación de que al análisis de los titulares del derecho sea «enteramente aplicable» la doctrina anterior a la Constitución [realizada por LORENZO PLAZA ARRIMADAS, en «La inviolabilidad de domicilio», *REVL*, 216 (1982), pág. 689].

⁶³ Redactada conforme a la Ley 30/1981, de 7 de julio. No obstante, el artículo 57 ya había sido modificado por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, en la que el padre pierde la representación legal de la mujer (artículo 63), pero sigue siendo el titular de la patria potestad (artículo 154 CC).

⁶⁴ Ello no impide que sea posible que *a*) la patria potestad se ejerza por un progenitor con el consentimiento expreso o tácito del otro (artículo 156, primer párrafo) —y que tal consentimiento se presuma (artículo 156, párrafo tercero)— y, *b*) que, en los casos de padres separados, la patria potestad se ejerza por aquél con quien el hijo conviva (artículo 156, párrafo quinto). La misma solución se da cuando uno de los progenitores se encuentra ausente, incapacitado o imposibilitado (*ibidem*, párrafo cuarto).

⁶⁵ El Código Civil alude a la actuación del juez, por ejemplo, en relación con la fijación del domicilio conyugal (artículo 70) o en materia de patria potestad (artículo 156, segundo párrafo). De otro lado, la Sentencia TS Ar. 1994/3656/1, afirma la validez del auto de entrada y registro (así como del desarrollo de la diligencia), ya que el registro fue notificado a la esposa del acusado, «titular de la vivienda familiar en igual sentido al que lo es el marido» y porque ella estuvo presente durante la ejecución de la misma.

⁶⁶ Así dirá C. MEZZANOTTE que «Es coherente con las premisas de esta tesis que el enfrentamiento entre los cónyuges deba resolverse por parte del juez que tiene el poder de remover situaciones en orden a recomponer la unidad de la familia, acordando supeditar los intereses individuales a los intereses y fines del grupo» (en *L'ospite...*, pág. 2122).

Como antes se indicaba, tal problema ha sido analizado con detalle en Italia. En referencia al asunto planteado al Tribunal Constitucional italiano, C. Mezzanotte ha defendido la existencia de un interés del grupo, que debe prevalecer sobre la voluntad *uti singulus* de los cónyuges⁶⁷. No obstante tal posición desconoce algunos argumentos que aconsejan optar por una solución diferente.

Tales argumentos parten de la propia resolución del Tribunal Constitucional italiano. Debe recordarse, una vez más, que la cuestión de constitucionalidad sometida al Tribunal instaba a que éste se declarase sobre la constitucionalidad del artículo 144 CCI, en la parte en la que declara al marido jefe de familia (por presunta vulneración de los artículos 3 y 29 CI). El Tribunal entiende que la cuestión carece de relevancia. Y ello porque mantiene que aun reconociendo a la mujer poderes semejantes a los del marido (declarando ilegítimo el artículo 144 CCI), la entrada de un tercero en el domicilio conyugal en contra de la voluntad del marido seguiría siendo delictiva⁶⁸.

Como ya se hizo notar en el capítulo anterior, donde también se citó esta importante resolución, parece claro que la inviolabilidad del domicilio garantiza de la intimidad personal⁶⁹.

Esta posición, además de explicar la propia resolución constitucional, aporta los elementos necesarios para la resolución de otros conflictos. Alessandro Pace ha tenido ocasión de analizar, desde las páginas de su *Problematica delle libertà Costituzionali*⁷⁰ dedicadas a la inviolabilidad del domicilio algunos de estos problemas, y en especial los que ahora analizamos, referidos al número de derechos ante los que nos encontramos, y a la identidad de sus titulares⁷¹.

⁶⁷ *Vid.*, en la misma dirección, la Sentencia TC 135/1986/6, de 31 de octubre y el artículo 67 CC, donde se utiliza la expresión «interés de la familia». En la doctrina española, LORENZO PLAZA ARRIMADAS (en *La inviolabilidad...*, pág. 689) parece también partir de una posición piramidal, en la que el titular del domicilio ocupa una posición privilegiada también en relación, por ejemplo, a su cónyuge.

⁶⁸ Sentencia TCI 176/1970/2, ya citada.

⁶⁹ Lo que no excluye, como allí se apuntó, que se pueda invocar vulneración de la intimidad familiar, cuando exista una misma posición en los cónyuges, o no exista, al menos, voces disonantes, como en el caso descrito.

⁷⁰ PACE, A.: *Problemática...*, pág. 219 y ss.

⁷¹ La doctrina italiana ha dedicado alguna atención a tales supuestos, aunque no existe acuerdo doctrinal sobre su calificación. Así, GIULIANO AMATO habla de pluralidad de derechos (en *Articolo...*, pág. 65 y ss.). Por su parte, ROSALIA D'ALESSIO califica al mismo fenómeno con el nombre de titularidad acumulada (en *Articolo...*, pág. 90); PAOLO BARILE y ENZO CHELI prefieren referirse a situaciones complejas (en su *Domicilio...*, págs. 864). Finalmente, PAOLO CARETTI hace referencia a los fenómenos de cotitularidad

Parece claro que la Sentencia del Tribunal Constitucional italiano no estima que exista un derecho (único), del que sean cotitulares los cónyuges. Si hubiera adoptado tal criterio, el Tribunal debería siquiera haber esbozado los mecanismos de resolución de discrepancias en el seno familiar. Por contra, el Tribunal estima que existen dos derechos a la inviolabilidad del domicilio que tienen por objeto la misma vivienda. Las consecuencias prácticas de tal decisión son evidentes; de ellas, la más importante es la inutilidad de las reglas que intentan resolver las discrepancias familiares de los cónyuges. En puridad, no estamos ante un derecho compartido del que ambos cónyuges son (co)titulares, sino ante una pluralidad de derechos (uno, que pertenece a la mujer; y otro, idéntico en alcance y contenido, que se predica del marido). En palabras de Alessandro Pace, «Sobre todo, debe precisarse que en la hipótesis que se discute se toma en consideración no ya la «cotitularidad» de una misma situación jurídica subjetiva (la titularidad de una unitaria libertad «colectiva del domicilio»), sino que se considera una pluralidad de situaciones jurídicas»⁷².

A esta misma solución se llega si se analizan otros supuestos donde se da la convivencia de varias personas en la misma vivienda (supuesto de los llamados pisos de amigos o de los pisos de estudiantes) en los que no existen relaciones de dependencia. Parece obvio que no existe allí una unidad superior a la de la persona física. Por ello, los problemas que deriven de la convivencia de varias personas en el ejercicio del derecho individual de la inviolabilidad del domicilio deben ser resueltos, en todo caso, teniendo en cuenta la existencia de una pluralidad de derechos que recaen sobre un mismo objeto⁷³.

Enfocado así el problema, debe ahora tratarse de dar soluciones concretas a los posibles conflictos que puedan surgir por la convivencia de varios sujetos en un mismo domicilio. No se examinará, por contra, otras cuestiones que si bien es cierto que presentan cierto interés teórico, van más allá del problema planteado (como es la utilización de los cuartos de hotel, en relación con la dirección de los mismos, o la situación del precario que permite al precarista utilizar una vivienda distinta de la suya). En estos casos, y en otros cercanos⁷⁴, si

o titularidad acumulada (en su *Voz Domicilio...*, pág. 322). *Vid.*, en relación con estos problemas, PACE, A.: *Problematica...*, pág. 219 y ss.

⁷² PACE, A.: *Problematica...*, pág. 220. En el mismo sentido, IGNAZIO FASO (en *La libertà...*, pág. 24, nota 55).

⁷³ *Vid.* ALFONSO BOZZO, A. de: *Sobre...*, pág. 460.

⁷⁴ En todo caso, *vid.*, en relación con el subarriendo parcial de habitaciones y el contrato de hospedaje el artículo 8 LAU. Su distinción es analizada en profundidad por JUAN V. FUENTES LOJO en su *Suma de Arrendamientos Urbanos*, tomo I, 8.ª ed. Barce-

bien el ocupante del lugar arrendado (cuarto de hotel, habitación,...) es titular del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio⁷⁵ frente a terceros, es posible que su ejercicio se encuentre condicionado por el propio contrato de alquiler. Es frecuente, en efecto, que la dirección de tales establecimientos se reserve el derecho de entrar en ellos para realizar funciones de mantenimiento, lo que condiciona, en alguna medida, el ejercicio del derecho de la persona que alquila el cuarto. Baste decir que en estos supuestos, la limitación del ejercicio del derecho por parte del ocupante del cuarto tiene un origen contractual y se explica por la propia naturaleza y función de tales establecimientos. Sin embargo, pese a todo, estas hipótesis superan las planteadas en este momento de la investigación, que son aquéllas en las que pueden surgir conflictos derivados de la convivencia de varias personas en un mismo domicilio a efectos constitucionales.

3.2. La resolución de conflictos

La Sentencia analizada del Tribunal Constitucional italiano señala que «la oposición del marido bastaría para hacer que el ingreso de terceras personas en la casa conyugal, aunque consentida por la mujer, constituyera igualmente delito de violación del domicilio»⁷⁶. La solución que el Tribunal adopta es la de primar o hacer prevalecer el derecho de exclusión (el *ius prohibendi*) sobre el derecho de admisión (el *ius admittendi*)⁷⁷.

Tal criterio de resolución de conflictos es coherente con el fin perseguido por el derecho: la protección de la intimidad personal. En efecto, parece evidente que la entrada de personas en el domicilio familiar, que no sea consentida por un cohabitante (por un cónyuge, por ejemplo) vulnera su intimidad, que se muestra incluso en los lugares comunes de la casa. Ello explica que el *ius prohibendi* deba prevalecer sobre el *ius admittendi*. La interferencia daña, en todo caso, la intimidad⁷⁸. Como ha explicado atinadamente Alessandro Pace, «el

lona, 1984, pág. 412, apartado d). Vid. también, sobre el contrato de hospedaje, *ibidem*, págs. 411-417.

⁷⁵ Aunque esta afirmación se justificará con mayor detalle en el siguiente capítulo de esta investigación, puede citarse ya, en su apoyo, la Sentencia TS 1992/0154/2.

⁷⁶ Sentencia TCI 176/1970/2, citada, pág. 2120.

⁷⁷ Vid., haciéndose eco de esta jurisprudencia, GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, pág. 121 y, manteniendo la misma idea, GARCÍA TORRES, J.: *Voz...*, pág. 2156.

⁷⁸ AMATO, G.: *Articolo...*, pág. 62 y, en el plano jurisprudencial, las Sentencias de la Sala Criminal del Tribunal de Casación italiano de 8 de abril de 1949 [GP, 2 (1949),

ius prohibendi garantiza en sí y por sí una facultad incluida en la libertad domiciliaria de todos los sujetos cohabitantes (su derecho a «ser dejados solos»)»⁷⁹. El debilitamiento del derecho que sufren los partidarios del *ius admittendi* radica en el fundamento de una posesión (una intimidad) voluntariamente compartida con otros sujetos.

El criterio propuesto para la resolución de conflictos no implica *eo ipse* un desconocimiento de la importancia de la faceta positiva del derecho (el *ius admittendi*)⁸⁰. Tal faceta es necesaria para el desarrollo de la vida en la casa propia. Pese a su importancia, parece claro que en caso de conflicto debe primar el *ius excludendi*: la prohibición de entrada —que debe ser concreta y específica— sirve de veto a los posibles permisos de entrada que puedan contrariarla.

Podría argüirse en contra de esta idea alguna jurisprudencia norteamericana en la que se hace primar el *ius admittendi* sobre el *ius prohibendi*, en relación con registros conectados con la IV Enmienda. En efecto, en la Sentencia US v. Matlock, el Tribunal Supremo señala que «es razonable reconocer que cada uno de los cohabitantes tiene derecho a permitir el registro [...] y que los otros deben asumir el riesgo de que uno de sus miembros pueda permitir inspeccionar las áreas comunes»⁸¹. Esta afirmación, ni es —en principio— contraria a

pág. 540] y de 5 de junio de 1950 [GP, 2 (1950), pág. 1101]. Por ello, no puede compartirse el parecer de PAOLO G. NACCI, cuando afirma que sería constitucionalmente legítimo para el legislador sacrificar el *ius prohibendi* en beneficio del *ius admittendi* (en *Libertà...*, págs. 58-59).

⁷⁹ PACE, A.: *Problematica...*, pág. 220. El autor añade que, además, el ejercicio del *ius admittendi* perjudica irremediabilmente al derecho de los restantes cohabitantes (*ibidem*, págs. 220-221).

⁸⁰ Puesto de manifiesto, entre otros, por el mismo ALESSANDRO PACE (en *Problematica...*, pág. 212).

⁸¹ Sentencia 415 US 164 (1974). La cita de la Sentencia se extrae de L'FAVE, W. R. y ISRAEL, J. H.: *Criminal...* (1992), pág. 239. La Sentencia puede consultarse, íntegramente, y acompañada de los votos disidentes de los Jueces DOUGLAS, BRENNAN y MARS-HALL, en MILLER, F. W.; DAWSON, R. O.; DIX, G. E. y PARNAS, R. I.: *Cases and materials on Criminal Justice Administration*, 3.ª ed. Nueva York, 1986, págs. 290-296.

Anteriormente [*vid.* SALTZBURG, S. A.: *American...* (1984), pág. 295], los Tribunales americanos habían entendido que la realización del registro podría ser autorizada por el particular afectado o por un tercero. Tal principio se mostraba, por ejemplo, en la Sentencia Stoner v. Cal., 376 US 483 (1964), dando lugar a la llamada teoría instrumental, por la que se entiende que el permiso es dado por el acusado, directamente o, *instrumentalmente*, a través de una tercera persona.

Con la Sentencia US v. Matlock y otros pronunciamientos anteriores [Sentencias Bumper v. N.C., 391 US 543 (1968) y Franzier v. Cupp, 394 US 731 (1969)] se ha optado por la (quizás mal denominada) teoría de la propiedad, que supone que cualquier persona que acepta el compartir algo con otra se arriesga a que el consentimiento para inspeccionar el local o bien común pueda ser dado por el coposesionario. Sobre las

lo mantenido en este trabajo ni es, tampoco, extrapolable a nuestro ordenamiento constitucional.

Es posible, en efecto, que la aceptación de la convivencia conlleve, en principio⁸², el riesgo de entradas consentidas por otras personas en el domicilio. Lo que se plantea en estas páginas es si en un caso concreto debe primar la prohibición expresa o el permiso dados a una persona para que pueda penetrar en un domicilio. Ante esta hipótesis, la jurisprudencia americana en la materia puede calificarse de paradójica.

De un lado, el Tribunal Supremo ha justificado la prevalencia del *ius admittendi* en la posibilidad de que el ocupante sea libre de actuar en su propio interés o en el interés público⁸³. La tesis que hace primar el *ius admittendi* sobre el *ius prohibendi* tiene dos corolarios lógicos⁸⁴. En primer lugar, cada persona que decide vivir con alguien debe asumir el riesgo de que se produzcan entradas permitidas por los otros cohabitantes. En segundo lugar, la entrada solamente puede realizarse en los lugares de uso del que consiente y no en lugares de uso exclusivo de otras personas.

teorías instrumental y de propiedad, *vid.* ISRAEL, J. H. y LAFAYE, W. R.: *Criminal...* (1988), págs. 139-141.

No es acertado el nombre de teoría de la propiedad, pues, como los propios autores americanos señalan en otro lugar de su trabajo, con apoyo en la Sentencia Chapman v. US, 365 US 610 (1961), los propietarios no pueden dar su consentimiento para el registro de locales arrendados (ni siquiera en la hipótesis de que los mismos propietarios puedan entrar en ellos a efectos de inspecciones contractualmente convenidas) (*ibidem*, pág. 141). Además es necesario que el local o bien examinado sea utilizado simultáneamente por las dos personas, ya que si son de uso exclusivo de una de ellas, no será válido el consentimiento que dé para la realización del registro la otra [Sentencia US v. Matlock 415 US 164 (1974), *ibidem*, pág. 144].

⁸² EDWARD S. CORWIN señala que los Tribunales estatales han asumido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, confirmando los registros realizados con el consentimiento de un padre, Sentencia Salyer, 358 NE, 2d 76 (1977); una amiga, Sentencia US v. Robinson, 479 F 2d 300 (1973); un empleado, Sentencia US v. Grigsby, 367 F Supp. 900 (1973); un socio de un estudio jurídico, Sentencia Cornelius, 520 P. 2d 76 (1974) y un hospital, Sentencia State v. Smith, 559 P 2d 76 (1974), pero negando legitimidad a los registros autorizados por un arrendatario de un armario en una estación de ómnibus, Sentencia People v. Miller, 310 NE 2d 808 (1974); una niñera, Sentencia People v. Litwin, 355 NY 2d 646 (1974) o una persona que había armado una tienda de campaña junto a una casa, Sentencia State v. McGovern, 252 NY 2d 365 (1977) (en *La Constitución...*, pág. 448, texto y notas 30-37).

⁸³ El Tribunal Supremo justifica la prevalencia del *ius admittendi* en la posibilidad de que el ocupante sea libre de actuar en su propio interés o en el interés público [sentencia US v. Matlock, 415 US 164 (1974) e ISRAEL, J. H. y LAFAYE, W. R.: *Criminal...* (1988), pág. 140].

⁸⁴ Expresados en la propia Sentencia US v. Matlock, 415 US 164 (1974), y sistematizados en LAFAYE, W. R. y ISRAEL, J. H.: *Criminal...* (1992), pág. 239.

De otro lado, otras resoluciones judiciales mantienen criterios diferentes y, quizás, más ajustados a lo preceptuado en la IV Enmienda (que recoge, es obvio decirlo, garantías individuales). De las muchas resoluciones que alteran en la práctica los criterios anteriormente señalados⁸⁵, es especialmente útil recordar la Sentencia *People v. Fry*⁸⁶ y examinar, posteriormente, el problema de si puede realizarse un registro domiciliario consentido por una persona y prohibido antes o en el momento de su realización por otra.

La citada Sentencia *People v. Fry* examina si es válido el registro realizado en un local cuando éste fue permitido por una persona a la que otra (el acusado) había instruido para que no consintiera la realización de ningún registro. La estricta aplicación de los criterios fijados en *US v. Matlock* podrían hacer pensar que tal registro fue constitucionalmente legítimo. No obstante, en la Sentencia se invalida el registro. La razón, que debe subrayarse, es que la policía «sabía que su marido la había instruido para que no lo permitiera y, bajo esas circunstancias, no estaban legitimados para confiar en su consentimiento como justificativo de su conducta»⁸⁷. En esta Sentencia se hace primar la prohibición de la entrada sobre el permiso para realizarla.

Ciertamente, podría pensarse que tal resolución es excepcional en el marco del Derecho norteamericano. Pero debe recordarse que los tratados más recientes sobre procedimiento criminal defienden que la prohibición de entrada realizada antes o en el momento de producirse el consentimiento de otro cohabitante debe, en todo caso, prevalecer. Esta es, por ejemplo, la posición sustentada por Wayne R. LaFave y Jerold H. Israel, que mantienen que la garantía constitucional no puede supeditarse a que se solicite la entrada en varias ocasiones a cada uno de los cohabitantes. Estos autores entienden, además, (acertadamente desde los criterios mantenidos en la presente investigación) que esta afirmación no es contraria a los postulados defendidos en la citada Sentencia *US v. Matlock*, 415 US 164 (1974). Y ello, porque, en definitiva, es cierto que todo ocupante asume el riesgo de que todo cohabitante invite a entrar en la casa a terceras personas, pero esto ocurre cuando no está presente en los locales para defender sus intereses⁸⁸. En en el caso de que se encuentre presente, puede preservar el respeto

⁸⁵ En cuyo marco puede recordarse la curiosa Sentencia *Kelley v. State*, 184 Tenn 143 (1946), en la que se ha indicado que no es válida la prueba obtenida en un registro promovido por una mujer en contra de su marido.

⁸⁶ Sentencia *People v. Fry*, 271 Cal. App. 2d 350 (1969).

⁸⁷ Citan la Sentencia *People v. Fry*, 271 Cal. App. 2d 350 (1969), WAYNER LAFAVE y JEROLD H. ISRAEL, en su *Criminal...* (1992), pág. 240.

⁸⁸ *Idem*.

de su domicilio haciendo valer la negativa al registro que se quiera realizar en los locales que posee⁸⁹.

La prevalencia del *ius prohibendi* sobre el *ius admittendi*, y la consecuente posibilidad de que un cohabitante vete la entrada de determinadas personas en su domicilio es, en definitiva, el único remedio jurídico que puede darse al problema planteado. Las personas cuyo *ius admittendi* se restringe por la oposición de otros habitantes, solamente pueden optar por romper la convivencia y crear otro espacio íntimo, ajeno a la persona que prohibió las entradas.

La solución aportada al problema no deja de plantear algunos interrogantes, que deben ser analizados. En primer lugar, parece claro que su adopción en términos estrictos (la entrada domiciliaria realizada en contra de la voluntad de un habitante del domicilio supone vulneración del derecho fundamental y, puede añadirse, está sancionada por incluirse a través de la tipificación penal del allanamiento de morada) puede entrar en colisión con el principio de seguridad jurídica. En segundo lugar, deberá también plantearse si es posible que exista vulneración del derecho fundamental (y en su caso, comisión delictiva) por la entrada de un habitante en cuartos ocupados por otros habitantes. Posteriormente será preciso determinar si todos los habitantes poseen el derecho con idéntico alcance.

3.3. Algunas consecuencias prácticas

La Sentencia TCI 176/1970, a la que se ha hecho referencia con anterioridad, ha sido criticada por un sector doctrinal italiano, que entiende que con ella se crea un peligroso precedente judicial. El grueso de las críticas, no exentas de cierto fundamento, se encuentra en la posibilidad de que un tercero que entre en el domicilio familiar *invita domina* pueda convertirse, sin saberlo, en agente activo de un delito de allanamiento de morada⁹⁰. La cuestión es, por lo tanto, determinar si es posible que una persona que penetre en morada ajena⁹¹ invitado por un habitante de la misma puede estar allanando la de otro habitante.

⁸⁹ Se ocupa también, de este problema, STEPHEN A. SALTZBURG, en su *American...* (1984), págs. 296-297. Ver, en relación con el problema de la autoridad aparente, SALTZBURG, S. A.: *American Criminal Procedure. Cases and Commentary (1991 Supplement)*, 3.ª ed. St. Paul, 1991, págs. 24-25.

⁹⁰ *Vid.*, por todos, MEZZANOTTE, C.: *L'ospite...*, pág. 2129.

⁹¹ Se habla de morada ajena para huir, por el momento, de la determinación de un concepto constitucional de domicilio, que será analizado en el capítulo siguiente de la presente investigación.

Tal posibilidad debe ser rechazada. En efecto, argumentos prácticos y jurídicos aconsejan entender que, en su caso, no existiría siquiera la comisión de una acción típica y antijurídica. En relación con los argumentos prácticos parece evidente que sería absurdo que una persona invitada a una vivienda por uno de sus habitantes tuviera que solicitar un acta notarial en el que todos los demás habitantes de la casa consintieran en su entrada. Por contra, parece lógico que la persona que ha sido invitada a la morada por uno de sus titulares pueda entrar en ella, sin cuestionar previamente el permiso a todos los demás habitantes.

Pero es que, además, argumentos jurídicos apoyan esta misma solución. En efecto, el principio de seguridad exige que la prohibición de entrar en el domicilio que pesa sobre una persona sea conocida por ésta. Tal principio se proyecta tanto en las normas civiles como penales.

A pesar del silencio en la materia que existe en el capítulo relativo a «los derechos y deberes de los cónyuges»⁹², otras disposiciones del Código Civil señalan como los actos realizados por un cónyuge cuentan con el consentimiento tácito (al menos) del otro. Este principio se da tanto en materia patrimonial (artículo 1319 CC) como en la relacionada con la patria potestad (artículo 156.3 CC). En la última norma citada se señala textualmente: respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro⁹³.

⁹² Más complejo es la solución que deba darse en el supuesto de la pareja de hecho. Por un lado, parece peligroso intentar asimilar la situación de una pareja de hecho a un matrimonio civil, ya que desconoce la posible voluntad de las dos personas de no ligarse jurídicamente. De otro lado, parece conveniente proteger igualmente a las dos personas. Si se adopta la primera solución, habría que considerar que a la persona que vive en la casa de otra, se la debería asimilar a la figura del precarista. Si se adoptara la segunda posición, se les asimilaría a la de los cónyuges a todos los efectos.

⁹³ En relación con el derecho de sociedades, RAMÓN CASAS VALLÉS, ha *traducido* el artículo 1693 CC («cuando dos o más socios han sido encargados de la administración social sin determinarse sus funciones, sin haberse expresado que no podrán obrar los unos sin el consentimiento de los otros, cada uno podrá ejercer todos los actos de administración separadamente; pero cualquiera de ellos puede oponerse a las operaciones del otro antes de que éstas hayan producido efecto legal») a la inviolabilidad del domicilio, afirmando que «cualquiera puede autorizar la entrada y cualquiera puede —antes de que la entrada se haya producido— oponerse a la autorización dada por otro, bloqueándola». *Vid.*, así, CASAS VALLÉS, R.: *Inviolabilidad...*, nota 35 de las págs. 197-198 —el texto se extrae de la pág. 198— y LORCA MARTÍNEZ, J.: *Una aproximación...*, pág. 2.

En relación con la normativa penal, debe recordarse que, como el Tribunal Supremo ha señalado en varias ocasiones, la antijuridicidad del delito de allanamiento de morada reside en que se entre en morada ajena «en contra de la voluntad de su morador»⁹⁴. Estos argumentos jurídicos —añadidos a la idea de que una posición contraria incurriría en un absurdo lógico— aconsejan entender que, en la práctica, el principio general⁹⁵ es el siguiente: aquél que penetra en morada ajena con consentimiento de uno de los habitantes no puede ser agente de un delito de allanamiento de morada.

Esta conclusión, ¿no traiciona (o, al menos, limita) la afirmación realizada en páginas anteriores, que hacía prevalecer el *ius excludendi* sobre el *ius permittendi*? ¿No es contradictorio afirmar, de un lado, que debe primarse la prohibición de entrada de un habitante sobre el consentimiento dado por un segundo, y mantener, de otro, que no existe delito de allanamiento de morada cuando una persona entra en una casa con el permiso expreso de un habitante? Las respuestas a tales preguntas deben ser negativas. Ni ambas afirmaciones se traicionan ni son, en puridad, contradictorias.

El problema debe más bien trasladarse. Es cierto que prima el *ius excludendi* sobre el *ius permittendi*; pero para que tal primacía opere, la prohibición debe ser conocida por la persona que va a entrar. Si tal persona conoce la prohibición de un habitante de entrar en su morada, no podrá apoyarse en el consentimiento de otro para penetrar en ella. Sólo en este caso existirá una actuación antijurídica que se ajusta a la exigida en el tipo penal del allanamiento de morada.

⁹⁴ Son abundantes las Sentencias del Tribunal Supremo que conectan la antijuridicidad del tipo penal del allanamiento de morada con la voluntad contraria del morador. La definición más completa de los elementos del tipo del allanamiento se encuentran explicados con detalle en la Sentencia TS Ar. 1978/1475/1, donde se indica: «a), la acción delictiva se integra por un entrar (allanamiento activo) o mantenerse en morada ajena (allanamiento pasivo) contra la voluntad de su morador, conflicto de voluntades que da todo su sentido al tipo hasta constituir su esencia antijurídica, por lo que: b), la antijuridicidad se excluye por el consentimiento del sujeto pasivo; y c) la culpabilidad exige en el elemento intelectual del dolo, una doble proyección cognoscitiva (que no dolo específico), esto es, que se invade morada ajena y que la entrada (o permanencia) es contraria a la voluntad del morador, por lo que al ser necesariamente conocida por el agente la voluntad opuesta del paciente, tal conocimiento excluye la posibilidad de comisión culposa de este delito». En el mismo sentido en cuanto a la antijuridicidad del delito, *vid.* la Sentencia TS Ar. 1982/7092/ún., donde se indica que «el consentimiento, de haber mediado, excluiría la antijuridicidad de la conducta».

⁹⁵ Con las salvedades a las que se hará referencia en el epígrafe siguiente de este trabajo.

Esta tesis se ajusta a la recogida en una vieja Sentencia del Tribunal Supremo, fechada el 28 de junio de 1876⁹⁶. El caso que da lugar a la Sentencia es, además, especialmente interesante, porque en ella se examina un supuesto de hecho donde la hija⁹⁷ consiente una entrada domiciliaria y el padre se querrela por entender que la persona que ha entrado ha allanado su morada. La Audiencia de Burgos estima que se ha cometido el delito, ya que el muchacho entro en la casa ajena «contra la voluntad presunta de todo jefe de familia que vela por la honra de ésta»⁹⁸. El acusado recurre ante el Tribunal Supremo por la indebida aplicación del precepto penal que regula en aquél momento el allanamiento de morada, porque a su juicio, no se ha acreditado que el acusado persiga intenciones deshonestas y porque no se puede presumir que obrase en contra del morador. Esta alegación final es la que se incardina directamente con el examen realizado en este punto del trabajo. Lo que subyace a la argumentación del acusado es que sólo es alegable la oposición cuando ésta es conocida por el agente⁹⁹. Y el Tribunal Supremo va a ratificar dicha posición, con las siguientes palabras:

«Considerando que, según aparece y se declara probado en la sentencia recurrida, el procesado..., habiendo estado bailando en la tarde del día ya indicado en los resultandos con..., hija de..., quedaron apalabrados para que después de las nueve y media de la noche fuese aquél a su casa a conversar un rato, como lo efectuó; y que este hecho no constituye legalmente ni puede estimarse en manera alguna delito de allanamiento de morada, puesto que su entrada en la casa de..., de acuerdo y con la anuencia y beneplácito de ésta, no la realizó dicho procesado contra la

⁹⁶ Sentencia TS Rec. 1876/0370.

⁹⁷ La entrada domiciliaria tiene su origen en un baile vespertino en el que un muchacho conoce a una joven. Quedan posteriormente citados para conversar en la casa de ella. El muchacho llega y encuentra la puerta cerrada sin llave, penetrando en la morada; al oír los gritos de una hermana de su amiga, se esconde en el desván, donde es encontrado por el padre de la joven. La Sentencia no aclara si la hija es menor o no de edad; lo que sí parece claro, es que, en todo caso, su capacidad se encuentra limitada por su convivencia con sus padres (sobre el problema, *vid.* el siguiente epígrafe de este trabajo).

⁹⁸ Resultando segundo de la Sentencia. Debe hacerse notar que el principio de que se fuera a vulnerar la honra (en el caso concreto, bastante difícil de demostrar) ha dado lugar a que se consolide en el seno de la Sala Penal del Tribunal Supremo la doctrina del fin ilícito, que significa que todo intento de entrada que pretenda un fin ilícito, debe presumirse, en principio, como no consentido por parte del morador. En relación con este principio, *vid.* las siguientes sentencias TS: Ar. 1970/4345/4; Ar. 1970/2140/2; Ar. 1966/2516/3; Ar. 1964/4606/1; Ar. 1957/2052/3; Rec. 1904/0103/ún.; Rec. 1902/0051/2; Rec. 1893/0221/1 y Rec. 1884/0847/2.

⁹⁹ Es obvio que tal pretensión no tiene cabida cuando el agente fuerza la entrada, pues allí el no consentimiento basta para apreciar la antijuridicidad necesaria para reconocer el tipo penal.

voluntad de su padre o sea de..., que ignoraba entonces y que respetó después en el momento que le fue conocida su oposición»¹⁰⁰.

El segundo problema planteado (la posibilidad de que un habitante no respete la inviolabilidad del domicilio de otro cohabitante) presenta menor complejidad que el anterior. Pese a que algunos autores han señalado que determinados habitantes del domicilio tienen espacios de *privacidad* reservados¹⁰¹, tales espacios no están protegidos jurídicamente a través de la inviolabilidad del domicilio en relación con el resto de habitantes que viven en la casa.

En efecto, basta leer las regulaciones constitucionales en la materia (y como desarrollo de las mismas, la tipificación penal del allanamiento de morada), para ver que lo prohibido son las entradas en el domicilio de toda persona o, en terminología penal, la entrada en morada ajena. En el supuesto de que, en un piso donde convivan varias personas, una penetre en el dormitorio de otra, podrá existir un ilícito moral, quizás posiblemente, vulneración de otros derechos fundamentales¹⁰²; pero no cabe hablar, en sentido estricto, de vulneración ni de morada ajena ni del domicilio de otro.

¹⁰⁰ Considerando tercero de la Sentencia. En sentido contrario, *vid.* la criticable sentencia TS Ar. 1931/1732, a la que se hará referencia en páginas posteriores.

¹⁰¹ Éste es el caso de P. J. GONZÁLEZ-TREVIJANO (*La inviolabilidad...*, pág. 121). Para los pisos compartidos por amigos, el autor plantea la misma solución que para los cónyuges: a) habitaciones particulares: derecho de exclusión de cada amigo; b) lugares comunes: el derecho de exclusión corresponde a todos ellos.

¹⁰² Es posible que si un cohabitante descubre o revela cosas u objetos (fotos, cartas) celosamente guardados por otro cohabitante haya, en efecto, una vulneración material de la intimidad (artículo 18.1 CE).

MARY E. BECKER, en su trabajo *The Politics of Women's Wrongs and the Bill of «Rights»: a Bicentennial Perspective*, señala que la IV Enmienda no protege a las mujeres de la violencia doméstica, sino sólo frente a los registros administrativos irrazonables [publicado en STONE, G. R.; EPSTEIN, RICHARD A. y SUNSTEIN, C., R. (eds.): *The Bill...*, pág. 508].

4. LOS DOMICILIOS COMPARTIDOS (II). LA LIMITACIÓN DEL DERECHO EN LOS CASOS DE COHABITACIÓN

4.1. Limitaciones de algunos miembros de la familia

4.1.1. *Los menores sometidos a la patria potestad*¹⁰³

El problema de cómo la minoría de edad afecta a la titularidad y, sobre todo, al ejercicio de los derechos fundamentales, no ha sido objeto de investigaciones detalladas desde la óptica constitucional. Lo cierto es que el planteamiento de tal cuestión, escapa, también, a los fines de este trabajo. En las siguientes líneas solamente se va a tratar de examinar si existen argumentos suficientes para afirmar que el menor (sometido a la patria potestad) tiene una capacidad limitada en materia de derechos fundamentales en general y de inviolabilidad del domicilio, en particular.

Esa falta de capacidad subyace a las normas civiles que, precisamente, pretenden proteger al menor¹⁰⁴. Normas que parten de la falta de capacidad de autogobierno de la persona y que se concretan en las regulaciones de la patria potestad y de la tutela, entre otras¹⁰⁵.

Todos estos institutos jurídicos, en lo relativo a los menores, se extinguen cuando la persona protegida cumple dieciocho años¹⁰⁶. Es

¹⁰³ Carece de sentido analizar el supuesto del mayor de edad y del menor emancipado, cuando estos vivan de forma independiente ya que, en tales supuestos, no se podría plantear los conflictos que pretenden analizarse en estas páginas (sobre la emancipación y la mayoría de edad, *vid.* los artículos 314 y siguientes CC). Ciertamente es que el *status* del mayor de edad no es idéntico (cfr., artículo 323 CC que limita la capacidad del emancipado, frente al principio de capacidad plena que se predica de los mayores de edad —artículo 322 CC—); pero debe hacerse notar que tales restricciones no afectan al ejercicio del derecho fundamental en examen y son, desde esta particular óptica, irrelevantes para este trabajo.

¹⁰⁴ *Vid.* el crítico trabajo de RODRIGO BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO: *Derecho de la persona*. Madrid, 1976, especialmente págs. 20-24.

¹⁰⁵ Como son la guarda y el acogimiento de menores o las normas relativas a la adopción, por ejemplo. Es incluso posible que las personas que ejercen la patria potestad o la tutela (artículo 205 CC) soliciten la incapacitación del menor cuando se prevea razonablemente que ésta persistirá después de la mayoría de edad (art. 201 CC).

¹⁰⁶ Artículos 276.1 y 169.2 (en relación con el 314.1) CC, sobre la tutela y la patria potestad, respectivamente.

El plazo comienza a contar desde la fecha del nacimiento del feto y no, como ocurría en la Edad Media, desde su concepción (BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Derecho...*, pág. 9). De las diferentes fórmulas para fijar el cómputo (*ibidem*, pág. 10), el Código

este criterio cuantitativo el que en nuestro país sirve para fijar la mayoría de edad¹⁰⁷ y, correlativamente, conceder la plena capacidad de obrar a los sujetos (artículo 322 CC)¹⁰⁸.

Además de este criterio cuantitativo o formal —que opera sobre caracteres externos; la edad, en este caso— deben existir mecanismos excepcionales que garanticen la adecuación de la capacidad natural a la capacidad de obrar. En relación con la minoría de edad, opera la emancipación (cuando la capacidad de obrar es previa a la mayoría de edad legal). En relación con la mayoría de edad, se contempla la incapacitación, cuando la persona, aunque mayor de edad, carece de capacidad natural¹⁰⁹.

En todo caso, se presume que la capacidad del menor no es, en todo caso, plena. Para los fines perseguidos en este trabajo no es necesario detenerse en la polémica De Castro/Delgado, resumida por C. Martínez

Civil señala que «para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento» (artículo 315 CC).

¹⁰⁷ Artículos 12 CE y 315 CC. Si bien es cierto que desde la codificación hasta nuestros días se asiste a un descenso continuado de la edad fijada para alcanzar la mayoría de edad, esto no ha sido así anteriormente. RODRIGO BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO ha señalado que «la fijación de la edad (...) ha dependido siempre del tipo de sociedad en cuestión y de la actividad que ésta ha valorado como principal». El autor recuerda que, por ejemplo, el uso de pesadas armaduras en pueblos guerreros exigió el aumento de la mayoría de edad en Inglaterra de los 15 a los 21 años en el siglo XI (en *Derecho...*, págs. 16-17).

¹⁰⁸ No siempre han estado conectadas las nociones de mayoría de edad y patria potestad. RODRIGO BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO recuerda que, en el Derecho romano, la regulación de tales materias era independiente. En cuanto a la edad, se tomaba en consideración los siete años (hasta donde llegaba la infancia), los 14 (la pubertad) y los 25 (mayoría de la persona). Estas tres edades eran relevantes para los *sui iuris*; es decir, para las personas que no dependían de la potestad del padre. Si la persona, por contra, estaba sometido a la patria potestad se consideraban *alieni iuris* y «carecían de propia independencia jurídica y, consecuentemente, su capacidad se encontraba totalmente restringida, prescindiendo de la edad que tuviesen». Es con la codificación del siglo XIX donde la mayoría de edad, además de suponer la plena capacidad de obrar, implica la emancipación de la persona frente a sus padres. Ello se logra fijando una única edad: la que separa a los menores de los mayores de edad (en *Derecho...*, págs. 14-15).

¹⁰⁹ *Vid.*, en relación con estos problemas, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)», *ADC*, 4 (1992), pág. 1407 y ss. *Vid.* asimismo, BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Derecho...*, págs. 37-48 y 77-97. Evidentemente, la propia declaración judicial de incapacitación puede afectar, ello es claro, al ejercicio del derecho fundamental en examen por parte del incapacitado. Es la propia Sentencia judicial la que determina, en todo caso, la extensión y los límites de la incapacitación, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado (artículo 210 CC). Sobre el internamiento, *vid.* el artículo 211 CC —modificado recientemente en la Ley de Protección Jurídica del Menor, LO 1/1996, de 15 de enero— y la Sentencia TS 1986/0520.

de Aguirre¹¹⁰, sobre si el menor no es un incapaz absoluto, sino una persona cuya capacidad de obrar se encuentra limitada (De Castro) o si el menor tiene una efectiva incapacidad por razón de la edad (Delgado), aunque el artículo 2 LOPJM aconseja optar por la primera de las posturas citadas. Cualquiera de ambas posiciones acepta que el menor no tiene capacidad (ninguna o suficiente, al menos) para ejercer determinados derechos¹¹¹. En este sentido, parece claro que el hijo menor no puede ejercer de forma absolutamente plena su derecho a la libertad personal y sería difícil sostener que su derecho fundamental (que existe en relación con terceros) es vulnerado por la orden recibida de sus padres de que permanezca en su dormitorio o de que se acueste¹¹².

Como este ejemplo pone de manifiesto, no se discute aquí la titularidad del derecho, sino su ejercicio en relación con las personas que detentan la patria potestad (o, en su caso, la tutela). Este análisis es especialmente relevante en relación con la inviolabilidad del domicilio. Su importancia radica en que, como se ha señalado en páginas anteriores, cuando varias personas conviven en un mismo domicilio, la declaración expresa de un morador que prohíba la entrada de alguien, opera como veto ante el consentimiento de otros moradores, impidiendo efectivamente la entrada de tal sujeto.

La cuestión es saber si este principio opera también en relación con el menor; es decir, si éste puede vetar la entrada de alguien en

¹¹⁰ En *La protección...*, págs. 1433-1437. Defiende una cierta capacidad de los menores FRANCISCO JORDANO FRAGA [en «La capacidad general del menor», *RDPr*, 9 (1984), especialmente págs. 883-887] y, más recientemente, ENRIQUE RAMOS CHAPARRO, que se refiere a una semicapacidad creciente del menor que se hace plena con la mayoría de edad [en «Niños y jóvenes en el Derecho civil constitucional», *DPC*, 7 (1995), pág. 181, y en *La persona y su capacidad civil*. Madrid, 1995, págs. 284 y ss. y 377 y ss.].

¹¹¹ Además, el Código Civil pone de manifiesto como la minoría de edad afecta, también, a sus bienes (Capítulo III del Título VII del libro I). Hay otros derechos que asisten a los menores. Entre ellos se sitúa claramente el derecho a la intimidad, como se deriva del artículo 3 (apartados 1.º y 2.º) de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y del artículo 4 LOPJM. La última Ley citada reconoce otros derechos al menor (derechos de participación, asociación y reunión o derecho a ser oído, y libertades de expresión e información, e ideológica). Pueden recordarse, también, la Convención de Derechos del Niño (ONU, 1989, ratificada en nuestro país en noviembre de 1990) y la Resolución A 3-0172/92 del Parlamento Europeo, por la que se aprueba la Carta Europea de los Derechos del Niño.

¹¹² El Código Penal de 1973 señalaba, en la misma dirección, en relación con el delito de descubrimiento y revelación de secretos, que no era aplicable a los padres, tutores o quienes hicieran sus veces respecto de los papeles o cartas de sus hijos o menores que se hallaren bajo su dependencia. Ello restringe el derecho al secreto de las comunicaciones de tales menores. *Vid.*, en relación con esta cuestión, MARTÍN MOALES, R.: *El régimen...*, págs. 69-71.

su domicilio, aunque cuente con el consentimiento de sus padres. La respuesta debe ser negativa. El menor sometido a la patria potestad no tiene tal capacidad. En efecto, el propio Código Civil señala que los hijos deben «obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad» (artículo 155.1 CC) y, en esta misma dirección, el artículo 154.1 CC, indica que la patria potestad incluye los deberes y facultades de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y *procurarles una formación integral*¹¹³.

Lo afirmado hasta este punto no impide, debe insistirse en ello, que el menor pueda sostener su derecho frente a terceros¹¹⁴. De hecho, el artículo 4.1 LOPJM¹¹⁵ se lo reconoce. Lo que se señala es que este derecho se ve condicionado, en la práctica, porque la querrela del menor solamente prosperará si éste se ve respaldado por las personas que detentan su patria potestad. En caso contrario, su pretensión fracasará. En este sentido, las entradas consentidas o autorizadas por los padres no pueden ser impedidas mediante la prohibición de los menores¹¹⁶.

¹¹³ El subrayado pertenece a este trabajo. En relación con la tutela, *vid.*, en idéntico sentido, los artículos 268 y 269.2 CC. Esta afirmación no es incompatible con que la actuación de los padres deba tomar en consideración «el interés superior del niño y del adolescente». Sobre esta última noción, *vid.* FERRER RIBA, J.: «Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la infancia y la adolescencia en Cataluña», *DPC*, 7 (1995), págs. 51-55. Ciertamente, existen argumentos que limitan el alcance de esta posición. En primer lugar, el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 CE) puede acotar un espacio (más o menos reducido) de libertad; en segundo lugar, existen límites en las facultades de educación de los padres (como son, por ejemplo, la tortura o los abusos deshonestos). *Vid.* en todo caso la Sentencia TS Ar. 1991/3108/4 y el Auto TC 322/1984/3b.

¹¹⁴ Es más, el Tribunal Constitucional ha indicado, en su Sentencia 135/1986/6, que el menor es cotitular material de la posesión del domicilio.

¹¹⁵ Es de difícil concreción práctica la regla de que «los padres [...] protegerán [estos derechos] frente a posibles ataques de terceros» (artículo 4.5) en relación con la inviolabilidad del domicilio, como se indica en las siguientes líneas de este trabajo.

¹¹⁶ Este principio es igualmente aplicable a locales externos a la propia vivienda (como, por ejemplo, el dormitorio de un colegio donde el menor está interno), ya que la autorización de los padres para la entrada proviene no de su titularidad en relación con la vivienda, sino de las facultades que le confiere la patria potestad sobre el hijo —resida éste o no en la vivienda familiar—. Hay abundante doctrina italiana relacionada con la aplicación del derecho a la inviolabilidad del domicilio en internados. *Vid.*, por todos, AMATO, G.: *Articolo...*, pág. 65-66. No se plantea en la actualidad (como, por el contrario, sí ocurriera en el Derecho Intermedio, como señalaba BARTOLO) que los internados no sean considerados domicilio por no constituir lugares de establecimiento definitivo y permanente (*ibidem*, pág. 54). Ahora bien, es posible entender, como el autor apunta, que el régimen del derecho por parte del alumno es limitado en relación con el director del centro.

La misma solución parece derivarse del examen de la cuestión en el Derecho norteamericano, que se analiza a través del magnífico trabajo de WAYNE R. LAFAVE y JEROLD H. ISRAEL, *Criminal...* (1992), pág. 231. Los autores explican que los registros practicados en centros educativos no deben respetar las exigencias recogidas en la IV

No obstante, debe hacerse notar que este supuesto será siempre excepcional.

Es mucho más frecuente que cuando una persona vulnera una morada en la que habita un joven, y éste reacciona frente al agresor, se vea asistido en su querrela por sus padres (o representantes legales)¹¹⁷. Este extremo se analiza en el recurso de casación interpuesto ante el Tribunal Supremo y que da lugar a la Sentencia de 29 de abril de 1963. En el recurso se alegaba que la negativa de entrada no es válida por provenir de un menor. El Tribunal niega tal extremo, aduciendo que: «La condición de morador no precisa de esa madurez, ni el derecho natural y político a la inviolabilidad de la morada pende en nacimiento o en su obligatoriedad para extraños, de esa plenitud de derechos civiles, sólo exigible para el ejercicio de otros derechos expresamente determinados en la legislación peculiar»¹¹⁸.

Consecuentemente, el menor también podrá permitir el acceso a la casa a terceras personas que, desde este momento, no podrán ser consideradas, en principio, agentes del delito de allanamiento de morada¹¹⁹.

Debe concluirse, entonces, que el menor (sometido a patria potestad) puede oponerse al allanamiento de morada o a la vulneración de su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio frente a terceros, pero, también, que su capacidad se encuentra limitada en relación con las personas que detentan la patria potestad.

Enmienda. Esta idea se funda en la doctrina *in loco parentis*; es decir, en la idea de que la autoridad que registra actúa en el lugar de los padres del estudiante afectado por la búsqueda. En palabras del Tribunal supremo americano, la IV Enmienda se aplica a los registros dirigidos por autoridades escolares, pero pueden realizarse sin un mandamiento y sin un motivo verosímil que justifique el registro [Sentencia New Jersey v. T.L.O., 469 US 325 (1985), *ibidem*, pág. 232]. La solución es diferente cuando los estudiantes son ya adultos, como señalan WAYNE R. LAFAVE y JEROLD H. ISRAEL (*ibidem*, pág. 231). Esta argumentación, que coincide con la mantenida en este trabajo, debe basarse entonces, necesariamente, en la limitada capacidad del menor que se corresponde con la patria potestad que detentan los padres directamente, o a través de otras personas.

¹¹⁷ Sobre la representación legal de los hijos, *vid.* el artículo 1623 y ss. CC.

¹¹⁸ Sentencia TS Ar. 1963/2226/1 *in fine*.

¹¹⁹ *Vid.* la Sentencia TS Rec. 1876/0370. El menor puede, igualmente, permitir la realización de registros (condicionados) en la casa, en relación con la IV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos [*vid.*, LAFAVE, W. R., y ISRAEL, J. H.: *Criminal...* (1992), pág. 242].

4.1.2. *Los familiares con derecho de alimentos y los mayores de edad acogidos de facto*

El Título VI del Libro I CC regula los alimentos entre parientes. En su articulado se indica que el término alimentos alude no solamente al sustento, sino también a la habitación, vestido y asistencia médica (artículo 142.1 CC). Comprenden también «la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable» (*ibidem*, párrafo segundo)¹²⁰.

Este último componente de los alimentos, pone de manifiesto, a juicio de C. Martínez de Aguirre, que «el mayor de edad así protegido no es *cualquier* mayor de edad, sino sólo el *inmediatamente próximo* a la minoría»¹²¹.

Es práctica habitual —aunque no sea legalmente preceptivo¹²²— que la persona obligada a prestar alimentos lo haga recibiendo y manteniendo en su propia casa al alimentista. Y es en este caso, cuando el alimentista, más que un mayor protegido, se convierte en un mayor dependiente en relación con el dador de alimentos¹²³, dependiente tanto económica como personalmente.

Aunque, como considera C. Martínez de Aguirre¹²⁴, esta limitación de la capacidad es muy tenue (ya que el dador de alimentos no es representante legal del alimentista), es claro también que tiene evidentes repercusiones prácticas: el mismo autor pone como ejemplo el imposible ejercicio por parte del alimentista (si quiere serlo) del derecho a la libre elección de residencia cuando el dador del alimento decide cumplir su obligación en su propia morada¹²⁵. Esa menor capacidad ya no puede justificarse en la (desaparecida) patria potestad a la que el menor se veía sometido, sino que encuentra su fundamento «en la dirección de la vida familiar» que corresponde al obligado a prestar alimentos¹²⁶.

¹²⁰ Se incluyen también entre los alimentos los gastos de embarazo y parto, si no están cubiertos de otra manera (*ibidem*, párrafo tercero).

¹²¹ En *La protección...*, págs. 1425-1426. El subrayado pertenece al trabajo citado.

¹²² El artículo 149 CC permite al obligado a satisfacer los alimentos mediante una pensión o haciéndose personalmente cargo del alimentista. Este precepto ha sido modificado recientemente por la LOPJM.

¹²³ Martínez de Aguirre, C. *La protección...*, pág. 1426.

¹²⁴ *Idem*.

¹²⁵ *Ibidem*, nota 107.

¹²⁶ *Idem*.

No obstante, debe recordarse que en este mismo supuesto de alimentistas pueden entrar, además del hijo mayor de edad, otras categorías, ya que el artículo 143 CC indica que están obligados recíprocamente a darse alimentos los cónyuges, los ascendientes y descendientes y, en determinadas ocasiones, los hermanos. A todos ellos deberá aplicarse la doctrina que explique su menor capacidad en relación con el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

Todos los alimentistas que viven con el dador de alimentos poseen una capacidad limitada en relación con el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio que, si bien es oponible por el alimentista a terceros, no puede condicionar en modo alguno el ejercicio del derecho del dador de alimentos. El alimentista no puede, por ello, ni negar la entrada a alguien contrariando la voluntad de los dadores de alimentos ni avalar la entrada de una persona cuando ésta ha sido prohibida por los mismos (pues éstos mantienen una capacidad plena del derecho fundamental).

Tal situación es idéntica a la que se ha analizado en relación con el menor de edad, si bien su fundamentación es, como se ha indicado, diferente. En esta misma línea, puede señalarse que si la limitación de capacidad se conecta respecto de los hijos menores con la (presunta) falta de capacidad, la limitación de capacidad es una carga para el alimentista, pues a través de la misma se hace efectivo su derecho a recibir los alimentos.

Debe concluirse, entonces, que el alimentista puede oponerse al allanamiento de morada o a la vulneración de su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio frente a terceros, pero, también, que su capacidad se encuentra limitada en relación con la persona o las personas obligadas a prestar alimentos.

Pese a todo, esta figura no es utilizada a menudo. Es mucho más frecuente que los ascendientes y, sobre todo, los hijos mayores sigan conviviendo *de facto* en el domicilio familiar, sin solicitar y obtener el beneficio de los alimentos. En este sentido se ha apuntado la paradoja de que, si de un lado, se madura cada vez antes, de otro, suele alargarse el período de convivencia de los hijos con sus padres, debido a las actuales condiciones socioeconómicas.

Es también normal que tal convivencia familiar no se someta a procedimientos propios de las situaciones conflictivas, como es el de la reclamación de los beneficios de alimentos. Ello es así, de forma principal, porque, por lo general, no existen discrepancias en el seno familiar.

Esta práctica descrita no está contemplada como tal en la regulación civil, aunque la figura más próxima es la del precario. En efecto, son supuestos donde una o varias personas (ascendientes o descendientes, por lo general) conviven con los cónyuges, aunque estos no estén ya legalmente obligados a mantenerlas ¹²⁷.

Por eso el análisis de tal figura puede ser afrontado a partir del estudio de la relación entre precarista y precario, análisis que se realizará al hilo de las relaciones no familiares, en las siguientes líneas.

4.2. Otros sujetos limitados

4.2.1. *El precarista*

Se ha señalado en páginas anteriores que la situación del precarista es, en puridad, una situación fáctica y no contractual. Debe ahora justificarse esta afirmación. Es cierto que en ocasiones se ha incluido el precario como un contrato real *quoad constitutionem* ¹²⁸. No obstante, es difícil seguir defendiendo esta postura si se acepta el argumento ofrecido por Juan B. Jordano Barea, que entiende que no cabe la existencia de contratos cuya validez y cumplimiento se deje al arbitrio de una de las partes contratantes (artículo 1256 CC) ¹²⁹. En palabras del mismo autor, «el pretendido contrato de precario, de carácter real, no pasa de ser una peculiar y subordinada situación posesoria» ¹³⁰.

¹²⁷ Es también posible que no se solicite el beneficio de alimentos precisamente por no existir discrepancias entre hijos y padres; pero, en todo caso, debe presumirse que en principio no existe obligación general por parte de los padres de mantener a los mayores de edad (con las salvedades recogidas en el propio Código Civil).

¹²⁸ Esta hipótesis se ha intentado apoyar en el artículo 1750 CC. Para una gran cantidad de civilistas, (citados en la nota 48 de la página 68 del libro de JUAN B. JORDANO BAREA: *La categoría de los contratos reales*. Barcelona, 1958), el Código Civil recogía un tipo de comodato precario. Tal hipótesis se apoyaba, además, en la Sentencia TS Ar. 1934/1130/3. Pese a todo, esta tesis ha sido posteriormente rechazada por el Tribunal Supremo, en su Sentencia Ar. 1965/5889/ún.

¹²⁹ En *La categoría...*, pág. 69. En la órbita de la doctrina constitucional italiana, parten de que el precario es una situación de hecho reconocida por el ordenamiento PAOLO BARILE y ENZO CHELI (en *Domicilio...*, pág. 864).

¹³⁰ En *La categoría...*, pág. 70. El autor indica a continuación que tal situación se refleja desde el punto de vista sustantivo en el artículo 444 CC. Este precepto suscita, sin embargo, algunas dudas: *a*) si se considera que la actitud del precarista es tolerada por el precario, ¿puede afirmarse que aquél no tiene posesión —o derecho a la posesión sobre la cosa—?, *b*) si se entiende que el permiso del precario va más lejos del lo dispuesto en el artículo en examen (actos meramente tolerados), ¿es de aplicación el

Por ello, puede afirmarse que el precario es una situación fáctica, en la que una persona, el precario, permite a otra, el precarista, que ésta habite en la morada propia o en otra de su propiedad. Aunque desde un punto de vista teórico es irrelevante que el prestamo del uso se haga en una u otra casa, es preciso examinar exclusivamente, a los fines de este trabajo, la primera hipótesis apuntada, en la que se genera una convivencia de precarista y precario en un mismo domicilio, que puede generar conflictos. Es en todo caso irrelevante el vínculo que una al precario con el precarista (amistad, consanguinidad, etc...). Es por contra necesario tener presente que el precarista no tiene ningún título para vivir en la vivienda del precario y que, correlativamente, éste no tiene ningún deber que derive de tal situación fáctica. El precario puede hacer cesar la situación fáctica cuando lo considere oportuno. Para ello, no necesita más que hacer valer la falta de título del precarista sobre su casa ¹³¹.

El análisis realizado sobre el precario como instituto jurídico, debe concluirse matizando, al menos, la afirmación que la mayor parte de la doctrina constitucional ha realizado, en el sentido de entender que el precarista que vive con el precario está amparado por el derecho a la inviolabilidad del domicilio ¹³². Esta afirmación puede mantenerse en relación con terceros ¹³³, pero no se cumple en relación con el precario, ya que su voluntad prevalece en todo caso sobre la del precarista. Éste no podrá ni siquiera negarse a la entrada de otra persona en la casa si ha sido consentida por el precario; es decir, su negativa a que un tercero (que cuenta con el consentimiento del precario) penetre en la casa en la que él también vive es, jurídicamente, irrelevante ¹³⁴.

Ello no significa que el precarista esté desprotegido. Sí que le asisten, es evidente, otros derechos (como, por ejemplo, los garantizados

artículo 444 CC al supuesto del precario? Tales interrogantes superan el objeto de la presente investigación, por lo que sólo se apuntan.

¹³¹ Vid. el artículo 1565.3 LECi.

¹³² Esta afirmación ha sido puesta de manifiesto especialmente en el seno de la doctrina italiana, vid. BARILE, P. y CHELI, E.: *Domicilio...*, pág. 864. En general se utiliza el término precario como sinónimo de accidental (así, BOZZI, A.: *Istituzioni...*, pág. 444, MORTATI, C.: *Istituzioni...*, pág. 1060, D'ALESSIO, R.: *Articolo...*, pág. 89, y Sentencia de la Sala Criminal del Tribunal de Casación de 19 de febrero de 1981, Sección VI). No obstante, la jurisprudencia posterior cambia de parecer [vid. Sentencia del Tribunal de Roma, de 13 de noviembre de 1985 —*Foro Italiano* 2 (1986), pág. 497—, *idem*].

¹³³ Como se deduce del Auto TC 641/1984/2.

¹³⁴ En este sentido es conveniente recordar la Sentencia TS Ar. 1993/9710/1, en la que el Tribunal da por bueno el registro realizado que había sido consentido por uno de los cónyuges y que había sido impugnado por el novio de la hija, que convivía con ellos. También puede el padre consentir la realización de la entrada y registro, aunque éste no le afecte a él, sino a un hijo (Sentencia TS Ar. 1995/2827/2).

en el artículo 18.1 CE); pero, su capacidad para ejercer el derecho a la inviolabilidad del domicilio se encuentra, al menos¹³⁵, limitada. Tal limitación supone algo parecido a una carga, ya que si bien no es un perjuicio necesario para ejercer un derecho subjetivo, sí que es una limitación que le permite ejercer un interés: habitar la vivienda que ocupa.

4.2.2. *El personal doméstico*

Debe examinarse, en fin, la capacidad del ejercicio que posee el personal doméstico. Éste es el último de los supuestos, no exhaustivos, que cierran la posible tipología de situaciones que en la práctica pueden darse.

A los efectos de las páginas que siguen, ha de entenderse por personal doméstico, a todo aquel empleado que trabaja en el domicilio de su dador de trabajo. Aunque el supuesto más típico es el del servicio doméstico¹³⁶ *stricto sensu*, pueden darse supuestos en que otras personas contratadas (enfermeros, conductores de vehículos privados, guardaespaldas, etc...) residan, por razón de su trabajo o por motivos de disponibilidad, en la casa de sus dadores de empleo. Aunque estas situaciones no podrían reconducirse jurídicamente a la regulación laboral del servicio doméstico¹³⁷, sí parece claro que las conclusiones aportadas en relación con esta última son asimilables a aquéllas.

¹³⁵ Se podría llegar aún más lejos. Podría, en efecto, ponerse en duda que el precarista tuviera, incluso *de facto*, la posesión. Tal duda podría albergarse si se toma en cuenta el artículo 445 CC, cuando dispone que «posesión, como hecho, no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión».

¹³⁶ En relación con el servicio doméstico existe una amplia bibliografía española sobre el tema en la década de los cincuenta, citada por VILLA GIL, L. E. de la: «La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar», *DL*, 4 (1985), pág. 194, nota 5. En relación con la regulación actual del instituto jurídico, pueden consultarse, junto al propio artículo de LUIS E. DE LA VILLA, SALA FRANCO, T. (dir.): *Derecho del Trabajo*, 6.^a ed. Valencia, 1991, pág. 858 y siguientes —el análisis de la relación especial del contrato del servicio de hogar doméstico ha sido también publicada por TOMÁS SALA FRANCO, bajo el título «La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico», en *RL*, 4 (1986). Las citas siempre se realizarán en este trabajo por su versión más moderna, del Manual—. *Vid.*, también, QUESADA SEGURA, R.: *El contrato de servicio doméstico*. Madrid, 1991.

¹³⁷ Éste es el supuesto de contratos de trabajo que conectan al empleado con un empleador (guardaespaldas, médicos personales), pues tal contrato no tiene por objeto ocuparse del hogar doméstico, sino de la persona.

El servicio doméstico ha tenido una existencia jurídica tormentosa¹³⁸, lo que se muestra especialmente en la convivencia de la caduca normativa sobre el arrendamiento de servicios (recogida en el Código Civil y de difícil aplicación práctica) con la legislación laboral en la materia¹³⁹.

Por relación laboral especial del servicio familiar debe entenderse, en la actualidad¹⁴⁰, la relación «que conciertan el titular del mismo, como empleador, y la persona que, dependientemente y por cuenta de aquél, presta servicios retribuidos en el ámbito del hogar familiar»¹⁴¹.

¹³⁸ En efecto, la legislación relacionada con el servicio doméstico en la historia es difícil de recordar. De un lado el Código Civil regula en la Sección 1.ª del Capítulo III del Título VI del Libro IV, el servicio de criados y trabajadores asalariados (dentro del arrendamiento de servicios). De otro lado, mientras que la Ley de Contratos de Trabajo de 1931, incluye entre éstos a los domésticos (artículo 2), la Ley de 1944 (cuyo Capítulo primero se aprueba mediante Decreto de 26 de enero) excluye de la aplicación de la ley «el servicio doméstico», y la jurisprudencia laboral de la época entiende que tal exclusión se funda «en el carácter cuasi-familiar de estos servicios» (Sentencia TS Ar. 1965/0313/2 y 3, a la que alude ROSA QUESADA SEGURA: *El contrato...*, pág. 40, nota 77—).

Es a partir de la Ley de Relaciones Laborales de 1976 cuando se incluye al servicio doméstico como una «relación laboral de carácter especial» [artículo 3.1.ª LRL]. Esta misma norma daba un plazo de dos años al Gobierno para que desarrollara la regulación (disposición adicional 4.ª), plazo que fue incumplido por el Gobierno, lo que derivó en que los tribunales laborales continuaran aplicando la legislación de 1944. El Estatuto de los Trabajadores (1980) retoma la regulación de la Ley de Relaciones Laborales [artículo 2.1.b)], dando al Gobierno un nuevo plazo de dieciocho meses (disposición adicional 2.ª), plazo que también transcurre sin que se desarrolle la regulación relativa al servicio doméstico, lo que hace que la jurisdicción laboral siga aplicando la Ley de 1944. La Ley 32/1984, que reforma al Estatuto de los Trabajadores, da un nuevo plazo de un año al Gobierno para desarrollar las relaciones especiales de contratación (disposición adicional 1.ª) y, por lo que respecta al servicio doméstico, se dicta el Real Decreto 1424/1985 sobre la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar doméstico.

¹³⁹ Por eso, son muchas las incoherencias en la legislación social en la materia. Como ejemplo, puede citarse que los trabajos de conducción de vehículos, incorporados a la regulación especial del servicio doméstico, de acuerdo con el artículo 1.4 del Real Decreto en examen están, sin embargo, incluidos en el régimen general de la Seguridad Social (como ha puesto de manifiesto TOMÁS SALA FRANCO, en la obra por él dirigida *Derecho...*, pág. 865). Sobre la evolución de la regulación laboral de los conductores de vehículos, *vid.* QUESADA SEGURA, R.: *El contrato...*, págs. 131-133.

¹⁴⁰ Históricamente, la noción de «servicio doméstico» ha sido difícil de determinar. *Vid.* los artículos 660.2 LECi, 147 del Libro III del Código de 1926 y la Ley de Contratos de 1944.

¹⁴¹ Artículo 1.2 del Real Decreto 1424/1985, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (*BOE*, del 13 de agosto, corrección de errores *BOE*, del 4 de septiembre). El servicio del hogar familiar es diferente del instituto jurídico del contrato de trabajo a domicilio. Este último tipo de contrato supone, de acuerdo con el artículo 13.1 ET, que el trabajo se presta en el domicilio del trabajador o en el lugar en que él quiera, sin vigilancia del empresario.

Así, «la consideración de las peculiaridades que se derivan de una actividad prestada en el ámbito del hogar familiar»¹⁴² es la que hace que esta relación sea especial; «es precisamente el ámbito de la prestación de servicios, es decir, el hogar familiar, el factor determinante de las especialidades que con respecto a la legislación laboral común se prevén en esta norma, ya que ello determina la necesidad de que esta relación se base en la mutua confianza de las partes...».

Por ello, en la hipótesis del servicio doméstico no puede analizarse si la capacidad del sujeto en abstracto es mayor o menor, puesto que se presume que las personas contratadas son capaces. Tampoco nos encontramos con una situación fáctica —como ocurría con los familiares acogidos o el precarista—, sino que el vínculo entre contratante y contratado reside en el propio contrato de trabajo. Es por tanto en el singular contrato de trabajo o en los caracteres generales de este tipo de contratos donde, de existir, debe encontrarse el principio limitador de la capacidad del trabajador sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, en relación con los dadores del empleo.

Cualquier análisis sobre el problema debe partir del estudio del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula en la actualidad la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. Como ya se ha señalado, el artículo 1.2 del citado cuerpo reglamentario declara que la especialidad en materia laboral de los contratos de trabajo radica en que su ámbito es el hogar familiar. La doctrina¹⁴³ ha añadido que en tales contratos hay dos elementos: uno subjetivo (que consiste en que el empleador es «titular del hogar familiar»¹⁴⁴) y otro objetivo (concretable en la realización de trabajos domésticos en régimen de dependencia y ajeneidad).

¹⁴² Exposición de motivos del citado Real Decreto 1424/1985.

¹⁴³ Vid. SALA FRANCO, T. (dir.): *Derecho...*, pág. 861.

¹⁴⁴ El Real Decreto alude al «titular del hogar familiar» (artículo 1.3), abandonado el tradicional término «amo de la casa» [artículos 1584 CC y 2 LC (1944)]. TOMÁS SALA FRANCO ha señalado como por «titular del hogar familiar» hay que entender no sólo al que lo sea efectivamente, sino también al simple titular del domicilio o lugar de residencia en que se presta el servicio doméstico (en *Derecho...*, págs. 861-862).

El mismo autor hace notar que la utilización del término «domicilio o lugar de residencia» alude a las distintas variedades de «hogar familiar» (fijos, móviles,...) y a las distintas variedades de familias atípicas, donde se convive por razones de amistad. En estos casos se considerará titular a «la persona que ostente la titularidad de la vivienda que habite o aquélla que asuma la representación del grupo» (artículo 4.2 del Decreto 2346/1969, que debe aplicarse por el vacío en la materia del nuevo Real Decreto). Posiblemente, a estos supuestos es aplicable el Real Decreto, pero éste no permite que personas jurídicas puedan ser los «titulares del hogar doméstico» [artículo 2.1.a) del Real Decreto], aunque tradicionalmente se admitiera la existencia de una relación especial del contrato de trabajo en relación con una residencia de religiosos y de un piso donde se

Es llamativo que la razón que alienta la especialidad de la relación laboral en estudio (el desarrollarse en el hogar íntimo, donde se proyectan derechos constitucionales) no se trate en el texto del Real Decreto. Éste no examina, en efecto, cómo afecta la relación laboral a los derechos constitucionales del empleador y del empleado ni realiza una construcción trabada de la proyección de la confianza necesaria en este tipo de contratos. Es cierto que algunos de los extremos recogidos en el Real Decreto en examen son reflejo de tales principios, pero parece claro que estas manifestaciones concretas no agotan la proyección de los principios en que tienen su origen¹⁴⁵. Así, por ejemplo, en este contrato de trabajo es posible el desistimiento unilateral del contrato por parte del empleador; es decir, la resolución unilateral del contrato por el empleador sin causa que la justifique¹⁴⁶. Tal especialidad solamente puede justificarse en la necesaria confianza que debe mediar entre empleador y empleado.

En la materia que interesa a los fines de esta investigación¹⁴⁷, el Real Decreto guarda silencio sobre cómo influye la relación contractual en el ejercicio de los derechos constitucionales afectados (artículo 18, apartados 1.º y 2.º, CE fundamentalmente) y al ejercicio de la inviolabilidad del domicilio en particular¹⁴⁸. De hecho, son contadas las refe-

recogían niños huérfanos (Sentencias del Tribunal Central de Trabajo, de 20 de noviembre de 1984 y de 7 de diciembre de 1977, respectivamente) (*ibidem*, págs. 862-863). Estos últimos supuestos siguen siendo considerados como de relación laboral especial cuando se trata de hogares o lugares similares (Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 15 de enero de 1982 y de 10 de marzo de 1988, relativas a los supuestos de un piso en el que viven cuatro miembros de una orden religiosa y de una Comunidad religiosa, respectivamente).

¹⁴⁵ Entre los diversos proyectos de ley de contrato de trabajo, el de BURGOS y MAZO (presentado a las Cortes el 14 de noviembre de 1919) presenta una regulación mucho más concreta. El texto puede consultarse en VALDÉS DA-RÉ, F. (y otros): *La legislación social en la historia de España. De la revolución Liberal a 1936*. Madrid, 1987, págs. 1163 y 1164.

¹⁴⁶ Artículo 10.2 del Real Decreto. Es éste uno de los puntos más criticados por la doctrina laboral (*vid.*, en este sentido, SALA FRANCO, T. (dir.): *Derecho...*, págs. 880 y siguiente).

¹⁴⁷ No van a ser tratados aquí otros problemas que la normativa en examen plantea, por escapar a los fines del trabajo. Es difícil aclarar en primer lugar la relación existente entre las normas contenidas en el Real Decreto, el Estatuto de los Trabajadores y el Código Civil (*vid.*, por ejemplo, QUESADA SEGURA, R.: *El contrato...*, pág. 62). Centrándose ya en la regulación contenida en el Real Decreto, resulta complicado determinar en segundo lugar el alcance de diversos términos, como es el de *tiempo de presencia*, utilizado en su artículo 7.1 [sobre este problema *vid.*, VILLA GIL, L. E. de la: *La relación...*, pág. 217 y SALA FRANCO, T. (dir.): *Derecho...*, págs. 872-873].

¹⁴⁸ Con la excepción del artículo 11 del Real Decreto, que dispone que la acción de control de cumplimiento con la legislación laboral relativa al contrato de trabajo doméstico, a cargo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sólo podrá realizarse sal-

rencias que se realizan al supuesto de que el empleado conviva con el empleador¹⁴⁹ y ninguna de ellas se ocupa del problema planteado. Por ello, la solución debe ser deducida de los principios que inspiran la especialidad de este contrato laboral¹⁵⁰.

Es preciso partir entonces de que en esta relación contractual, el vínculo de confianza que debe mediar entre empleador y empleado, provoca la realización de un contrato desigual, que atribuye mayores facultades al empleador que al empleado¹⁵¹. Esto se evidencia en aspectos tales como la citada posibilidad de libre desistimiento por parte del titular del hogar (artículo 10.2 del Real Decreto), o en la posibilidad que éste tiene de fijar libremente el horario de trabajo (artículo 7.1 del Real Decreto)¹⁵². Tal diferencia de facultades debe también condicionar el ejercicio del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

Si bien Rosa Quesada Segura ha planteado la posible existencia de problemas prácticos en relación con la inviolabilidad del domicilio, como ya hicieran con anterioridad Tomás Salas Franco¹⁵³ y Luis E. de la Villa¹⁵⁴, ninguno de ellos ha examinado el problema desde la perspectiva penal del allanamiento de morada.

vaguardando los derechos a la inviolabilidad del domicilio y al debido respeto a la intimidad personal y familiar.

¹⁴⁹ En concreto, tales referencias se recogen en los artículos 6.2, 7.1 y 8.3 del citado Real Decreto.

¹⁵⁰ Vid. QUESADA SEGURA, R.: *El contrato...*, pág. 77.

¹⁵¹ *Ibidem*, pág. 79.

¹⁵² *Ibidem*, pág. 170 y ss.

¹⁵³ En la obra que el mismo ha dirigido, *Derecho...*, págs. 872.

¹⁵⁴ *La relación...*, pág. 217 *in fine*.

La cuestión es polémica en Italia. Así, para ALESSANDRO PACE, el servicio doméstico posee una titularidad derivada del derecho a la inviolabilidad del domicilio, en relación con el empleador, ya que el derecho opera dentro de los límites fijados en el contrato de servicio doméstico. No es de la misma opinión GIULIANO AMATO, quien, con apoyo en la Sentencia de la Pretura de Cagliari, de 11 de octubre de 1971 (publicada y criticada por ALESSANDRO PACE —con la nota *Ius admittendi e ius prohibendi*, «contitolarità» e titolarità «derivata» «nella problematica della libertà domiciliare»—, *GC*, 1972, pág. 2800 y ss.), entiende que el derecho a la inviolabilidad del domicilio del trabajador es el mismo que el del dador del trabajo (en *Articolo...*, pág. 71 y ss.).

Ahora bien, el corolario lógico de la tesis de GIULIANO AMATO es que también puede plantearse la cuestión al revés. En el caso de que una persona quisiera que entrara un tercero en su casa, ¿podría oponerse a ello una persona contratada por aquél que presta sus servicios en el hogar doméstico? La respuesta a este interrogante debe ser, en principio, negativa. Este hecho no supone que el personal de servicio doméstico no tenga derecho a la inviolabilidad del domicilio, sino sólo, y más correctamente, que dicho derecho se condiciona en relación con una determinada persona: el dador del trabajo. Esto no impide que el personal de servicio doméstico no sea titular del derecho funda-

Desde esta óptica, puede sostenerse que en caso de conflictos relevantes, debe prevalecer la voluntad del titular del hogar. Ello no presupone que el empleado carezca de toda facultad de ejercicio del derecho, pero sí implica que no puede hacer valer su prohibición a que entre un invitado del titular del hogar familiar ni, por supuesto, hacer valer su consentimiento en contra de la prohibición del titular de la morada expresamente conocida por la persona que quiere entrar.

La Sala penal del Tribunal Supremo ha ratificado este criterio en varias ocasiones. La última¹⁵⁵ Sentencia dictada en esta materia¹⁵⁶ tiene su origen en el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal que persigue la aplicación del delito de allanamiento de morada a la entrada del novio de la sirvienta en la casa donde ésta servía y con su consentimiento, aunque sus empleadores no se negaran al mismo por no tener noticia de tales encuentros. El Tribunal Supremo resume así la postura mantenida por el Ministerio Fiscal: «no sólo es eficaz la oposición expresa o de algún otro modo revelada del titular de la morada, sino también que debe presumirse su existencia mientras no conste el asentimiento expreso o tácito, según ha determinado la doctrina de esta Sala, sin que esta falta de consentimiento pudiera prestarla la procesada doméstica del mismo, por no ser titular de la morada y ser en cambio coautora del delito»¹⁵⁷.

En su Sentencia, el Tribunal comienza señalando que «no existe el dolo específico de violar o menospreciar la inviolabilidad de una morada, en la que habitaba como doméstica la procesada, que en ausencia de las personas titulares de la morada se reunía en la misma con su coprocesado para fines [...] en todo caso ajenos al ánimo de atentar la inviolabilidad del domicilio»¹⁵⁸. Pero es que, además, el Tribunal hace notar que no puede deducirse tal pretensión de atacar la libertad de la morada de la realización de entradas domiciliarias por parte del novio de la sirvienta, que se realizaron con toda normalidad¹⁵⁹. Al no existir

mental (lo es, como sostiene el propio ALESSANDRO PACE en su *Problemática...*, pág. 219), sino, simplemente, que su ejercicio se encuentra limitado.

¹⁵⁵ Es preciso referirse, en primer lugar, a la discutible Sentencia TS Rec. 1896/0022/2, en la que el Tribunal estima que una persona que entra en el cuarto de la sirvienta por su ventana con el consentimiento de ésta ha cometido un delito de allanamiento de morada. Es también relevante la Sentencia TS Ar. 1931/1732/2, en la que el Tribunal entiende que el procesado, que entró en la vivienda de acuerdo con la criada pero en contra de la voluntad de la señora de la casa, cometió asimismo el delito arriba citado.

¹⁵⁶ Sentencia TS Ar. 1965/0640.

¹⁵⁷ Sentencia TS Ar. 1965/0640/1.

¹⁵⁸ *Idem*.

¹⁵⁹ Sentencia TS Ar. 1965/0640/2.

oposición conocida para la persona que entra, ni poder deducirse ésta de los concretos modos de actuar debe concluirse¹⁶⁰, para el Tribunal, en la confirmación de la Sentencia recurrida.

El análisis jurisprudencial realizado confirma las conclusiones a las que se había llegado anteriormente. No obstante, no se ha planteado aún el conflicto judicial que probaría la validez de la hipótesis planteada¹⁶¹. Tal conflicto debería poner a prueba como frente a la negativa de entrada sustentada por la sirvienta, prevalecería el permiso dado por el titular del hogar (que fuera titular también del derecho fundamental en examen). Este conflicto práctico demostraría que el *status* del titular del derecho fundamental y del servicio doméstico es, en lo relativo al ejercicio del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, desigual, primando aquél sobre éste.

Esta restricción, de existir, configura un régimen especial del ejercicio del derecho a la inviolabilidad del domicilio, que deriva en un menor abanico de facultades. Ese régimen jurídico tiene su base en el contrato de trabajo, que refuerza la autoridad del empleador, el titular del hogar, sobre el servicio doméstico. Así Rosa Quesada Segura señalará que «el ejercicio de este derecho [del empleado a utilizar libremente el tiempo libre] (...) vendrá limitado por el correspondiente derecho del titular a organizar el régimen de su propio hogar, y a garantizar la intimidad de su esfera privada y familiar»¹⁶², y que, en general, el empleador puede hacer advertencias al trabajador cuando afecten «al buen orden o moralidad de la casa del empresario, si el obrero habitara en ella»¹⁶³.

¹⁶⁰ Debe hacerse notar que la utilización del último criterio indicado no está exenta de ciertos peligros (supóngase, por ejemplo, que en un determinado caso el procesado se escondía porque temía ser seguido y, posteriormente, se construye sobre su actitud la presunción de oposición conocida por él para la entrada).

¹⁶¹ En efecto, las resoluciones judiciales examinadas no niegan la hipótesis defendida, pero tampoco la avalan de forma completa. Las mismas resoluciones se habrían adoptado (especialmente las dos últimas), si se hubiera defendido que el servicio doméstico tiene un ejercicio del derecho análogo al de los empleadores, ya que en todo caso, cuando existe una pluralidad de derechos, de acuerdo a lo señalado anteriormente, debiera primarse sin más la negativa a la entrada sobre el consentimiento (Sentencia de 1931), siempre y cuando aquella sea conocida por la persona antes de entrar (lo que ocurría en el conflicto planteado en 1931, pero no en el asunto de 1965, lo que explica el distinto parecer del Tribunal Supremo en tales resoluciones judiciales).

¹⁶² En *El contrato...*, pág. 172.

¹⁶³ Artículo 69 de la Ley de Contratos de Trabajo, que en la actualidad sigue vigente, aunque con rango de reglamento (disposición final cuarta del Estatuto de los Trabajadores).

Debe concluirse, entonces, que el personal del servicio doméstico que resida en la casa de su empleador puede oponerse al allanamiento de morada o a la vulneración de su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio frente a terceros, pero, también, que su capacidad se encuentra limitada en relación con el empleador.

4.3. La exclusividad de la posesión como fundamento de la limitación en el ejercicio del derecho

En páginas anteriores se han examinado diferentes factores, como la minoría de edad, la imposición de cargas (en sentido estricto —alimentista— y en sentido lato —precario—) o la naturaleza contractual singular de la relación laboral especial del servicio del hogar doméstico, que condicionan en todo caso el ejercicio del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de determinadas personas que cohabitan con otras, de las cuales, en alguna medida, dependen.

Si ello es así, debe localizarse el fundamento general, el criterio directriz, que explique tales limitaciones sobre el ejercicio del derecho. Tal criterio no puede centrarse, como se ha hecho habitualmente, simplemente, en la posesión de la morada. En efecto, se ha constatado que determinadas personas, que poseen la morada y, aún más, despliegan en ella su intimidad, están limitadas en el ejercicio del derecho fundamental.

El criterio que explica adecuadamente los particulares supuestos analizados en páginas anteriores, es el de la *exclusividad* de la posesión. En efecto, los padres de una familia pueden hacer que éstos vivan fuera del ámbito familiar (en otras ciudades o en régimen de internado); pueden aceptar o no, la presencia de un hijo mayor de edad o de un tercero en su vivienda —no en el sentido dominical sino posesorio—; pueden prestar alimentos, si están obligados a ello, en su casa o fuera de ella (artículo 149 CC); pueden, en fin, contratar personal doméstico y aceptar que éste conviva con la familia.

La titularidad plena del derecho a la inviolabilidad del domicilio supone, por tanto, una potencial exclusividad sobre la posesión del domicilio. La posesión, y no la propiedad¹⁶⁴, de la vivienda es lo re-

¹⁶⁴ Por ello no puede compartirse que el titular del derecho fundamental sea el titular de la vivienda (como entiende RAMÓN CASAS VALLÉS, en *Inviolabilidad...*, pág. 195 y, especialmente, pág. 196), aunque luego afirme: «De todas formas, tampoco sería descabellado sostener que, constitucionalmente, son titulares del domicilio todos los que viven en él. En este sentido, podría señalarse que el artículo 18.2 no puede establecer un

levante para la construcción del régimen jurídico del derecho. Y ello es así, porque sólo a través de la posesión se protege la intimidad, de forma que la garantía constitucional de la inviolabilidad domiciliaria garantiza el respeto de la intimidad únicamente en los ámbitos donde el sujeto detenta la potencial exclusividad posesoria. Si el titular del derecho permite, por los motivos que sean, la convivencia de otras personas, éstas, titulares también del derecho fundamental, tienen un ejercicio condicionado del derecho en relación con aquél.

El único supuesto donde esto no ocurre es cuando existe una pluralidad de titulares con idéntico derecho (cónyuges, parejas de hecho, amigos, estudiantes, etc...). En este supuesto, cuando existe conflicto de voluntades, debe primar, como ya se ha justificado en páginas anteriores, la prohibición de entrada sobre el permiso, siempre y cuando aquél sea conocido por la persona que entra en el domicilio.

5. LA PERSONA JURÍDICA COMO TITULAR ACTIVO DEL DERECHO FUNDAMENTAL

5.1. La persona jurídica y los derechos fundamentales

Al contrario de lo que ocurre en otros ordenamientos, en la Constitución española no aparece ningún precepto que explique como afectan los derechos fundamentales a las personas jurídico-privadas (en cuanto a su titularidad o ejercicio). Frente a ello, la Ley Fundamental de Bonn, dispone, en su artículo 19.3, que «los derechos fundamentales se extienden a las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, con arreglo a su respectiva naturaleza, aquéllos les sean aplicables»¹⁶⁵.

Frente a este principio-directriz del ordenamiento constitucional alemán, que debe adecuarse al análisis de cada derecho fundamental, nuestra Constitución presenta en este punto una regulación ambigua. En este sentido, y dejando de lado las puntuales referencias a determinadas personas jurídicas que se realizan al hilo de determinados dere-

derecho de los propietarios o de los arrendatarios, sino un derecho de las personas» (*ibidem*, págs. 196-197). Por su parte, ALESSANDRO PACE alude a la inmediatez de la posesión, en su *Problematica...*, pág. 217.

¹⁶⁵ Según la traducción de MARIANO DARANAS PELÁEZ (*Las Constituciones...*, pág. 64). Sobre este precepto, GÓMEZ MONTORO, A. J.: *Derechos fundamentales y personas jurídicas* (manuscrito amablemente cedido por el autor, de un muy valioso trabajo en vías de publicación), págs. 134 y ss.

chos fundamentales¹⁶⁶, existe una aparente contradicción entre los artículos 53.2 y 162.1.b) CE. El primer precepto citado dispone que «cualquier ciudadano» puede accionar el amparo judicial o constitucional para preservar sus derechos fundamentales. Por su parte, el artículo 162.1.b) CE, que regula la legitimación para recurrir en amparo (constitucional), establece que están legitimados para hacerlo «toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo».

El encaje de tales preceptos admite varias interpretaciones¹⁶⁷. Si se acoge la más literal de ambos preceptos, podría entenderse que los titulares de los derechos fundamentales son los ciudadanos (en todo caso personas físicas, de acuerdo con el artículo 53.2 CE¹⁶⁸), lo cual no empece que personas jurídico-privadas puedan accionar el recurso de amparo, haciendo valer para ello no la titularidad de los derechos conculcados, sino un interés legítimo en su reparación. La conclusión lógica de tal hipótesis es negar la posibilidad de que las personas jurídico-privadas sean titulares de derechos fundamentales.

No obstante, esta conclusión presenta algunos inconvenientes que deben ser puestos de manifiesto. En primer lugar, no explica cómo se podría reparar la vulneración de los derechos fundamentales que se atribuyen *ex constitutione* a las personas jurídicas (como el contenido en el artículo 27.6 CE). Tales personas jurídicas no podrían accionar el amparo judicial ordinario (que el artículo 53.2 CE reserva a los ciudadanos) y solamente podrían impulsar el amparo constitucional (donde sí podrían invocar la vulneración del derecho de que son titulares). A

¹⁶⁶ Como son las referencias que se hacen a las comunidades —aunque éstas no sean, necesariamente, personas jurídicas—, a los centros docentes y a los sindicatos, en los derechos de libertad ideológica, religiosa y de culto —artículo 16.1 CE—, de libre creación de centros docentes —artículo 27.6 CE— y de formar confederaciones de sindicatos —artículo 28.1 CE—, respectivamente. También se encuentran referencias a los Colegios Profesionales y a las empresas (sobre la libertad de empresa) en los artículos 36 y 38 CE, respectivamente. Distinto es, en fin, el supuesto del artículo 29.1 CE, que no se refiere a la persona jurídica, sino a la petición ejercida por varios españoles (petición colectiva) de forma acumulada.

Precisamente, ha sido en el citado artículo 27.6 CE, donde se reconoce a las personas jurídicas la libre creación de centros docentes, donde se ha constitucionalizado el concepto de *persona jurídica* (como ha señalado Casas VALLÉS, R.: *Inviolabilidad...*, pág. 189, nota 28).

¹⁶⁷ *Vid.*, en este punto, GÓMEZ MONTORO, A. J.: *Derechos...*, págs. 76 y ss. El citado autor mantiene que el reconocimiento de derechos fundamentales a la persona jurídica sirve como medio de garantizar mejor los derechos fundamentales de los individuos que la conforman (*ibidem*, págs. 82 y ss. y, especialmente, págs. 86-87).

¹⁶⁸ En las primeras páginas de este capítulo se ha visto como este precepto plantea también problemas relacionados con el *status* del extranjero en materia de derechos fundamentales.

este absurdo lógico, se suma, en segundo lugar, una objeción más grave: tal construcción no es coherente con la premisa del Estado social (artículo 1.1 CE) ni con su concreción del artículo 9.2 CE, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los grupos sean reales y efectivas.

Estos argumentos aconsejan, quizás, partir del planteamiento contrario al inicialmente propuesto y entender que las personas jurídicas son titulares de todos los derechos fundamentales, excepción hecha de aquéllos que por su particular naturaleza les son inaplicables (como ocurre, por ejemplo, con el derecho a la vida del artículo 15 CE). Y ello es así porque, como ha señalado recientemente el Tribunal Constitucional, «ninguna norma, ni constitucional ni de rango legal, impide que las personas morales puedan ser sujetos de los derechos fundamentales» (Sentencia 139/1995/4).

El Tribunal Constitucional afirma, en la Sentencia que se acaba de citar, que las personas jurídico-privadas son titulares del derecho fundamental al honor¹⁶⁹. Ello es así porque el ordenamiento jurídico confiere un ámbito de protección a la propia identidad de la persona jurídico-privada, conectado con los fines para los que se ha constituido¹⁷⁰. Esta identidad se protege tanto en el ejercicio de actividades que desarrollan tales fines como amparando las condiciones de ejercicio de su identidad, a través, precisamente, del derecho al honor.

Estos argumentos aconsejan entender que la titularidad de los derechos fundamentales debe resolverse con el análisis de la naturaleza de cada derecho fundamental en concreto. Serán predicables de las personas jurídico-privadas todos los derechos contenidos en la Constitución excepto aquéllos cuya naturaleza impida su atribución a las personas jurídicas (como ocurre, por ejemplo, con el derecho de voto, el derecho a la vida o a la protección de la intimidad familiar).

El Tribunal Constitucional ha seguido esta misma línea en su jurisprudencia, entendiendo que el artículo 53.2 CE no es óbice que

¹⁶⁹ Para llegar a esta conclusión, el Tribunal no se cuestiona si la naturaleza de la persona jurídica puede hacerla valedora del derecho al honor, sino si la naturaleza jurídica del derecho al honor impide su atribución a las personas jurídico-privadas (tarea desarrollada en el fundamento 5 de la Sentencia y después reproducida en la TC 183/1995/2, de 11 de diciembre). Debe hacerse notar que esta Sentencia supera la concepción personalista del honor que el Tribunal mantuvo en su Sentencia 107/1988/2, que ya había sido matizada en la 214/1991/3, en la que el Tribunal entendió que se había vulnerado el honor del pueblo judío que sufrió los horrores del nacionalsocialismo alemán. *Vid.*, también, la reciente Sentencia TC 176/1995, de 11 de diciembre.

¹⁷⁰ Sentencia TC 139/1995/5.

impida que puedan predicarse derechos fundamentales de personas jurídico-privadas. Así, en la Sentencia 19/1983, el Tribunal, tras recordar la posición del recurrente sobre el problema, ha estimado que el sentido del artículo 53.2 CE es afirmar que todos los ciudadanos son titulares de los derechos fundamentales, «pero sin que ello límite la posible titularidad por otras personas»¹⁷¹.

Esta jurisprudencia le ha sido útil para poder entender, en palabras del propio Tribunal, «que el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos lo pueden ejercer los partidos políticos, que el derecho de asociación lo pueden ejercer no sólo los individuos que se asocian, sino también las asociaciones ya constituidas, y que el derecho a la libertad de la acción sindical corresponde no sólo a los individuos que fundan sindicatos o se afilian a ellos, sino también a los propios sindicatos»¹⁷².

Lo que, en definitiva, hace el Tribunal es examinar si el derecho en cuestión puede atribuirse a la persona jurídica o al órgano que lo reclama¹⁷³. Cuando estima que la naturaleza del derecho no contraría el carácter jurídico de la persona, acepta la titularidad. Cuando, por contra, considera que el derecho fundamental alegado no puede ser predicado de la persona jurídica que pretende preservarlo, estima que o bien no existe titularidad (ni legitimación procesal que se derive de ella) para interponer el recurso de amparo¹⁷⁴, o bien que dicha titularidad pertenece a otros sujetos¹⁷⁵.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional establece claramente que el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo

¹⁷¹ Sentencia 19/1983/2, de 14 de marzo.

¹⁷² Sentencia 64/1988/1, de 12 de abril. *Vid.*, también, la Sentencia TC 139/1995/4, a la que ya se ha aludido en el texto, y la TC 183/1995/2.

¹⁷³ Porque, como el Tribunal ha señalado expresamente, «la cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales no puede ser resuelta con carácter general en relación a todos y cada uno de ellos» (Sentencia TC 19/1983/2 y Auto TC 135/1985/2, de 27 de febrero).

¹⁷⁴ El Tribunal Constitucional ha entendido que el Ayuntamiento de Madrid no es titular de los derechos contenidos en los artículos 15.1 CE (integridad física y moral) y 17.1 CE (seguridad personal) (Auto TC 1178/1988/2, de 24 de octubre).

¹⁷⁵ Esto ocurre en el Auto TC 297/1982/ún., de 6 de octubre.

En relación con las personas jurídicas, son más numerosos los casos en los que el Tribunal Constitucional aprecia que determinadas personas jurídico-públicas pretenden obtener el amparo constitucional sobre derechos ajenos (*vid.* así, los Autos TC 524/1984/2, de 19 de septiembre —que cita el anterior 297/1982— y 771/1984/2y3, de 12 de diciembre). Por supuesto, la imposibilidad de alegar derechos ajenos no es una cualidad específica de las personas jurídicas; sino que, tampoco las personas físicas pueden actuar así (*vid.*, por ejemplo, la Sentencia TC 146/1987/4).

24.1 CE, es predicable no sólo de los ciudadanos *stricto sensu*, sino también de las personas jurídico-privadas e, incluso, de las personas jurídico-públicas. En relación con las primeras, debe recordarse la extensa justificación que se hacía en la Sentencia 53/1983, acerca de la titularidad del derecho contenido en el artículo 24.1 de la Constitución por el Banco de Valencia, S.A.: «si todas las personas tienen derecho a la jurisdicción y al proceso y se reconocen legítimamente las personificaciones que para el logro de un fin común reciben en conjunto el nombre de personas jurídicas, puede afirmarse que el artículo 24.1 comprende en la referencia a «todas las personas», tanto a las físicas como a las jurídicas, y siendo esto así, una interpretación aislada del artículo 53.2 que limitara a la persona individual esa tutela reforzada que dice este precepto, dejando para las otras personificaciones la tutela ordinaria, implicaría con este recorte al sistema de defensa de un derecho fundamental, una conclusión contraria a lo que resulta —además del artículo 24.1— del artículo 162.1.b) CE, en el que también a las personas jurídicas se reconoce capacidad para accionar en amparo. Desde este aspecto de la capacidad y la subsiguiente exigencia de la legitimación —montada en el aludido precepto de la Constitución sobre la idea del interés legítimo— es claro que «Banco de Valencia, S.A.», ha podido acudir al recurso de amparo»¹⁷⁶.

Por todo lo anterior, se debe concluir, con Iñaki Lasagabaster Herrarte, que cita a Georg Jellinek, que «la capacidad jurídica de las personas jurídicas tiene su límite en la naturaleza, pues en tanto en cuanto una determinada capacidad requiera individualidad física, no se le puede reconocer a una persona jurídica»¹⁷⁷. Deberá examinarse por tanto la naturaleza de cada derecho fundamental para analizar si puede ser predicado de las personas jurídicas.

La titularidad de derechos fundamentales por parte de personas jurídico-públicas¹⁷⁸ se presenta, en principio, como una cuestión mucho más delicada. Es cierto que el Tribunal Constitucional ha reconocido a las personas jurídico-públicas algunos derechos fundamentales,

¹⁷⁶ Sentencia TC 53/1983/1, de 20 de junio.

¹⁷⁷ En «Derechos fundamentales y personas jurídicas de Derecho público», en AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II. Madrid, 1991, pág. 657. Vid. también GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, pág. 113.

¹⁷⁸ No se pretende en este trabajo acotar con toda exactitud el término *persona jurídico-pública*, problema que, aunque no puede considerarse cerrado, escapa a las pretensiones de esta investigación. La dificultad de la delimitación de este término en la práctica se ha puesto de manifiesto en la Sentencia TC 18/1984/3y4, de 7 de febrero, donde el Tribunal ha debido examinar si la Caja de Ahorros de Asturias es un ente público.

como son los recogidos en los artículos 24¹⁷⁹ y 27.10¹⁸⁰ CE. Ha llegado a admitir que la Administración central del Estado es titular del derecho a la tutela judicial efectiva¹⁸¹, en la importante Sentencia TC 64/1988, que se acompaña de un voto particular firmado por tres de los seis magistrados de la Sala 1.^a del Tribunal.

El Tribunal, en esta última Sentencia, es consciente de que el asunto que se le somete a su consideración presenta dificultades «por encontrarse situado en los límites mismos de la jurisdicción de amparo»¹⁸². Pese a todo, estima (en alguna medida, a través de la cláusula del Estado social¹⁸³) que, en línea de principio, «la titularidad del derecho que establece el artículo 24 de la Constitución corresponde a todas las personas físicas y a las personas jurídicas a quienes el ordenamiento reconoce capacidad para ser parte en un proceso»¹⁸⁴. Pese al reconocimiento del derecho fundamental a la Administración central del Estado, el Tribunal Constitucional va a terminar desestimando el recurso, por entender que no cabe apoyarse en el derecho contenido en el artículo 24.1 CE para defender prerrogativas.

Como se indicaba, tres magistrados disidentes (Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Antonio Truyol Serra y Miguel Rodríguez-Piñero

¹⁷⁹ Sentencias TC 4/1982, de 8 de febrero y 19/1983/2 en relación con el Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación y la Diputación Foral de Navarra, respectivamente. *Vid.* también las Sentencias TEDH Sindicato Nacional de la policía belga, de 27 de octubre de 1975, y Sindicato sueco de conductores de locomotoras, de 6 de febrero de 1976 [ambas pueden consultarse en Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *25 años de jurisprudencia (1959-1983)*. Madrid, s.f.].

¹⁸⁰ En la Sentencia 26/1987 el Tribunal ha entendido que la autonomía universitaria es un derecho fundamental que favorece a las Universidades.

¹⁸¹ En las Sentencias que acaban de citarse se cuestionaban derechos de organismos autónomos o locales frente al Estado central. Además, en la 19/1983 lo que se enjuicia es un acto privado del Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación, que actúa desprovisto de *imperium*, como cualquier otro particular. El conflicto que se encuentra en el origen de la Sentencia 64/1988 es, en concreto, la impugnación por parte de la Administración del Estado de una providencia dictada por la Magistratura de Trabajo número 1 de Ceuta, por presunta vulneración del derecho reconocido en el artículo 24 CE.

¹⁸² Fundamento Jurídico 1.º

¹⁸³ «Es cierto, no obstante, que la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental» (Sentencia TC 64/1988/1).

¹⁸⁴ *Idem*.

y Bravo-Ferrer), mantienen que las personas jurídico-públicas no tienen capacidad para ser titulares de derechos fundamentales. Entienden que «los instrumentos jurídicos de que el Estado dispone para la realización de los intereses públicos no se ajustan a la idea del derecho fundamental. Los derechos fundamentales que la Constitución reconoce son genuinos derechos subjetivos y, por consiguiente, situaciones de poder, puestas por el ordenamiento jurídico a disposición de los sujetos favorecidos para que éstos realicen libremente sus propios intereses. El ejercicio de un derecho subjetivo es siempre libre para el sujeto favorecido». Y añaden, en la misma línea de argumentación, que «para la realización de los fines y la protección de sus intereses públicos [el Estado] no es titular de derechos subjetivos, salvo cuando actúa sometándose al Derecho privado. El Estado posee potestades y competencias, pero de ningún modo derechos fundamentales».

La posición mantenida en el Voto Particular examinado es la más coherente con la consideración de los derechos fundamentales como límite material de los ciudadanos frente al Estado¹⁸⁵. Explica atinadamente, además, como los órganos de la Administración actúan en ejecución de competencias propias, que debe necesariamente favorecer (no siendo un acto potestativo su ejercicio), lo que sí ocurre en relación con los derechos subjetivos en general y con los derechos fundamentales en particular¹⁸⁶.

Así vistas las cosas, parece claro que las personas jurídico-públicas no pueden ser titulares de derechos fundamentales en general¹⁸⁷, sino

¹⁸⁵ Como señala JOSÉ M. DÍAZ LEMA, «es la propia configuración de los derechos fundamentales la que está en juego» (en *¿Tienen...?*, pág. 1159).

¹⁸⁶ No parece de recibo la objeción que a esta aseveración ha realizado el profesor IÑAKI LASAGABASTER HERRARTE (en *Derechos...*, pág. 667), cuando aduce que es una situación parcialmente cierta. Justifica esta afirmación alegando que algunos derechos (como son los relacionados con la familia) obligan en ocasiones a su titular a adoptar ciertos comportamientos. Lo dicho es en sí mismo cierto, pero la situación descrita proviene, en la mayoría de ocasiones, no de un derecho subjetivo obligatorio, sino de un conflicto de derechos (por ejemplo, entre los derechos de los padres y los de los hijos). El autor plantea una segunda objeción de más peso: hace notar como, «si bien los derechos subjetivos no pueden ser convertidos en un mecanismo de ampliación de competencias, lo contrario sí puede suceder, es decir, que determinadas competencias puedan permitir que una persona jurídica de Derecho público o un órgano determinado sean titulares de derechos subjetivos». Es cierto que, por ejemplo, la capacitación procesal de las personas jurídico-públicas, conlleva el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; puesto que no podría aceptarse que a tales personas se las situara en una situación de indefensión.

¹⁸⁷ En este sentido, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional que entendía que es posible que personas jurídico-públicas puedan ejercer derechos fundamentales, «siem-

en todo caso excepcional. Lo contrario constituiría, en palabras de Durig —citadas por José M. Díaz Lema¹⁸⁸— una ironía constitucional.

Si bien es cierto que las personas jurídico-públicas poseen el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), quizás este hecho signifique no tanto que tengan una capacidad general de derechos fundamentales¹⁸⁹ (por usar la misma expresión del Tribunal), sino que ponga de manifiesto la especial naturaleza del derecho fundamental garantizado en el artículo 24 CE, que actúa como «cierre del sistema»¹⁹⁰.

El reconocimiento muy limitado de derechos fundamentales para las personas jurídico-públicas cuando éstas actúan con *imperium* parece ser el criterio que puede deducirse no sólo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁹¹, sino también de un sector ma-

pre que recaben para sí mismas *ámbitos de libertad*, de los que deben disfrutar sus miembros, o «la generalidad de los ciudadanos» (Sentencia 64/1988/1 —el subrayado pertenece a este trabajo—), se ha traducido, en la práctica del propio Tribunal, en un criterio restrictivo de legitimación y titularidad de derechos fundamentales por parte de personas jurídico-públicas, como muestran los Autos TC 135/1985/2 y 139/1985/2, de 27 de febrero.

¹⁸⁸ En *¿Tienen...?*, pág. 1161.

¹⁸⁹ En contra, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: «Eficacia y garantía de los derechos fundamentales», en AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II. Madrid, 1991, pág. 622 y ss.; LASAGABASTER HERRARTE, I.: *Derechos...*, págs. 673-674 y ALMAGRO NOSETE, J.: «Cuestiones sobre legitimación en el proceso constitucional de amparo», en AA.VV.: *El Tribunal Constitucional*, vol. I. Madrid, 1981, pág. 406 —*vid.* también la pág. 398—. Este último autor afirma también que «las personas jurídicas se constituyen para la satisfacción de intereses comunes a todos los asociados o para la satisfacción de intereses *supra* individuales que no sólo afectan a ese colectivo, sino que también son comunes a personas no integradas en la misma» (pág. 406).

¹⁹⁰ El derecho a la tutela judicial efectiva se aplica a las personas jurídico-públicas porque tal garantía procesal debe aplicarse a todo proceso: «en cualquier caso, con independencia de la forma de actuación [pública o privada de las personas jurídico-públicas] que nada tiene que ver con lo que en este momento se dilucida, deben respetarse las garantías procesales que derivan del artículo 24.1 de la Constitución» (DÍAZ LEMA, J. M.: *¿Tienen...?*, pág. 1191). *Vid.*, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, ALONSO GARCÍA, E.: «El artículo 24.1 CE en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: problemas generales», en AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II. Madrid, 1991 y FIGUERUELO BURRIEZA, A.: *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Madrid, 1990.

¹⁹¹ Es preciso descartar, como hace JOSÉ M. DÍAZ LEMA que el Tribunal Constitucional reconozca derechos fundamentales a las personas jurídico-públicas de forma indiscriminada (como podría pensarse atendiendo exclusivamente a las Sentencias 4/1982 y 64/1988) (en *¿Tienen...?*, pág. 1184).

yoritario de la doctrina española¹⁹² y alemana¹⁹³ que ha analizado el problema.

Por contra, sí que asisten, en principio¹⁹⁴, los derechos fundamentales a las personas jurídico-públicas cuando éstas actúan como privados; es decir, en actuaciones desprovistas de *imperium* (aunque ni en este caso pueden potenciar las prerrogativas procesales de la Administración¹⁹⁵). Los profesores José L. Cascajo Castro y Vicente Gimeno

¹⁹² Éste es el parecer de CASCAJO CASTRO, J. L. y GIMENO SENDRA, V.: *El recurso...*, págs. 93-94 y, como ellos mismos indican, CORDÓN MORENO, F.: «Sobre la titularidad por parte de los poderes públicos del derecho fundamental a la tutela efectiva», *LL*, 731, 29-VII-1983, pág. 5.

Como señala JOSÉ M. DÍAZ LEMA, esta es también la postura de SERNA MASÍA, quien entiende que los derechos fundamentales asisten a las personas jurídico-públicas (además de en sus actos privados) en relación con los derechos reconocidos en los artículos 14 y 24 CE; es decir, ante violaciones de derechos realizadas por los poderes legislativo y judicial. El propio SERNA MASÍA entiende que en estos supuestos no se están protegiendo las competencias (que tienen su vía de solución mediante los procedimientos de conflictos constitucionales), sino que se amparan derechos fundamentales (en *¿Tienen...?*, pág. 1177).

¹⁹³ Analizada a través del trabajo de JOSÉ M. DÍAZ LEMA (*¿Tienen...?*, pág. 1187-1188). El autor explica en su trabajo las posturas de ACHTERBERG, partidario de aceptar la titularidad de los estados federados, las corporaciones locales y los organismos autónomos, en todo caso frente a la Federación y negar, consecuentemente la posible titularidad de derechos fundamentales de la misma Federación (que no puede ser sujeto activo y pasivo del derecho a la vez) y de los particulares que ejercitan por delegación poder público (puesto que no son al fin y al cabo más que órganos del Estado). El interés de la posición de ACHTERBERG radica —para JOSÉ M. DÍAZ LEMA— en que pone de relieve claramente que el problema de la titularidad de los derechos fundamentales por parte de personas jurídico-públicas se entremezcla con cuestiones de organización administrativa. En sentido contrario, MUTIUS sí que es partidario de que entre dos administraciones se puedan hacer valer derechos fundamentales, ya que existen *a)* relaciones entre distintas administraciones y *b)* sumisión de algunas administraciones respecto de otras.

¹⁹⁴ Y aun en la actuación privada de las personas jurídico-públicas parece de recibo la afirmación de JOSÉ M. DÍAZ LEMA, de que «la utilización instrumental del Derecho privado no puede dejar al ciudadano en una situación real de inferioridad frente al poder público», lo que ha posibilitado, por ejemplo, que el Tribunal Constitucional (en Sentencia 35/1983/3, de 11 de mayo), señale que Televisión Española, «en cuanto dirigida directamente al público como tal, ha de entenderse vinculada al respeto de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo I de la Constitución» (en *¿Tienen...?*, pág. 1156). Y es que, en ocasiones, puede constatararse como actos privados de personas jurídico-públicas persiguen fines públicos, incluso a través de actos privados de *imperium*. En este sentido debe recordarse, con JOSÉ M. DÍAZ LEMA la Sentencia TCA *Saasbach-Beschluss*, de 8 de julio de 1982, y la criticable por comparación Sentencia TC 19/1983/2 (en *¿Tienen...?*, págs. 1193-1195).

¹⁹⁵ Una buena prueba de que tampoco este principio es general se encuentra en el Título VII de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que regula las reclamaciones previas (ante la Administración) al ejercicio de acciones *civiles* y laborales (el subrayado pertenece a este trabajo). Parece claro que la Administración cuenta, en este campo, con una prerrogativa

Sendra estiman que también auxilian los derechos fundamentales a las personas jurídico-públicas cuando éstas «asuman exclusivamente la defensa de sus miembros en el cumplimiento de los fines que les son propios»¹⁹⁶. Éste ha sido también el parecer del Tribunal Constitucional alemán, que, además de admitir la existencia de concretos derechos fundamentales a personas jurídico-públicas¹⁹⁷, ha reconocido, con carácter general, «una cierta “capacidad relativa” (casuística, diríamos nosotros) de las personas jurídicas de Derecho público»¹⁹⁸. Más difícil es que en la relaciones entre las distintas organizaciones administrativas puedan predicarse derechos fundamentales de las personas jurídico-públicas, ya que, como señala José M. Díaz Lema, no estaríamos, en puridad, ante ámbitos de libertad de los particulares¹⁹⁹.

Hasta aquí se ha examinado cuales son los principios generales en materia de la titularidad de derechos fundamentales por parte de personas jurídicas, tanto privadas como públicas. Interesa ahora analizar si unas y otras poseen, en concreto, el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

procesal en sus actuaciones privadas (de Derecho civil) que no podría ampararse en la titularidad de un derecho fundamental, puesto que, como ya afirmó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 64/1988, no puede fundarse (en la vulneración de la tutela judicial efectiva) el mantenimiento de prerrogativas procesales.

¹⁹⁶ En *El recurso...*, pág. 99. JOSÉ M. DÍAZ LEMA explica como, para FAUSTINO CORDÓN MORENO, ciertas corporaciones de Derecho Público de base asociativa pueden defender los derechos fundamentales de sus miembros. Sin embargo, como nota el mismo DÍAZ LEMA, el Tribunal Constitucional alemán ha terminado por negar que personas jurídico-públicas, actuando en régimen privado (en la gestión de su patrimonio, fundamentalmente) puedan hacer valer tales derechos (en *¿Tienen...?*, pág. 1180). En este sentido, el último autor citado estima que las Cámaras (de Comercio, Industria,...) sólo podrían hacer valer el derecho fundamental que ha dado origen a dicha Corporación; y, como ese derecho —la libertad de empresa— no cuenta con la garantía del amparo constitucional, no pueden plantearse recursos de amparo constitucional en tal materia (*ibidem*, pág. 1196).

¹⁹⁷ Se refiere tal jurisprudencia, como indican los autores, a la capacidad de las Universidades para la defensa de la libertad de cátedra (*BVerfGE*, 15, 256), a las emisoras de radio y televisión, etc, en cuanto a la libertad de expresión (*BVerfGE*, 31, 314), a las Iglesias con *status* de Corporación de Derecho público para la defensa de la libertad religiosa (*BVerfGE*, 21, 362), etc... (*idem*). El carácter restrictivo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán ha sido también puesto de manifiesto por JOSÉ M. DÍAZ LEMA (en *¿Tienen...?*, pág. 1161).

¹⁹⁸ CASCAJO CASTRO, J. L. y GIMENO SENDRA, V.: *El recurso...*, pág. 99.

¹⁹⁹ *Vid.*, una vez más, por todos, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J.: *Algunas...*, pág. 88 y FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A.: *Memoria...*, pág. 249 y, ahora, DÍAZ LEMA, J. M.: *¿Tienen...?*, págs. 1160 y 1159.

5.2. La persona jurídico-privada y la inviolabilidad del domicilio

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia ha sido escasa. El Tribunal solamente ha abordado directamente el asunto en su Sentencia 137/1985. Debe recordarse que, antes de 1985, el único asunto donde se planteaba al Tribunal la posible vulneración de la inviolabilidad del domicilio de una persona jurídica recibió una lacónica respuesta del Tribunal. En efecto, en el Recurso de Inconstitucionalidad promovido por 54 Diputados contra el Real Decreto-ley 2/1983 (de 23 de febrero) sobre expropiación de los Bancos y otras Sociedades que comprendían el Grupo «Rumasa, S.A.», los recurrentes (José M. Ruiz Gallardón —como representante y comisionado de 54 Diputados más—) alegaban (entre otros extremos) que la citada norma «infringe el artículo 18.2 de la Constitución, que consagra la inviolabilidad del domicilio. Este derecho es aplicable a las personas jurídicas. [...] El artículo 6 del Real Decreto-ley ha conculcado la inviolabilidad del domicilio que corresponde a todas las Sociedades expropiadas de tipo bancario. Esta limitación a un derecho fundamental, impuesta por vía de Decreto-ley, demuestra el exceso en que ha incurrido el Gobierno al invadir por esta vía los derechos contemplados en el Título I, con conculcación de los límites que el artículo 86.1 establece para los Decretos-leyes»²⁰⁰.

El Tribunal Constitucional, que resuelve el asunto en la Sentencia 111/1983, señala en relación con la objeción planteada por los recurrentes, que las normas contenidas en el impugnado Decreto-ley no guardan ninguna relación con el contenido constitucionalmente declarado del derecho²⁰¹. Debe señalarse que el Tribunal opta por no prejuzgar el problema de la titularidad de las personas jurídicas del derecho contenido en el artículo 18.2 CE, dejando la cuestión abierta.

El silencio que el Tribunal Constitucional guarda en este punto explica que las primeras construcciones doctrinales que examinan la titularidad del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio por parte de las personas jurídicas se construyan sobre afirmaciones del Tribunal realizadas al hilo de otros asuntos, no directamente relacionados con el problema planteado, conectadas con la jurisprudencia en materia del derecho a la intimidad personal, o referidas con la presunta vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio de per-

²⁰⁰ Antecedente 1.G de la Sentencia TC 111/1983, de 2 de diciembre.

²⁰¹ Sentencia TC 111/1983/11.

sonas físicas, que presagiaban que las personas jurídicas no podían ser titulares del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

Tal deducción podía apoyarse en dos argumentos yuxtapuestos. En primer lugar, el Tribunal Constitucional había puesto de manifiesto la conexión que existía entre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y el bien jurídico intimidad. En segundo lugar, el Tribunal había negado expresamente que las personas jurídicas fueran titulares del derecho a la intimidad.

Aunque el primer elemento propuesto (la conexión entre inviolabilidad del domicilio e intimidad) ha sido ya ampliamente analizada en el anterior capítulo de este trabajo, conviene no obstante, recordar los términos en los que el Tribunal establece esta conexión, y que se muestran, por ejemplo, en la Sentencia 22/1984, donde se señala que «existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro en un domicilio (artículo 18.2 de la Constitución) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de *privacidad* (artículo 18.1 de la Constitución)»²⁰² —y debe recordarse que los términos *privacidad* y vida privada deben reconducirse, en el presente trabajo, a la noción constitucional de intimidad—.

El segundo elemento propuesto exige analizar, instrumentalmente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental a la intimidad (artículo 18.1 CE) en lo relacionado con las personas jurídicas; en especial el Auto 257/1985, en el que el Tribunal Constitucional se refería a la vida privada de las personas individuales «sin que en principio las personas jurídicas, como las Sociedades mercantiles puedan ser titulares del mismo, ya que la reserva acerca de las actividades de estas Entidades, quedarán, en su caso, protegidas por la correspondiente regulación legal, al margen de la intimidad personal y subjetiva constitucionalmente decretada»²⁰³.

Conectando estos dos elementos, no parecía, pues, aventurado, entender que si la inviolabilidad del domicilio protege la intimidad y si ésta no puede ser predicada de las personas jurídicas, no debía atribuirse a éstas el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

Ésta ha sido la postura dominante en la doctrina constitucional hasta que el Tribunal dictara su sentencia 137/1985²⁰⁴. Los principales argumentos utilizados por la mencionada doctrina son una derivación

²⁰² Sentencia TC 22/1984/2 (el subrayado pertenece a este trabajo).

²⁰³ Auto TC 257/1985/2, de 17 de abril.

²⁰⁴ En contra, LUCAS VERDÚ, P.: «Comentario al artículo 18 CE», en AA.VV.: *Constitución española (edición comentada)*. Madrid, 1979, pág. 60.

de la jurisprudencia reseñada anteriormente y de la aplicación al derecho constitucional de las categorías relacionadas con la inviolabilidad del domicilio propias del ámbito del derecho penal (allanamiento de morada, morada, etc...). Así, César Sempere Rodríguez parece excluir a las personas jurídicas del goce del derecho a la inviolabilidad del domicilio, ya que, tras recordar la concepción que equipara domicilio en sentido constitucional y «lugar cerrado, reservado primordialmente a morada o casa habitación de su titular»²⁰⁵, opta por incluir «aquellos otros lugares refugio de la vida privada o de manifestaciones de la misma»²⁰⁶ y, en este sentido, parece claro que las personas jurídicas no poseen morada (como habitación) ni vida privada (como intimidad —en el sentido dado a este último término en el anterior capítulo de este trabajo—)²⁰⁷. Algunas de estas concepciones, como la citada, parten de la idea de morada como reducto de intimidad personal localizada, que excluye la posible titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas²⁰⁸. En otras construcciones dogmáticas de la inviolabilidad del domicilio, como la de Alfonso de Alfonso Bozzo, se afirma que se trata de un derecho con titular individual²⁰⁹. Por fin, Fernando López Ramón, con apoyo jurisprudencial constitucional y del Tribunal Supremo²¹⁰, entiendo que no puede predicarse de las personas jurídicas el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

Hay que esperar a la citada Sentencia 137/1985 para analizar la posición del Tribunal Constitucional sobre el problema de la titularidad del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en relación con las personas jurídicas. La polémica Sentencia del Tribunal, que ha sido tratada extensamente por la doctrina²¹¹, defiende la titula-

²⁰⁵ *Comentario...*, pág. 441. Sobre las distintas concepciones del concepto de morada, *vid.* la nota 16 del trabajo de LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, págs. 48-49.

²⁰⁶ *Ibidem*, pág. 442.

²⁰⁷ *Vid.*, asimismo LUCAS VERDÚ, P.: *Voz...*, pág. 670 *in fine*, donde se afirma que el titular es toda persona. Ahora bien, ¿puede incluirse dentro de la noción de persona a la persona jurídica? No, ya que si —para el autor— el domicilio implica habitación (pág. 669), y las personas jurídicas no tienen *habitación*, mal pueden poseer un domicilio relevante constitucionalmente hablando. También ALEJANDRO NIETO GARCÍA señala que la intimidad es «algo ajeno, por naturaleza, a las personas jurídicas» (en *Actos...*, pág. 29).

²⁰⁸ Así, JOSÉ M. SERRANO señala que el domicilio es el lugar de habitación, la morada del titular [en *Comentario...* (1980), pág. 238].

²⁰⁹ *Sobre...*, pág. 460.

²¹⁰ El Tribunal Constitucional, como se ha visto en páginas anteriores, evitó afrontar el tema en el enigmático fundamento jurídico 11 de la Sentencia 111/1983. *Vid.*, también, la Sentencia TS a la que alude FERNANDO LÓPEZ RAMÓN en *Inviolabilidad...*, pág. 50.

²¹¹ *Vid.*, al respecto, los comentarios jurisprudenciales de RAMÓN CASAS VALLÉS (*Inviolabilidad...*), PILAR DE LA HAZA (*Observaciones...*) y TOMÁS QUINTANA LÓPEZ (*Un paso...*).

riedad de las personas jurídico-privadas del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Es interesante recordar cuales son los hechos que dan lugar al amparo ante el Tribunal Constitucional y, sobre todo, la argumentación que éste realiza para razonar la compatibilidad de la naturaleza del derecho fundamental con la de las personas jurídicas (lo que posibilita la titularidad de éstas sobre aquel derecho).

El recurso de amparo es interpuesto por una empresa («Derivados de Hojalata, S.A.»), que impugna los artículos 117 LGT, 103 y 107 RGR, por considerarlos inconstitucionales. En concreto, estiman los recurrentes que estos preceptos —que atribuyen a los jueces, incluso a los de paz, la competencia para autorizar la entrada del Recaudador en el domicilio de los deudores en el plazo de veinticuatro horas— deben ser reputados nulos por encontrarse afectados de inconstitucionalidad sobrevenida, al vulnerar el artículo 18.2 CE.

El Tribunal Constitucional, tras fijar el objeto del recurso²¹², examina —en el fundamento jurídico segundo de la Sentencia— la más seria objeción²¹³ sustentada por el Abogado del Estado en relación con la pretensión de la empresa recurrente. El Abogado del Estado recuerda como «la doctrina viene mateniendo de forma mayoritaria que la inviolabilidad del domicilio, así como los demás derechos fundamentales consagrados en el artículo 18, son manifestaciones concretas de la intimidad y la vida privada, conceptos que, por muy ampliamente que sean entendidos, no deben afectar a una Empresa mercantil, como ha declarado este Tribunal»²¹⁴ en la ya citada Sentencia TC 22/1984²¹⁵.

En efecto, el Abogado del Estado está aludiendo a la doctrina del Tribunal Constitucional mantenida en la Sentencia 22/1984, donde se señalaba que la inviolabilidad del domicilio «constituye un auténtico derecho fundamental de la *persona*, establecido según hemos dicho, para garantizar el ámbito de *privacidad* de ésta dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse

²¹² Tarea que realiza en el Fundamento Jurídico primero de la Sentencia.

²¹³ En efecto, el Abogado del Estado sustenta otras como son la existencia —en el caso concreto— de una invocación del artículo 18.2 «para la consecución de un fin ajeno a la proyección» del derecho o la constitucionalidad del artículo 130 de la LGT, en su redacción original debida a la Ley 230/1963, de 28 de diciembre (Antecedente cuarto de la Sentencia).

²¹⁴ Antecedente cuarto de la Sentencia.

²¹⁵ Aunque el Letrado del Estado cita el Fundamento Jurídico sexto de la Sentencia 22/1984 hace quizás referencia a los fundamentos jurídicos segundo o quinto, pues es en ellos donde se trata de determinar el alcance de la noción constitucional del domicilio protegido en el artículo 18.2 CE.

precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones de otras personas o de la autoridad pública»²¹⁶.

El Ministerio Fiscal es de la misma opinión: las instalaciones de la sociedad mercantil «Derivados de Hojalata, S.A.» no pueden ser consideradas domicilio en su significado constitucional²¹⁷.

Parece que las alegaciones del Ministerio Fiscal y, especialmente, del Abogado del Estado hacen una lectura bastante ajustada de la doctrina contenida en la Sentencia TC 22/1984.

Ahora bien, no es ésta la opinión del propio Tribunal Constitucional. Dicho órgano comienza su argumentación recordando las afirmaciones realizadas en su Sentencia 22/1984²¹⁸. Según el Tribunal Constitucional la citada resolución no puede prejuzgar la solución al problema que ahora se le plantea, que es el de si las personas jurídicas pueden ser titulares del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y de si, consecuentemente, es posible considerar el domicilio social de una empresa como domicilio a efectos constitucionales. Este problema no ha sido planteado en ningún asunto con anterioridad. En la Sentencia 22/1984, a la que aludía el Letrado del Estado, el Tribunal limita su razonamiento al caso enjuiciado, pero sin aludir a la problemática de los derechos fundamentales y las personas jurídicas²¹⁹.

El Tribunal entiende que la inviolabilidad del domicilio es un derecho «extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas»²²⁰. El Tribunal apoya esta idea en varios argumentos que es interesante retener. En primer lugar, la Constitución española no circunscribe el derecho fundamental del artículo 18.2 CE a las personas físicas. En segundo lugar, parece que la doctrina de varios países de nuestro entorno (Alemania, Italia y Austria) son partidarios de entender que las personas jurídicas pueden ser titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio²²¹. En tercer lugar, el derecho en examen posee una naturaleza que en modo alguno repugna su posible aplicación a las personas jurídicas. En cuarto lugar, se indica que las personas jurídicas pueden ser titulares legítimos de viviendas. De forma

²¹⁶ Sentencia TC 22/1984/5 (el subrayado pertenece a este trabajo).

²¹⁷ Antecedente quinto de la Sentencia TC 137/1985.

²¹⁸ Asimismo, el Tribunal confirma, como ya mantuvo en su Auto 257/1985/2, que las personas jurídicas no tienen un derecho fundamental a la intimidad personal.

²¹⁹ Sentencia TC 137/1985/2.

²²⁰ Sentencia TC 137/1985/3.

²²¹ Hace especial hincapié en la alusión al derecho comparado en la presente Sentencia FERNANDO LÓPEZ RAMÓN, en *Límites...*, pág. 2274.

conclusiva, se señala, finalmente, que «la libertad del domicilio se califica como reflejo directo de la protección acordada en el ordenamiento a la persona, pero no necesariamente a la persona física, desde el momento en que la persona jurídica venga a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de la tutela constitucional, y todas las hipótesis en que la instrumentación del derecho a la libertad no aparezcan o sean incompatibles con la naturaleza y especialidad de fines de ente colectivo»²²².

La jurisprudencia posterior del Tribunal Constitucional en la materia no aporta nuevos elementos, sino que se dedica a recordar su afirmación de que las personas jurídicas son titulares del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio²²³ y a examinar, en otras ocasiones, si se había producido vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de personas jurídicas provocada por la entrada en determinados locales²²⁴.

Antes de continuar conviene, quizás, realizar algunas consideraciones críticas a la postura adoptada por el Tribunal Constitucional.

Antes que nada, puede hacerse notar que existe una gran similitud entre las afirmaciones realizadas por el Tribunal Constitucional en la Sentencia TC 137/1985²²⁵ y las contenidas en el clásico trabajo que sobre la inviolabilidad del domicilio, realizaron Paolo Barile y Enzo Cheli para la *Enciclopedia del Diritto*. Señalan estos autores²²⁶ que «la libertad domiciliaria se califica, en efecto, como reflejo directo de la protección acordada por el ordenamiento a la persona, pero no necesariamente a la persona física, desde el momento en que también la persona jurídica o el ente de hecho —en cuanto formaciones sociales destinadas a desenvolver la personalidad de los individuos *ex artícu-*

²²² Todas estas razones se esgrimen en el Fundamento Jurídico tercero de la Sentencia TC 137/1985.

²²³ *Vid.*, por ejemplo, la Sentencia TC 64/1988/1.

²²⁴ *Vid.*, además de la ya citada Sentencia TC 137/1985, la Sentencia TC 144/1987 y los Autos TC 104/1987, de 28 de enero y 258/1990, de 18 de junio.

²²⁵ El Tribunal Constitucional señala que «la libertad del domicilio se califica como reflejo directo de la protección acordada en el ordenamiento a la persona, pero no necesariamente a la persona física, desde el momento en que la persona jurídica venga a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de la tutela constitucional» (Sentencia TC 137/1985/3).

Ya TOMÁS QUINTANA LÓPEZ había calificado de error la alusión realizada por el Tribunal a la libertad del domicilio, cuando la Sentencia examinada se refería a la inviolabilidad del domicilio (en *Un paso...*, pág. 150. *Vid.*, en contra, ALONSO DE ANTONIO, Á. L.: *El derecho...*, pág. 69). Este trabajo explica el origen del mencionado *error*.

²²⁶ En su *Domicilio...*, pág. 864.

lo 2 CI— se sitúan en la categoría de los sujetos privados comprendidos en el área de la tutela constitucional».

La posición de los profesores Paolo Barile y Enzo Cheli acerca de la consideración de las personas jurídicas como titulares del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio es la mayoritaria dentro de la doctrina constitucionalista italiana²²⁷ y, es, con toda seguridad, la correcta forma de entender el artículo 14 CI y el ordenamiento jurídico en el que se integra²²⁸.

Ahora bien, es posible que una solución conveniente al Derecho Constitucional italiano no sea extrapolable a nuestro ordenamiento constitucional. Es por ello interesante examinar cual ha sido la consideración que la titularidad del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio por parte de las personas jurídicas ha merecido en nuestra doctrina más reciente²²⁹.

²²⁷ *Vid.*, entre otros muchos, MARTINES, T.: *Diritto...*, pág. 122 y 489; BARILE, P.: *Diritti...*, pág. 155; D'ALESSIO, R.: *Articolo...*, pág. 89; FASO, I.: *La libertà...*, págs. 73-74 (refiriéndose a los entes colectivos, ya estén éstos dotados o no de personalidad jurídica, ya que a través de ellos se realiza la persona), NACCI, P. G.: *Libertà...*, pág. 41 y PACE, A.: *Problematica...*, pág. 219. En sentido crítico, *vid.* DOSI, E.: *Inviolabilità...*, pág. 59 y ss. En el plano penal debe recordarse, entre otras, la Sentencia dictada en Casación penal, de 23 de marzo de 1953, que señala textualmente, que «en el delito de violación de domicilio también una persona jurídico-privada, como una Sociedad industrial, puede ser sujeto pasivo del delito» (citada por IGNAZIO FASO, en *La libertà...*, pág. 33, nota 64 y por PAOLO G. NACCI en *Libertà...*, pág. 41, nota 6).

²²⁸ No pueden ser desconocidos en este sentido ni el propio tenor del artículo 14 CI, muy diferente a nuestro 18.2 CE, que alude, por ejemplo, a comprobaciones e inspecciones que parecen exigir una noción amplia de domicilio (PACE, A.: *Problematica...*, pág. 215) y en cuya elaboración se aludió de forma expresa a la protección de las personas jurídicas (en concreto, por el Diputado L. BASSO) (*idem* y AMATO, GIULIANO: *Articolo...*, págs. 56-57). Debe recordarse, también, que en el marco del ordenamiento constitucional italiano, la noción penal de morada alcanza los locales de las personas jurídicas, como es la sede de un partido político (Sentencias de Casación penal de 23 de junio de 1954 y 14 de enero de 1963, citadas por GIULIANO AMATO, en *Individuo...*, pág. 301). La amplitud de la noción penal de morada ha sido resaltada por el mismo autor en su *Articolo...*, pág. 56 y, también, por FAUSTO CUOCOLO (en *Istituzioni...*, pág. 632); PAOLO CARETTI (en su *Voz Domicilio...*, pág. 322) y ALESSANDRO PACE (en *Problematica...*, págs. 214-215).

Como se comprende bien, el artículo 14 de la Constitución italiana no es idéntico al 18.2 CE. Asimismo, puede recordarse que la protección penal del allanamiento de morada ha sido en Italia y España, hasta 1995, radicalmente diferente. Con esta última explicación no se pretende interpretar la Constitución desde la ley, sino muy al contrario, plantear que la ley es distinta en Italia y en España porque tal legislación es plasmación de una disposición constitucional que es, también, diferente.

²²⁹ No puede apoyarse la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio por parte de las personas jurídicas, como el mismo autor de estas líneas hizo en el pasado (en *Derecho...*, pág. 5197, nota 106) en la Decisión CCF 83-164 DC, de 28 de diciembre (que puede consultarse en FAVOREU, L. y PHILIP, L.: *Les grandes...* (1986), pág. 605 y

No existe entre nosotros un acuerdo unánime en el reconocimiento del derecho a las personas jurídicas. Además, cuando el mencionado acuerdo se da —en el sentido de atribuir a las personas jurídico-privadas el derecho a la inviolabilidad del domicilio—, no se basa en los mismos argumentos.

En efecto, recientes trabajos sobre la inviolabilidad del domicilio siguen dudando de la posible titularidad del derecho por parte de personas jurídicas²³⁰. No obstante, la mayoría de la doctrina asume los postulados del Tribunal Constitucional²³¹, intentándose, en algún caso, realizar una construcción dogmática que permita un encaje pacífico de la Sentencia 137/1985 del Tribunal Constitucional con sus resoluciones anteriores.

ss.) y que ha sido comentada por ROLAND DRAGO y ANDRÉ DECOCQ [en «Note sous la décision 83-164 du Conseil Constitutionnel», *JP*, II (1984), número marginal 20160]. La razón es que el principal problema que la mencionada Decisión suscita es si el derecho francés de libertad individual atribuible a las personas físicas puede verse amparado en locales distintos de la vivienda, como son los de negocio, cuestión que debe tratarse en el capítulo siguiente de este trabajo.

²³⁰ Éste es el caso del trabajo de EDUARDO ESPÍN TEMPLADO, donde parece optarse, implícitamente, por entender que sólo la persona física es titular del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (en *Fundamento...*, págs. 50-51). El autor califica de supuesto conflictivo o dudoso el análisis de algunos concretos domicilios, conectados con la titularidad de las personas jurídicas del derecho (*ibidem*, págs. 52-53). *Vid.*, también, el dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, de 27 de mayo de 1992, citado. *Vid.*, también, BARCELONA LLOP, J.: *Ejecutividad...*, págs. 540 *in fine* y 544, y JUAN LOZANO, A. M.: *Inviolabilidad...*, pág. 689 *in fine*.

²³¹ De hecho, RICARDO GARCÍA MACHO se adelanta a la citada Sentencia TC 137/1985, señalando que «el empleo de la palabra «domicilio» en lugar de «vivienda» implica inequívocamente que, también, son portadores de este derecho el dueño de una empresa o comercio, no los empleados, así como las personas jurídicas». No obstante, a renglón seguido añade que «la inviolabilidad del domicilio es un auténtico derecho individual, que debe garantizar al individuo, desde su dignidad de hombre y en interés de su libre desarrollo, una esfera de vida elemental» (*BVerfGE*, 42, 219, Sentencia de 26 de mayo de 1976), lo que no parece muy coherente con su afirmación anterior (en *La inviolabilidad...*, pág. 857). *Vid.*, también, LORCA MARTÍNEZ, J.: *Una aproximación...*, pág. 2.

Una asunción plena de la doctrina constitucional se muestra en ALONSO DE ANTONIO, Á. L. (*El derecho...*, pág. 77). Pueden consultarse, además, AURELIO GUAITA MARTORELL [«Régimen de los Derechos constitucionales», *RDPol (UNED)*, 1982, pág. 79], ERNESTO PEDRAZ PENALVA (*El registro...*, págs. 198-200) y PEDRO J. GONZÁLEZ-TREVIJANO (*La inviolabilidad...*, pág. 116). El último autor citado, con profuso apoyo doctrinal y jurisprudencial. *Vid.*, también, FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *El sistema...*, págs. 222-223; MARTÍNEZ SOSPEDRA, M.: «Los límites del Poder Legislativo: el caso del artículo 21 de la Ley de Seguridad Ciudadana», *RGD*, 580-581 (1993), págs. 96 y 98; LÓPEZ DÍAZ, A.: *La recaudación de deudas tributarias en vía de apremio*. Madrid, 1992, pág. 276; y, del autor de estas páginas, *Derecho...*, pág. 5195-5196.

Tales construcciones doctrinales, si bien coinciden en entender que las personas jurídico-privadas son titulares del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, se diferencian en algún extremo importante. De esta forma, algunos autores, como Ramón Casas Vallés²³², entienden que el derecho en examen puede beneficiar a algunas personas jurídico-privadas y no a otras; ciertos autores, como Pilar de la Haza, Manuel Gómez Orea, José Lorca Martínez, Tomás Quintana López y Alejandro Nieto García²³³, entienden que el derecho beneficia a las personas jurídico-privadas de forma diferente a lo que ocurre con las personas físicas. En fin, otros autores entienden que el derecho beneficia a las personas jurídico-privadas en general, con idéntico régimen al descrito en relación con las personas físicas. Son en todo caso especialmente interesantes los trabajos de Ramón Casas Vallés y Pilar de la Haza, que han intentado superar las ambigüedades de la argumentación del Tribunal Constitucional en la materia.

Ramón Casas Vallés comienza su argumentación haciendo notar que si el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio se ha reconocido a las personas jurídicas, y si éstas no poseen un derecho a la intimidad, el fundamento del derecho a la inviolabilidad del domicilio debe buscarse en otro lugar²³⁴, como es en el «mismo concepto de persona, formalmente común a la física y jurídica»²³⁵. La inviolabilidad del domicilio protege la persona y su libertad y debe conectarse por ello con los fines que determinan la atribución de la persona física o jurídica²³⁶. Es por ello posible que la inviolabilidad del domicilio beneficie a algunas personas jurídicas y no a otras, dependiendo de los concretos fines de cada una de ellas.

El autor entiende que la vida privada social de las personas jurídicas se garantiza mediante la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones²³⁷. Ahora bien, esa específica aplicación del derecho a la inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas suscita algunas dificultades específicas. La primera es la determinación de cuál es el

²³² CASAS VALLÉS, R.: *Inviolabilidad...*, pág. 188.

²³³ HAZA, P. de la: *Observaciones...*, pág. 1; GÓMEZ OREA, M.: *El derecho...*, pág. 116; LORCA MARTÍNEZ, J.: *Una aproximación...*, pág. 2; QUINTANA LÓPEZ, T.: *Un paso...*, págs. 150-151; y NIETO GARCÍA, A.: *Actos...*, pág. 19.

²³⁴ CASAS VALLÉS, R.: *Inviolabilidad...*, págs. 186-187.

²³⁵ *Idem*.

²³⁶ *Ibidem*, pág. 188.

²³⁷ *Ibidem*, pág. 186. La postura sustentada por el autor le lleva a afirmar, consecuentemente, que «la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones son derechos por sí mismos, no meras concreciones o aplicaciones específicas del artículo 18.1», CE (*ibidem*, pág. 190).

domicilio (en sentido constitucional) de las personas jurídicas²³⁸. Ramón Casas Vallés defiende en este punto una noción amplia del mismo, ya que la persona jurídica no cuenta, a diferencia de la física, con un derecho material a la intimidad²³⁹. La segunda es la determinación de los titulares «efectivos» del derecho fundamental que, para el autor, son los órganos gestores competentes²⁴⁰.

El trabajo de Pilar de la Haza parte de la misma preocupación que el de Ramón Casas Vallés: la determinación del bien jurídico protegido por el derecho a la inviolabilidad del domicilio en relación con las personas jurídicas. Éste no puede ser ni la propiedad de los locales²⁴¹ ni la intimidad (de cuyo derecho carecen las personas jurídicas²⁴²). Lo que el Tribunal Constitucional reconoce a las personas jurídicas, a través del derecho a la inviolabilidad del domicilio, es «un ámbito de *privacidad*, una cierta «vida privada social», que podría ser la traducción del derecho a la intimidad cuando su titular es un ente colectivo»²⁴³. La inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas debe ser de aplicación, en opinión de la civilista, a todo local en el que se manifieste esa vida privada social de la persona jurídica²⁴⁴, siempre y

²³⁸ *Ibidem*, pág. 193.

²³⁹ *Ibidem*, pág. 194.

²⁴⁰ *Ibidem*, nota 36 de la pág. 198. El autor apunta la posibilidad de que el problema se agudice en los locales compartidos por varias personas jurídicas (*idem*).

²⁴¹ «Es difícil mantener que la mera titularidad sobre un inmueble lleva aparejada —ahora por mandato constitucional— la inviolabilidad del mismo» (*ibidem*, pág. 818).

²⁴² PILAR DE LA HAZA se apoya en la doctrina citada en la nota 30 de la pág. 818 (de su trabajo *Observaciones...*) y justifica esta idea en algunos argumentos esgrimidos en la misma página. Por su parte, RAMÓN CASAS VALLÉS (en su *Inviolabilidad...*) ha profundizado en la noción de intimidad y en su posible atribución a las personas jurídicas, que termina negando (pág. 186).

²⁴³ *Ibidem*, pág. 818. Sigue la autora señalando que «Por supuesto que esta vida privada no puede tener el mismo contenido cuando se refiere a personas físicas que cuando el sujeto es una persona jurídica; en el primer caso, lo que se desea y lo que se tiene derecho a excluir del conocimiento serán sentimientos, relaciones personales o familiares... que necesite vivir privadamente para lograr el pleno y libre desarrollo de su personalidad. Por el contrario, la persona jurídica, normalmente, sólo querrá evitar y controlar información sobre actos o relaciones de contenido patrimonial, pero sin que tenga que ser necesariamente así; por ejemplo, las desavenencias entre los miembros que los componen. Tiene derecho, en definitiva, a controlar la información sobre sí misma que le impida o dificulte la consecución del fin colectivo y permanente para el cual se creó» (*idem*).

²⁴⁴ «El domicilio protegido por la Constitución será aquel en que se desarrolle la vida privada social, con independencia de que sea la sede principal, una sucursal o una agencia y estará fundamentada su protección en la necesidad de que la persona jurídica goce de un ámbito en que pueda actuar libremente, sin intromisiones ajenas» (*ibidem*, págs. 818-819). JOAN J. QUERALT JIMÉNEZ entiende que las personas jurídicas poseen, como las físicas, una intimidad personal [en «La inviolabilidad domiciliaria y los con-

cuando las actividades en ellos desarrolladas conduzcan o, al menos, no sean incompatibles con los fines del ente colectivo²⁴⁵. En este último punto se aprecia como Pilar de la Haza condiciona la titularidad del derecho de la persona jurídica a que ésta ejerza su actividad social con actividades que no sean contrarias al fin perseguido con su creación.

Ello supone que el derecho a la inviolabilidad del domicilio beneficia a las personas jurídicas, pero actuando de distinta forma que en relación con las personas físicas. Esta idea se ha visto retomada en varias ocasiones por nuestra doctrina. Es conveniente recordar, en esta línea, los trabajos de Manuel Gómez Orea, José Lorca Martínez, Tomás Quintana López y Alejandro Nieto García.

El primer autor citado, tras lamentar que la Sentencia 137/1985 del Tribunal Constitucional no aclare cuál es el fundamento de la inviolabilidad domiciliaria de las personas jurídicas²⁴⁶, afirma que el derecho a la inviolabilidad del domicilio puede ser disfrutado «tanto individual como colectivamente, cuando el sujeto activo se inserte en la esfera de una persona colectiva. De forma que [la persona jurídica] ejerce corporativamente el mismo derecho, el mismo haz de facultades, que podría desempeñar individualmente». Para el autor, en definitiva, «se trataría de trasladar a la persona jurídica el mismo ámbito protegido que a la persona física en el orden de la protección domiciliaria»²⁴⁷.

José Lorca Martínez —combinando los principios propuestos por Pilar de la Haza y Manuel Gómez Orea— ha señalado, por su parte, que «la persona jurídica merecerá esta protección [de la intimidad] en la medida en que la merezcan también su vida social y sus fines, y en la medida en que éstos sean expresión de derechos fundamentales de

troles administrativos. Especial referencia a la de las empresas», *REDC*, 30 (1991), pág. 55] y que su *intimidad societaria* puede servir para preservar secretos comerciales, fórmulas de productos o custodiar intimidades de terceros (*ibidem*, pág. 56). La última posibilidad apuntada por el citado penalista no puede ser acogida. No es posible configurar la titularidad o el objeto del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.2 CE atendiendo a la ubicación en el mismo de datos relativos a la intimidad de terceras personas. Sobre la cuestión, *vid.* la Sentencia TC 37/1989, que será analizada y criticada en el siguiente capítulo de este trabajo.

ÁNGEL J. GÓMEZ MONTORO alude, por su parte, al *forum internum* de la persona jurídica, en el que se forma su voluntad y que le dota de una identidad propia (en *Derechos...*, págs. 88 y 139), que haría posible el reconocimiento a las personas jurídicas del derecho a la intimidad, si ésta se interpreta extensivamente (*ibidem*, pág. 157).

²⁴⁵ *Ibidem*, pág. 819.

²⁴⁶ GÓMEZ OREA, M.: *El derecho...*, pág. 116.

²⁴⁷ *Idem*.

las personas físicas: secretos comerciales, intimidades de terceros poseídos por bancos, asesores de terceros, hospitales, etc...»²⁴⁸.

Por su parte, Tomás Quintana López recuerda la afirmación que hiciera el Tribunal Constitucional en la Sentencia 137/1985/3, que posibilitaba a la persona jurídica el disfrutar el derecho a la inviolabilidad del domicilio cuando «venga a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de la tutela constitucional». El autor estima que «lo que se pretende con esta afirmación es desechar la posibilidad de que todo lo que tenga una dependencia física con la entidad mercantil quede al amparo de la tutela constitucional, que se prevé en el artículo 18.2, con lo que parece prescribir el peligro, ya anunciado en la doctrina, al que son más proclives las entidades mercantiles, de utilizar la inviolabilidad de domicilio para fines espurios, como es la defensa ilegítima de sus bienes, obstaculizando indebidamente la legítima, mientras no cambie nuestro régimen administrativo, actuación de la Administración en ejercicio de su potestad de autotutela»²⁴⁹. En resumen, para el autor, las personas jurídicas son titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio, pero para ellas, este derecho tiene un contenido menor que para las personas físicas. Del mismo parecer es Alejandro Nieto García²⁵⁰.

El criterio que, en un caso concreto, daría o negaría el derecho a la inviolabilidad del domicilio de personas jurídicas sería el del reflejo de la actividad. Solamente las actuaciones privadas (léase íntimas) de la persona jurídico-privada se verían amparados por el derecho.

Por último, y como ya se ha señalado anteriormente, también es posible mantener que el derecho a la inviolabilidad del domicilio beneficia a las personas jurídico-privadas (por serlo; es decir, sin ser posible atribuir el derecho a una y negárselo a otra) y con el mismo régimen que a las personas físicas. Esta postura parece sustentarse en que no se pueden hacer distintas interpretaciones o lecturas del derecho fundamental, aplicando éste de forma diferente a personas físicas y jurídico-privadas cuando no distingue el propio precepto constitucional que lo recoge y en que la solución propuesta era más coherente

²⁴⁸ En *Una aproximación...*, pág. 2. *Vid.*, también, QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *La inviolabilidad...*, pág. 56.

²⁴⁹ En *Un paso...*, págs. 150-151. En este mismo sentido, GONZÁLEZ-TREVIANO, P. J. (en *La inviolabilidad...*, pág. 117) recuerda diferentes posiciones doctrinales (QUINTANA, NIETO) que mantienen una distinta intensidad de protección para las personas jurídicas.

²⁵⁰ El autor entiende que el distinto alcance del derecho a la inviolabilidad del domicilio en relación con personas físicas y jurídicas encuentra su fundamento en que las personas jurídicas, a diferencia de las físicas, no poseen intimidad (en *Actos...*, pág. 19).

con la construcción que el Tribunal Constitucional ha realizado del principio de interpretación más favorable de la legalidad en relación con los derechos fundamentales²⁵¹.

5.3. La inviolabilidad del domicilio de las personas jurídico-privadas y de las personas jurídico-públicas

Una vez descrita la postura del Tribunal Constitucional y de las distintas tendencias doctrinales en torno al tema que nos ocupa, conviene realizar algunas consideraciones acerca de las mismas. Como hemos visto, predomina ahora en el derecho constitucional la tendencia doctrinal que considera que la inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental que asiste a las personas jurídicas por ser compatible con su naturaleza. Tal compatibilidad entre el derecho fundamental y el carácter jurídico de la persona se sustenta en una amplia gama de argumentos que, a continuación, son resumidos.

1) Tal solución se apoya en la doctrina y jurisprudencia extranjera (alemana para Ricardo García Macho²⁵²; italiana, alemana y austríaca para el Tribunal Constitucional²⁵³). En concreto, la idea expresada por el Tribunal Constitucional de que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio beneficia, en el ordenamiento constitucional español, a las personas jurídicas parece tener su origen en un clásico trabajo de Paolo Barile y Enzo Cheli donde se analiza dogmáticamente el artículo 14 CI (Sentencia TC 137/1985)²⁵⁴.

2) Tal solución se deriva de que el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas no protege la intimidad (puesto que sí parece existir acuerdo doctrinal en el principio de que las personas jurídicas carecen de intimidad). Aquí se agudizan los matices: algunos entienden que el derecho protege, en relación con las personas jurídico-privadas, la *privacidad*, una cierta «vida privada» (Ramón Casas Vallés y

²⁵¹ Vid. el trabajo de quien escribe estas líneas, *Derecho...*, págs. 5196-5197. Como allí se indicaba, el principio de interpretación más favorable se ha utilizado en las Sentencias TC 24/1990/2, de 15 de febrero, 34/1983/3, de 6 de mayo y 17/1985/4, de 9 de febrero, entre otras (en la nota 105 de la pág. 5197).

²⁵² *La inviolabilidad...*, pág. 857. Vid., en este sentido, MAUNZ, T.: *Artikel...*, pág. 13-8.

²⁵³ Sentencia 137/1985/3 del Tribunal Constitucional.

²⁵⁴ Se hace referencia, como ya se ha indicado anteriormente, a su voz *Domicilio...*, pág. 864.

Pilar de la Haza utilizan ambos términos²⁵⁵, aunque la última autora citada prefiera referirse a la protección de una cierta «vida privada social». Esto no impide que Pilar de la Haza estime que el derecho protege también la intimidad de las personas físicas²⁵⁶. Para Ramón Casas Vallés, la protección se funda en el concepto de persona (común para las personas físicas y jurídicas)²⁵⁷.

3) También se intenta justificar la atribución del derecho examinado a las personas jurídicas por entender que es adecuado conceder el uso colectivo del derecho de las personas en ella integradas (como ocurre con el derecho a la huelga)²⁵⁸. En este mismo sentido, se ha afirmado que «la persona jurídica merecerá esta protección en la medida en que la merezcan también su vida social y sus fines, y en la medida en que éstos sean expresión de derechos fundamentales de las personas físicas»²⁵⁹ que las conforman.

4) Un cuarto argumento de la atribución del derecho a la persona jurídica es el de conseguir la máxima efectividad del derecho. Se recuerda, en este sentido, que, en general, la plena efectividad de los derechos exige reconocer que la titularidad del mismo no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en «cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental» (Sentencia TC de 12 de abril de 1988) (J. Lorca Martínez)²⁶⁰.

Por último, en esta misma línea, se recuerda el principio de interpretación más favorable de la legalidad en relación con los derechos fundamentales²⁶¹.

Conviene analizar críticamente dichos argumentos. Así, por lo que se refiere al *primer argumento* propuesto, debe aceptarse con prudencia el apoyo en la jurisprudencia y doctrina comparadas. En páginas anteriores, ya se ha señalado como no pueden extrapolarse, sin más, preceptos extranjeros relacionados con la regulación de la inviolabilidad del domicilio (o institutos jurídicos cercanos a aquélla) en relación

²⁵⁵ CASAS VALLÉS, R.: *Inviolabilidad...*, pág. 184 (*privacidad*) y pág. 186 (*vida privada, vida privada social*); HAZA, P. de la: *Observaciones...*, pág. 818.

²⁵⁶ *Observaciones...*, pág. 819.

²⁵⁷ CASAS VALLÉS, R.: *Inviolabilidad...*, pág. 187, en apoyo de la Sentencia 137/1985/3 del Tribunal Constitucional.

²⁵⁸ GÓMEZ OREA, M.: *El derecho...*, pág. 115.

²⁵⁹ LORCA MARTÍNEZ, J.: *Una aproximación...*, pág. 2.

²⁶⁰ *Idem*.

²⁶¹ Lo hace el mismo autor de estas líneas, en *Derecho...*, pág. 5197. En sentido cercano, ÁNGEL J. GÓMEZ MONTORO alude a la *vis expansiva* de los derechos fundamentales (en *Derechos...*, pág. 88).

con la normativa constitucional española²⁶². La solución del problema debe conectarse con el artículo 18.2 de la Constitución española o con la interpretación que de tal precepto se realice.

En este sentido, puede ser interesante recordar, desde un punto de vista general, las Conclusiones Generales del Abogado General Jean Mischo, presentadas ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en relación con los asuntos Hoechst, Dow Benelux y Dow Chemical Iberica (todos contra la Comisión de las Comunidades Europeas). Jean Mischo, tras realizar un exhaustivo análisis comparado (donde examinaba la situación en todos los países comunitarios)²⁶³, concluía que mientras que en algunos ordenamientos se protege a la persona jurídica mediante el reconocimiento del derecho a la inviolabilidad del domicilio (como en España desde 1985), en otros casos ocurre lo contrario (Irlanda, Países Bajos). Aún más, el Tribunal de Justicia comunitario no acepta en este punto el razonamiento del Abogado General entendiendo que «en tanto que el reconocimiento de ese derecho respecto del domicilio particular viene impuesto en el ordenamiento jurídico comunitario como principio común a los derechos de los Estados miembros, no sucede así en lo que se refiere a las empresas, pues los sistemas jurídicos de los Estados miembros presentan divergencias no desdeñables en cuanto a la naturaleza y el grado de protección de los locales empresariales frente a las intervenciones de las autoridades públicas»²⁶⁴. El Tribunal de Justicia estima que, consecuentemente, la inviolabilidad del domicilio no es predicable de las empresas —en sentido lato, de las personas jurídico-privadas—, no

²⁶² No puede realizarse dicha extrapolación con los ordenamientos constitucionales de nuestro entorno, como hace el Tribunal Constitucional en su Sentencia 137/1985, pero tampoco lo contrario. Es decir, no sería válido señalar que en otros ordenamientos constitucionales de nuestro entorno, como el francés, se garantiza solamente la inviolabilidad del domicilio de las personas físicas, para concluir que lo mismo ocurre en nuestro país. Tal afirmación, aunque redundara en beneficio de la tesis defendida en estas páginas, sería también criticable por extrapolar lo que no es, por naturaleza, extrapolable.

En todo caso, y en relación con el Derecho francés, debe recordarse que la inviolabilidad del domicilio, manifestación de la libertad individual (artículo 66 CF), beneficia, como esta última, al individuo. No se cuestiona en la doctrina francesa la posible atribución del derecho a la inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas. En el ordenamiento francés, esta garantía constitucional tiene su reflejo en el Código Penal que tipifica el allanamiento de morada, entendiendo por ésta el lugar donde se habita y sus dependencias anejas (artículo 226.4 CPF).

²⁶³ Análisis en los párrafos 49-96 de las Conclusiones Generales.

²⁶⁴ *Vid.* las Sentencias Hoechst —21 de noviembre de 1989— (párrafo 14), Dow Benelux —de 17 de octubre de 1989— (párrafo 28) y Dow Chemical Iberica —de 17 de octubre de 1989— (párrafo 14).

constituye un «principio común» y no viene, por tanto, impuesto en el ordenamiento jurídico comunitario²⁶⁵.

Hay que tener presente que, en nuestro país, la inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental que, en la actualidad, sirve al bien jurídico intimidad, no siendo extrapolables respecto de ésta nociones surgidas en otros países, tales como la *privacy* o la *vida privada*²⁶⁶. Es cierto, en todo caso, que la vinculación existente en nuestro país entre inviolabilidad del domicilio e intimidad no existe en todos los ordenamientos europeos. Es posible constatar, en Europa, la existencia de dos regímenes distintos del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

El primero es el que impera en Alemania o Italia. En estos países, la inviolabilidad del domicilio se concibe como derecho de cualquier persona —física o jurídica— sobre cualquier lugar privado, ya sea para defender de forma agravada la propiedad (Alemania) o para amparar la libertad personal y la *riservatezza* (Italia). Esta concepción del derecho fundamental, que coexiste con una visión larga —al menos en Italia— del delito de allanamiento de morada²⁶⁷, se muestra en sus respectivas Constituciones. Se ha constatado en este sentido que la doctrina y la jurisprudencia constitucional alemana han optado por esa concepción amplia del derecho, que protege, también, a las personas jurídicas. Se ha indicado también, en relación con el ordenamiento constitucional italiano, que es posible extraer las mismas conclusiones si se recuerda el procedimiento de elaboración del precepto constitucional en el que se recoge el derecho, así como la posición mayoritaria en la doctrina constitucional de aquel país.

Tanto en el caso alemán como en el italiano puede ya deducirse esta idea de la simple lectura de los artículos constitucionales que regulan la materia (artículos 13 LFB y 14 CI, respectivamente). El primero regula de forma separada las entradas instrumentales para el registro, y permite, también, determinadas intervenciones y limitaciones

²⁶⁵ Aunque el análisis realizado en las siguientes páginas lleve a pensar que ni las entidades mercantiles ni las personas jurídicas en general poseen el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no puede negarse que las Sentencias comunitarias citadas contrarían de forma explícita la Sentencia 137/1985, de forma que la protección comunitaria del derecho fundamental es, en principio, inferior a la nacional. Tales problemas se han analizado extensamente por quien escribe estas líneas en *Derecho...*, págs. 5165-5229.

²⁶⁶ Estas cuestiones han sido extensamente tratadas en el capítulo anterior de este mismo trabajo.

²⁶⁷ Que ampara, también, a la persona jurídica, como se muestra en la Sentencia Cass. 23 marzo 1953, citada por PAOLO BARILE y ENZO CHELI, y con el apoyo doctrinal citado en la nota 17 de la página 863 (de su *Domicilio...*).

en el derecho. El artículo 14 CI formaliza las inspecciones y registros, de un lado, y las comprobaciones e inspecciones, de otro, que pueden realizarse en el domicilio. Parece claro que los dos preceptos son, sin duda alguna, menos garantistas que el artículo 18.2 CE.

El segundo modelo europeo de inviolabilidad del domicilio es el francés. En este ordenamiento constitucional la doctrina entiende que el derecho en examen solamente puede atribuirse a las personas físicas, y en relación con sus domicilios (entendidos estos como habitación). Aunque la doctrina no es unánime en cuanto al bien jurídico protegido por el derecho (se duda entre la libertad individual —artículo 66 CF— y la intimidad), sí parece claro que no es atribuible ni a personas jurídicas ni ejercitable por personas físicas sino en sus moradas.

La regulación de la inviolabilidad del domicilio en la Constitución española parece sumarse, en principio, al segundo modelo propuesto. Esta idea puede deducirse de varios argumentos. En primer lugar, el proceso de elaboración del artículo 18.2 muestra claramente como, de un lado, se conecta a la persona física (ya que se trata de un derecho individual²⁶⁸) y, de otro, enlaza con la intimidad. Estas ideas favorecen la formalización constitucional de la inviolabilidad del domicilio como un derecho de titulares y objeto estrictos (persona física y morada, respectivamente), pero de protección más intensa. En segundo lugar, la redacción del artículo 18.2 CE parece apuntar, también, la misma solución. En él, a diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos constitucionales alemán y, sobre todo, italiano, no se incluyen procedimientos de inspecciones y comprobaciones o reconoce intervenciones en el derecho al margen del poder judicial, salvo la del delito flagrante.

En tercer lugar, debe destacarse como las posiciones jurisprudenciales (en particular, la Sentencia TC 137/1985) y doctrinales que, hasta octubre de 1985, han defendido la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas se han basado, o bien en los ordenamientos alemán o italiano, o bien en normas infraconstitucionales. Ricardo García Macho, al defender la titularidad de las personas jurídicas al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio cita, en su apoyo, doctrina y jurisprudencia constitucional alemana. Alejandro Nieto García, cuando defiende la diferente aplicación del derecho a la inviolabilidad del domicilio en relación con personas físicas y jurídicas alu-

²⁶⁸ Como indica el Diputado GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ en el Debate de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso [extraído de SAINZ MORENO, F. (ed.): *Constitución...*, I, pág. 1067].

de, igualmente, a la idea alemana de los derechos debilitados. Estos autores incurren, quizás, en el mismo error lógico, cual es la extrapolación de institutos que tienen en común poco más que el nombre²⁶⁹.

Las razones anteriormente esgrimidas ponen de manifiesto lo limitado del método comparado en materia de inviolabilidad del domicilio. La cuestión no es, en modo alguno, baladí. Debe tenerse en cuenta que la extensión del derecho a la inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas tiene por consecuencia inevitable el debilitamiento del mismo derecho. Como Giuliano Amato ha señalado, acertadamente, cuanto más se amplíe el objeto sobre el que recae (el concepto constitucional de domicilio) —y reconocer la titularidad del derecho a las personas jurídicas es una forma de hacerlo—, correlativamente menor será el interés protegido²⁷⁰.

En efecto, si se entiende, por ejemplo, que el artículo 18.2 CE beneficia a las personas físicas en su bien jurídico intimidad y en su morada, la protección deparada por el derecho se hace más rígida y garantista. Si se defiende, por el contrario, que la inviolabilidad del domicilio es predicable, asimismo, de las personas jurídicas y que recae sobre sus locales, deberá reconocerse también que es necesario realizar mayores intervenciones en el derecho para asegurar la protección de otros intereses públicos (como son las inspecciones sanitarias y de trabajo que incidirían, entonces, en el derecho fundamental reconocido en el artículo 18.2 CE).

Es posible defender, como algunos autores hacen (A. Nieto) con apoyo en el Derecho alemán, que las personas jurídicas tendrían un derecho fundamental *debilitado* a la inviolabilidad del domicilio, de contenido más limitado que el referido a las personas físicas. Pero esto supondría desconocer en determinadas ocasiones (por ejemplo, en relación con las entradas administrativas de inspección ordinaria, de naturaleza sanitaria o laboral) el mecanismo constitucional que debe presidir, en principio, las entradas domiciliarias (que es, como veremos con mayor detalle en la segunda parte de este trabajo, la resolución judicial). No parece de recibo justificar que las citadas entradas administrativas u otras de similar naturaleza pudieran realizarse

²⁶⁹ Es cierto que RICARDO GARCÍA MACHO cita, también, en su apoyo el trabajo de PABLO LUCAS VERDÚ (*La inviolabilidad...*, pág. 857, nota 7), pero no es menos cierto que la posición mantenida por este último autor no está claramente justificada. PABLO LUCAS VERDÚ basa su idea en que las normas reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículos 545 y ss.) se refieren a la entrada en lugar cerrado y, por su tenor literal, pueden amparar también a las personas jurídicas.

²⁷⁰ AMATO, G.: *Articolo...*, pág. 57. *Vid.*, también, PAGANETTO, G.: *Libertà...*, págs. 1782-1783.

sin el amparo preceptivo de una resolución judicial (salvo en los casos en los que sea necesario realizar una entrada inminente para preservar una componente prevalente del orden público —en el sentido dado a éste último término en el primer capítulo de la segunda parte del presente trabajo—). Podría evitarse este escollo entendiendo que, en relación con las personas jurídicas, el derecho fundamental solamente tendría vigencia en algunos de sus locales (aquéllos donde se encuentre, por ejemplo, los órganos de dirección). Esta nueva aportación, sin embargo, tampoco puede ser compartida. Se discrepa de ella no sólo porque cuestiona el principio de seguridad jurídica (es difícil determinar en cada caso cuáles son tales locales), sino porque contrasta con la idea clásicamente admitida de que no todo local de uso privativo de una persona física (garaje particular,...) constituye su domicilio a efectos constitucionales.

En todo caso, el Tribunal Constitucional y un importante sector doctrinal ha defendido (con cierta dosis de voluntarismo terminológico, puesto que se alude en todo caso a la noción material de intimidad) que la inviolabilidad del domicilio protege en relación con las personas jurídicas bienes jurídicos distintos a la intimidad, como son la *vida privada*, la *vida privada social* o la *privacidad*, entre otros. Éste era, recuérdese, el segundo argumento utilizado para defender la titularidad de las personas jurídicas en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Este *segundo argumento* no puede ser compartido. Su asunción conlleva no sólo distorsionar la naturaleza jurídica del derecho, sino, sobre todo, soportar servidumbres que, aunque no han sido puestas de manifiesto hasta este momento en la doctrina, hacen a todas luces inconveniente sustentar tal posición.

La mayor distorsión creada es la de pretender que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio no tenga relación con (el bien jurídico de) la intimidad. Si bien en páginas anteriores de este trabajo se ha analizado extensamente tal conexión²⁷¹, merece la pena mostrar como incluso la jurisprudencia constitucional no puede evitar realizar referencias a la intimidad. En efecto, en la propia Sentencia TC 137/1985, en la que se ha afirmado la titularidad de las personas jurídicas en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, se contiene también una (importante) alusión al bien jurídico intimidad, cuando el Tribunal Constitucional estima que «la demanda pretende una reposición de actuaciones no se encuentra en ninguna ale-

²⁷¹ Especialmente, en el epígrafe *Inviolabilidad del domicilio e intimidad*, del capítulo anterior.

gada violación de la intimidad que pudiera entroncarse con el genuino significado del artículo 18.2 de la Constitución española»²⁷², lo que determina la desestimación del recurso de amparo interpuesto.

La conexión existente entre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y el bien jurídico intimidad no implica que la inviolabilidad del domicilio pierda sustantividad, ya que, si bien es cierto que la finalidad de los derechos fundamentales contenidos en los artículos 18.1, 2 (y 3) de la Constitución puede ser proteger la intimidad, tal protección no se realiza de idéntica forma en los tres apartados. Mientras que en el primero de los casos, se reconoce un derecho material a la intimidad, los apartados segundo y tercero del artículo 18 CE *congelan* el domicilio y las comunicaciones, por ser los campos primordiales donde aquélla se desenvuelve. Ello no significa que para que haya vulneración del domicilio deba producirse una vulneración material de la intimidad (R. Casas Vallés)²⁷³, sino que, por contra, toda vulneración domiciliaria presupone una vulneración de la intimidad (no siendo necesario constatar más que la entrada ilegítima en el domicilio).

Por ello, no parece de recibo la afirmación de que cuando el Tribunal alude a ciertas características esenciales de las personas físicas, como es la intimidad (en la Sentencia TC 137/1985), lo haga por ser ésta una característica esencial de ellas (R. Casas Vallés²⁷⁴). El Tribunal no se refiere a la intimidad por ser éste un carácter de la persona física ajeno a la inviolabilidad del domicilio (como son la vida, la integridad física o la libertad personal), sino porque constituye el bien jurídico protegido por el derecho.

Más aún, si se acepta que las personas jurídicas son titulares del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, parece lógico que, cuando aleguen una vulneración en su derecho, el Juzgado o Tribunal solamente deba examinar si se ha dado o no una entrada en su domicilio (el que sea). Esto es así porque, como ya se ha indicado, cualquier entrada domiciliaria que no respete las exigencias derivadas del artículo 18.2 CE conlleva la presunción *iuris et de iure* de vulneración material de la intimidad. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no ha seguido este método de actuación cuando una empresa mercantil ha alegado la vulneración del derecho fundamental recogido en

²⁷² Sentencia TC 137/1985/6. Lo mismo ocurre en la jurisdicción ordinaria, como muestra, por ejemplo, el Fundamento primero de la Sentencia de 23 de noviembre de 1990 del Juzgado de lo Penal número 20 de Barcelona.

²⁷³ En relación con el secreto de las comunicaciones en *Inviolabilidad...*, pág. 172.

²⁷⁴ *Inviolabilidad...*, pág. 188.

el artículo 18.2 CE. Ha preferido indicar, en la Sentencia TC 137/1985, que en el caso que examinaba no había existido vulneración material de la intimidad constitucionalmente garantizada. Con esta afirmación, el Tribunal Constitucional traslada la impugnación sobre el derecho reconocido en el artículo 18.2 CE (que para su resolución solamente exigía plantearse si la entrada realizada en la empresa tenía o no cobertura constitucional) al campo del 18.1 CE, que es el único donde es preciso examinar, caso por caso, si la intimidad ha sido materialmente desconocida. De esta forma, el Tribunal Constitucional vacía de contenido (de contenido propio, se entiende) al derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas que acaba de reconocer.

Esta exigencia ha sido solamente desconocida por el Tribunal Constitucional en una única ocasión: precisamente, en la citada Sentencia 137/1985, donde afirma, también, que el derecho contenido en el artículo 18.2 CE beneficia a las personas jurídicas. Cuando el Tribunal afirma que no ha existido vulneración material de la intimidad lo que está haciendo es, de un lado, examinar el asunto bajo el artículo 18.1 y no sobre el 18.2 CE y, de otro, vaciar de contenido el presunto derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas.

Algunos de los autores que defienden que la inviolabilidad del domicilio asiste a las personas jurídicas son conscientes de esta realidad y optan por entender que si bien es cierto que la inviolabilidad del domicilio protege la intimidad de las personas físicas, lo que ampara en relación con las personas jurídicas es la *vida privada* y la *privacidad* (R. Casas Vallés), o la *vida privada social* (P. de la Haza). No obstante, tal solución conlleva más una ambigüedad terminológica que de fondo, puesto que en el capítulo anterior se ha demostrado como las nociones de *vida privada* y «*privacidad*» —que tienen un distinto origen y contenido—, son extrañas al ordenamiento constitucional español. La intimidad es el único instituto jurídico que ha sido elaborado en nuestro país y el único término que aparece en el texto constitucional; aun cuando se quisiera defender la existencia de un concepto material autónomo de *vida privada* o «*privacidad*», tampoco podría predicarse éste de las personas jurídicas. Las personas jurídicas pueden tener secretos comerciales, pero no tienen vida privada (entendida ésta como exigencia del desarrollo de la personalidad)²⁷⁵.

Por ello, el reconocimiento del derecho a la inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas no supone un avance en la protección

²⁷⁵ Idea que es pacífica en nuestra doctrina. *Vid.*, por todos, NIETO GARCÍA, A.: *Actos...*, pág. 11.

del derecho fundamental, sino que, por el contrario, desnaturaliza el derecho. Esta afirmación se muestra claramente si se analizan las servidumbres que coherentemente acompañan a la defensa de la titularidad de las personas jurídicas sobre el derecho contenido en el artículo 18.2 CE.

En efecto, lo que se discute no es que la inviolabilidad del domicilio pueda extenderse a locales que no sirvan de habitación; es decir, que, por ejemplo, el profesor universitario sea titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio de su despacho en su centro universitario. Ese problema, que consiste en determinar si la inviolabilidad del domicilio puede recaer sobre otros lugares íntimos distintos a la morada, se analizará más adelante, cuando se aborde el concepto constitucional del domicilio. Lo que aquí se discute es diferente: se trata de saber si la persona jurídica puede invocar la inviolabilidad del domicilio sobre alguno de sus locales. En el ejemplo anteriormente propuesto, la cuestión sería saber si la Universidad en cuestión podría impugnar la entrada ilegítima realizada en el despacho de un profesor universitario²⁷⁶.

Planteado así el problema, parece evidente que no está en juego la intimidad de la persona jurídica (la Universidad en el ejemplo propuesto). Lo que legitima a la persona jurídica para que ésta pretenda amparar su derecho a la inviolabilidad del domicilio es, en último extremo, la propiedad (u otro derecho real) sobre el local. Aún más, algunos autores entienden que si bien las personas jurídicas pueden ser titulares del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, no lo son sus empleados (R. García Macho)²⁷⁷. Llegamos así a una paradójica conclusión: en el ejemplo propuesto, el profesor universitario afectado no podría hacer valer su derecho a la inviolabilidad del domicilio para asegurar su intimidad personal (—aunque le quede abierta la vía del 18.1 CE—) mientras que la Universidad, que no se ve (no puede verse afectada) en su intimidad, puede utilizar la vía del 18.2 —aun en contra de la voluntad del profesor afectado— por ser propie-

²⁷⁶ Debe recordarse, en este sentido, como el Tribunal Constitucional admitía la titularidad por parte de las personas jurídicas del derecho reconocido en el artículo 18.2 CE apoyándose, entre otros, en el argumento de que las personas jurídicas podían ser titulares de viviendas (Sentencia TC 137/1985/3). Desconecta titularidad y derecho a la inviolabilidad del domicilio PAOLO G. NACCI en relación con el Derecho italiano (en *Libertà...*, pág. 41).

²⁷⁷ GARCÍA MACHO, R.: *La inviolabilidad...*, pág. 857, que parece apoyarse en MAUNZ, T.: *Artikel...*, pág. 13-8. La cuestión de si los trabajadores pueden contar con la inviolabilidad domiciliaria en los lugares donde desarrollan su trabajo se analizará al hilo del examen del concepto constitucional del domicilio.

taria del local y en defensa de un bien jurídico cuya determinación resulta —como poco— difícil de localizar.

Planteando el problema en términos abstractos, tal posición parece incurrir en cierto absurdo lógico. Mientras que en relación con la persona física, la jurisprudencia y doctrina constitucional han constatado como este derecho no protege la propiedad, sino la intimidad (o, si se prefiere, la intimidad localizada espacialmente) —incluso del precarista—; en relación con la persona jurídica bastaría la propiedad del local para poder amparar el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Por todas las consideraciones que se acaban de realizar, parece conveniente rechazar el argumento doctrinal que pretende desconectar el derecho a la inviolabilidad del domicilio del bien jurídico intimidad (ya sea de forma general o, al menos, en relación con las personas jurídicas). Ello no impide, como ya se indicó en el capítulo anterior de este mismo trabajo, que la inviolabilidad del domicilio puede servir, en ocasiones concretas, para proteger de forma adicional otros bienes jurídicos, ya que esta posibilidad no permite mutar los elementos que definen el derecho fundamental (como es el de sus titulares activos o el de su objeto, entre otros).

El *tercer argumento* esgrimido en favor de la titularidad de las personas jurídicas en relación con la inviolabilidad del domicilio se basaba en la defensa instrumental del derecho fundamental de sus asociados (M. Gómez Orea).

Debe hacerse notar como, en puridad, lo que se plantea no es que las personas jurídicas sean titulares del derecho fundamental sino que, simplemente, tengan un interés legítimo²⁷⁸ en la preservación del derecho fundamental de sus miembros. Es el reconocimiento de una legitimación por sustitución²⁷⁹.

Ciertamente, el Tribunal Constitucional ha mantenido, en un primer momento, una concepción amplia del interés legítimo, permitiendo así que ciertas personas jurídico-privadas pudieran promover la defensa de derechos fundamentales ajenos²⁸⁰ (de ahí el nombre de

²⁷⁸ Vid. los artículos 161.1.b) CE y 46 LOTC y las Sentencias TC 141/1985/1, de 22 de octubre y 4/1982/1, así como los Autos TC 297/1982/1, 524/1984/2, 771/1984/1, 1178/1988/2 y 139/1985/1.

²⁷⁹ Término más extendido en la doctrina (*vid.*, por ejemplo, DÍAZ LEMA, J. M.: *¿Tienen...?*, pág. 1166 y ss.). También llamada legitimación derivada por IÑAKI LASAGABASTER HERRATE (en *Derechos...*, pág. 657). Junto a ella debe recordarse la existencia de una legitimación institucional en favor del Defensor del Pueblo y del Ministerio Fiscal (sobre ésta última, *vid.* la Sentencia TC 86/1985/1, de 10 de julio).

²⁸⁰ No debe olvidarse como, en último extremo, el objeto del amparo constitucional

legitimación por sustitución). Se entendía, por ejemplo, que los Sindicatos estaban legitimados²⁸¹ para defender derechos cuya titularidad recaía en los trabajadores²⁸²; se les permitía así defender derechos fundamentales de ejercicio corporativo²⁸³.

La formulación teórica más completa de esta jurisprudencia del Tribunal se muestra en el Auto 942/1985, de 18 de diciembre. En él el Tribunal recoge la distinción entre derechos y libertades, utilizando como criterio de distinción la calidad de sujetos que pueden exigir su protección: mientras que la protección procesal constitucional de los derechos solamente puede ser activada por los titulares del derecho, la de las libertades puede ser demandada también por otros sujetos²⁸⁴.

No obstante, el Tribunal ha revisado estas ideas cuando diversas personas jurídico-públicas han pretendido acceder al amparo constitucional alegando un interés legítimo para hacerlo. Ha optado por entender que derecho subjetivo e interés legítimo son nociones muy cercanas²⁸⁵, lo que lleva a exigir que el recurrente sea, en todo caso, y cuando menos, potencial titular del concreto derecho fundamental objeto del recurso²⁸⁶. En caso contrario, entiende el Tribunal, el amparo

es, siempre, un derecho fundamental (artículo 53.2 CE). En palabras de JOSÉ MARÍA DÍAZ LEMA, «el interés legítimo permite la legitimación por sustitución, pero en defensa de y sólo los derechos fundamentales» (en *¿Tienen...?*, pág. 1166).

²⁸¹ Ya que poseen un interés legítimo en ellos. En el contexto de esta fase jurisprudencial, donde se hace hincapié en la autonomía de tal interés legítimo se afirmará que éste es más amplio que el interés directo [regulado en el artículo 28.1.a) LJC-A] (Sentencia TC 60/1982/3, de 11 de octubre; Auto TC 139/1985/3). Esta idea se recoge también en LASAGABASTER HERRARTE, I.: *Derechos...*, pág. 655. Por su parte, JOSÉ M. DÍAZ LEMA duda de tal afirmación ya que, si bien el interés directo permitió a la Unión Sindical de Policía agotar la vía previa, no era portador de un interés legítimo para recurrir en amparo, según el Tribunal Constitucional (en su Sentencia 141/1985) (en *¿Tienen...?*, pág. 1173). El último autor citado señala que interés directo e interés legítimo se distinguen en su estructura interna. Mientras que la del interés directo es bipolar (recurrente/situación jurídica que se deduce en juicio), la del interés legítimo es triangular (recurrente/derecho fundamental ajeno/situación jurídica) (*idem*).

²⁸² *Vid.* las Sentencias TC 31/1984/4, de 7 de marzo y 141/1985/1 y el Auto TC 240/1982/2, de 1 de julio.

²⁸³ En expresión de DÍAZ LEMA, J. M.: *¿Tienen...?*, pág. 1175.

²⁸⁴ Auto TC 942/1985/1. No obstante, desde un punto de vista general, JOSÉ M. DÍAZ LEMA ha señalado que la posición jurisprudencial que distingue entre derechos y libertades es arriesgada, porque no siempre son fáciles de trazar las fronteras entre derechos y libertades según el caso indicado (lo individual frente a lo colectivo) (en *¿Tienen...?*, pág. 1172).

²⁸⁵ Sentencia TC 64/1988/1. JOSÉ M. DÍAZ LEMA, recuerda como, para FERNANDO GARRIDO FALLA, podrá invocar el interés (legítimo) quién sea, cabalmente, el titular del derecho o libertad violada (en *¿Tienen...?*, págs. 1160 y 1164).

²⁸⁶ Autos TC 1178/1988/2 y 135/1985/3. Excepcionalmente, el Auto TC 139/1985/3 sigue haciendo referencia sustantiva a la noción de interés legítimo. *Vid.*, también, la

se convertiría en un atípico medio de defensa de los intereses (en sentido lato) de los actos de la Administración, que siempre podrían invocar su interés legítimo en la preservación de derechos fundamentales de los ciudadanos²⁸⁷. Una consecuencia añadida de la revisión jurisprudencial es el reconocimiento por parte del Tribunal de la titularidad de derechos para las personas jurídico-privadas. El Tribunal entenderá, en efecto, que los sindicatos, al impulsar el amparo, no muestran un interés legítimo en la defensa de los derechos de los trabajadores, sino que están preservando *su* derecho a la libertad sindical²⁸⁸ o «que el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos lo pueden ejercer los partidos políticos, que el derecho de asociación lo pueden ejercer no sólo los individuos que se asocian, sino también las asociaciones ya constituidas, y que el derecho a la libertad de la acción sindical corresponde no sólo a los individuos que fundan sindicatos o se afilian a ellos, sino también a los propios sindicatos»²⁸⁹.

De esta forma, el Tribunal asimila en la práctica las nociones de interés legítimo y titularidad del derecho en relación con las personas jurídicas²⁹⁰ (en cuanto señala que para invocar la existencia del interés legítimo se debe ser, al menos, potencial titular del derecho).

Por las razones que se acaban de esgrimir no puede aceptarse como válido el argumento de que las personas jurídicas deban ser consideradas titulares del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio para que puedan canalizar el derecho fundamental de sus miembros. Y ello porque, de un lado, no es lo mismo ser titular del derecho que estar legitimado para interponer un recurso relativo a su defensa. De otro porque la jurisprudencia más reciente del Tribunal Constitucional en la materia exige, como ya se ha señalado, que el recurrente que alegue un interés legítimo sea eventual titular

reciente Sentencia TC 74/1996/4 y 5, de 30 de abril y el Voto Particular, debido al magistrado MANUEL JIMÉNEZ DE PARGA, que la acompaña.

²⁸⁷ *Vid.*, en concreto, los Autos TC 135/1985/2 y 139/1985/2. *Vid.*, también, el Auto TC 181/1982/ún., de 19 de mayo.

²⁸⁸ Auto TC 731/1986/3, de 24 de septiembre, que muestra una fundamentación diferente a la mantenida en la citada Sentencia 31/1984, sobre la legitimación de sustitución, a la que ya se ha hecho referencia.

²⁸⁹ Sentencia TC 64/1988/1. Recientemente el Tribunal Constitucional ha señalado, en esta misma dirección, que las personas jurídico-privadas son titulares del derecho fundamental al honor (Sentencia 139/1985/5, de 26 de septiembre). Esta idea va más allá de la mantenida, en el mismo asunto, por el Ministerio Fiscal, que entendía que la persona jurídica podía hacer valer el derecho al honor que tienen, en todo caso, las personas físicas que la conforman (Antecedente 9).

²⁹⁰ Sin embargo, el Tribunal ha seguido utilizando un concepto más abierto del interés legítimo en relación con sujetos distintos, como son, por ejemplo, los grupos parlamentarios (*vid.*, por todas, la Sentencia TC 81/1991/1, de 22 de abril).

del derecho fundamental afectado. Por ello no es posible decir que la persona jurídica puede ser titular del derecho fundamental porque puede alegar el derecho a la inviolabilidad del domicilio de sus miembros. El planteamiento del problema debiera ser, en todo caso, el contrario.

Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia puede variar en el futuro. Es posible, en efecto, que el Tribunal decida volver a potenciar, nuevamente, la noción de interés legítimo²⁹¹. Pero aun en ese supuesto, es pertinente recordar que en el Auto 942/1985, en el que el Tribunal utilizó una noción amplia de interés legítimo, la inviolabilidad del domicilio se concebía como un derecho de estricto ejercicio personal y no como una libertad²⁹².

De hecho, el Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo interpuesto por el Ayuntamiento de Basella contra una orden (de 20 de abril de 1977) del Ministerio de Obras Públicas (y las Sentencias que la confirmaron), porque no existe, a su juicio, vulneración del derecho fundamental, y lo hace, «sin entrar en consideraciones acerca de la legitimación del Ayuntamiento de Basella para recurrir en amparo frente a actos que no lesionan derechos propios de tal Ayuntamiento, sino de los vecinos que integran el Municipio, individualmente considerados»²⁹³.

Por último, la misma solución debe retenerse si se parte del criterio apuntado por el Tribunal Constitucional²⁹⁴ y respaldado por la doc-

²⁹¹ Podría pensarse que si las personas jurídicas no pueden hacer valer el derecho a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 CE) por carecer de intimidad, tampoco pueden hacer lo propio en relación con el secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE). Pero, es posible que las personas jurídicas ostenten una suerte de legitimación por sustitución respecto de las personas físicas que la conforman, la crean y la sustentan para defender su derecho al secreto de las comunicaciones. Esta legitimación tiene sentido en el marco del derecho al secreto de las comunicaciones, porque el constituyente ha decidido proteger todas las comunicaciones, pero no respecto de la inviolabilidad del domicilio porque el derecho beneficia sólo a determinados locales, aquéllos que pueden calificarse constitucionalmente de domicilio. La garantía universal de las comunicaciones hace que sea aplicable a la comunicación que se realiza a través de cualquier tipo de aparato técnico, sea de titularidad pública o privada. La utilización de una cabina telefónica no empece la cobertura del derecho constitucional. Sin embargo, es obvio que la inviolabilidad del domicilio no alcanza a cualquier tipo de locales. Los locales públicos se ven excluidos del derecho fundamental. El domicilio constitucional es aquél en el que se expresa la intimidad personal, y define un ámbito espacial delimitado.

²⁹² Auto TC 942/1985/1.

²⁹³ Auto 325/1984/ún., de 30 de mayo. *Vid.*, también, el Auto TC 272/1985/3, de 24 de abril y, en el plano doctrinal, BARCELONA LLOP, J.: *Ejecutividad...*, págs. 543-544.

²⁹⁴ *Vid.* la Sentencia TC 137/1985/3 *in fine*.

trina²⁹⁵ de entender que las personas jurídicas están legitimadas para defender los intereses que marcan el fin del propio ente colectivo (y de los miembros que en ella participan). La razón es que mientras determinados derechos fundamentales admiten una defensa colectiva (derecho de huelga, en relación con los sindicatos; libertad de expresión y de información, en relación con la creación de un nuevo medio de comunicación), otros no justifican la creación de una persona jurídica que persiga su efectividad. Es decir, no parece de recibo sostener que una persona jurídica se ha constituido para defender la inviolabilidad del domicilio. Por ello, los fines de la persona jurídica deben revelarse de todo punto irrelevantes para el reconocimiento o la negación del derecho a la inviolabilidad del domicilio o de la legitimación para impugnar vulneraciones del derecho de terceros.

No puede compartirse tampoco el *cuarto argumento* propuesto, que apoyaba la titularidad de las personas jurídicas sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio en la apelación a una mayor efectividad del derecho fundamental, de la cláusula del Estado social (J. Lorca Martínez) y del principio de interpretación más favorable de la legalidad en relación con los derechos fundamentales (como defendió el mismo autor de estas páginas). Si bien es cierto que la cláusula social de nuestro Estado potencia el papel de los grupos en la sociedad, no se derivan (no pueden derivarse) de ella derechos que —como se ha visto en líneas anteriores— no son compatibles con la naturaleza de las personas jurídicas. Tampoco los aludidos principios interpretativos (de mayor efectividad y de interpretación más favorable) pueden ser utilizados para alterar el contenido del derecho²⁹⁶, ya que tal utilización podría llevar a reconocer todos los derechos fundamentales a las personas jurídico-privadas (haciendo construcciones extensivas de las nociones de vida, integridad física, etc...).

Si se rechazan todos y cada uno de los argumentos, examinados *grosso modo*²⁹⁷, deberá concluirse que las personas jurídico-privadas

²⁹⁵ Son las afirmaciones, ya examinadas en páginas anteriores, de MANUEL GÓMEZ OREA y JOSÉ LORCA MARTÍNEZ (en *El derecho...*, pág. 115 y en *Una aproximación...*, pág. 2, respectivamente).

²⁹⁶ Aún más, la utilización de tales principios exige acotar, como mínimo a los efectos de su aplicación, el contenido de los derechos afectados.

²⁹⁷ Es decir, sin entrar a analizar otros problemas menores que plantearía la defensa de la titularidad de la inviolabilidad del domicilio por parte de las personas jurídicas. En este sentido, entender que tal derecho se predica solamente de algunas personas jurídico-privadas (y no de otras) significaría también diferenciar (quizás discriminar) esas personas jurídicas que están o no están amparadas por el derecho *in genere* (como se verá más adelante, el problema de las personas jurídico-públicas es radicalmente diferente). Tampoco se presenta exento de problemas la posición doctrinal que estima que sólo

no *deben* ser consideradas (porque *no pueden serlo*) titulares del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

Será necesario, por lo tanto, dar la razón a quienes mantienen que sólo las personas físicas son titulares del derecho fundamental. Ésta es, además, la posición más coherente con la delimitación del bien jurídico realizada en el capítulo anterior de este mismo trabajo. Fue entonces cuando se puso de manifiesto que la inviolabilidad del domicilio protege la intimidad. Y, como ya se ha indicado, la persona jurídica carece de la misma, por lo que parece un contrasentido atribuirle la inviolabilidad del domicilio (como, al igual, sería absurdo reconocerles un derecho a la vida o a la integridad física).

Afirmar que las personas jurídicas no son titulares del derecho fundamental en examen explica, junto a esto, por qué la formulación constitucional española de la inviolabilidad del domicilio es tan diferente a la recogida en otros ordenamientos constitucionales de nuestro entorno (como son la italiana o la alemana). Se conecta, en especial, con el contenido más resistente del derecho fundamental en el Derecho español respecto de los modelos antes citados, que es entendible solamente si el concepto constitucional del domicilio es más restringido y no beneficia a las personas jurídicas. Ello no supone, ello es claro, que cualquiera pueda invadir libremente locales de tipo empresarial o asociativo, sino más simplemente que no está en juego el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, aunque puedan ser aplicables otras normas (como son las que protegen, por ejemplo, los derechos reales de los mismos locales), que, en ocasiones, pueden tener dimensión constitucional (en el caso propuesto, posiblemente se vea cuestionada la libertad de empresa —artículo 38 CE—).

Las personas jurídico-públicas tampoco son titulares del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. En efecto, debe recordarse —desde un punto de vista general— que las personas jurídicas no tienen un ámbito de libertad que deba ser protegido. Aún más, lo que se pretende en el Estado constitucional es someter al mismo Estado (es decir, a los poderes públicos en general) a Derecho. Las per-

determinados actos de la persona jurídico-pública están amparados por el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Respalda tal tesis, significa renunciar al carácter absoluto del mismo (donde se considera que el espacio es íntimo por ser un espacio concreto), desplazando el problema hacia la posible vulneración material de la intimidad (vulneración imposible por otra parte, en relación con las personas jurídicas). En fin, se descarta también los problemas planteados por la existencia de un local ocupado por varias personas jurídicas.

sonas jurídico-públicas no tienen derechos fundamentales sino competencias. Cierto es que desde el momento en que ciertos principios del ordenamiento (como la igualdad) o ciertas garantías procesales (en sí mismas también elementos del derecho subjetivo²⁹⁸) se subjetivizan, convirtiéndose en derechos fundamentales, estos derechos fundamentales (contenidos en los artículos 14 y 24 CE) pueden predicarse también de las personas jurídico-públicas. Pero esto no ocurre porque éstas tengan una capacidad general para ser titulares de derechos constitucionales, sino por la especial naturaleza de los derechos contenidos en los artículos 14 y 24 CE.

Estas ideas se refuerzan en relación con el particular derecho a la inviolabilidad del domicilio, ya que, como se ha indicado con anterioridad, el Tribunal ha exigido que para que la persona jurídico-privada pueda hacer valer el derecho «venga a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de la tutela constitucional»²⁹⁹, lo que es imposible en las personas jurídico-públicas. En efecto, si bien es posible que las personas jurídicas actúen como particulares, parece más difícil admitir que tales actuaciones privadas puedan alterar el carácter de los locales de los poderes públicos.

Todas las razones expuestas llevan a considerar, de un lado, que las personas jurídico-públicas no son tampoco titulares del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Pero también aconsejan entender, de otro, que la nueva regulación penal³⁰⁰ que tipifica como delito la entrada realizada por particulares o funcionarios públicos en los locales de personas jurídico-públicas o privadas, pese a que pretende desarrollar la jurisprudencia contenida en la Sentencia TC 137/1985, entre otras, no pueden considerarse garantía normativa del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

6. LA EFICACIA DEL DERECHO FUNDAMENTAL FRENTE A TERCEROS

Que los derechos fundamentales en general y la inviolabilidad del domicilio vincula al Estado es una afirmación que no necesita mayor

²⁹⁸ Si se le negara el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) a las personas jurídico-públicas, éstas no podrían hacer valer sus derechos subjetivos, lo que les situaría en una clara situación de desventaja e indefensión.

²⁹⁹ Sentencia TC 137/1985/3.

³⁰⁰ Se alude a los artículos 203 y 204 del Código Penal aprobado mediante LO 10/1995.

justificación. Es sabido que los derechos constitucionales surgen para limitar la actuación de los poderes públicos.

Lo que suscita mayores problemas es saber si el derecho fundamental debe ser también respetado por otros particulares. Se alude, así, al problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Es conveniente recordar, como se ha indicado en ocasiones, que tales derechos (o, al menos, algunos de ellos) son absolutos (en el sentido de que se imponen a todos) y no relativos (por vincular exclusivamente al Estado). Ello nos lleva al importantísimo problema de la *Drittwirkung*; es decir, de la eventual eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares. La posible *Drittwirkung* de los derechos fundamentales, que ha provocado un encendido debate en nuestra doctrina³⁰¹, parte de la creencia de que el Estado social, que persigue una igualdad efectiva, tiene por efecto imponer el respeto de los derechos fundamentales no sólo a los poderes

³⁰¹ La tesis expuesta por JESÚS GARCÍA TORRES y ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO (en *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid, 1986) puede resumirse en los siguientes puntos: a) ninguna disposición constitucional permite hablar de la existencia de *Drittwirkung* en nuestro ordenamiento jurídico; b) no obstante puede defenderse su existencia (entre otros argumentos recogidos en las págs. 49-50, defienden el de su derivación de la forma social del Estado). En todo caso, no debe confundirse el problema sustancial de la *Drittwirkung* con el procesal. Defender la *Drittwirkung*, desde el punto de vista sustantivo, supone afirmar la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros, una eficacia que puede ser mediata (*mittelbare Drittwirkung*), a través del órgano judicial o del legislador, o inmediata (*unmittelbare Drittwirkung*), esto es, *ex constitutione*. La garantía de esta posible eficacia corre a cargo de la jurisdicción ordinaria. Este problema, ciertamente complejo, no debe mezclarse, en ordenamientos como el nuestro, con la cuestión procesal del ámbito objetivo del recurso de amparo constitucional; es decir, con el posible acceso de los conflictos entre particulares a la jurisdicción constitucional, acceso limitado por el artículo 41.2 LOTC a las demandas dirigidas contra actos de poderes públicos. Los citados autores critican el expediente de la *asunción judicial* ideado por el Tribunal Constitucional para sortear este obstáculo legal, que consiste en imputar al órgano judicial la violación del derecho fundamental supuestamente cometida en un primer momento por un particular y no reparada oportunamente en sede judicial (*vid.*, entre otras muchas, las Sentencias TC 47/1985/5, de 27 de marzo; 6/1988/1 y 51/1988/1, de 22 de marzo). Este mecanismo ya fue adelantado de alguna manera por TOMÁS QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (en *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Madrid, 1981).

JAVIER BALLARÍN, en su comentario al libro de JESÚS GARCÍA TORRES y ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO («Derechos fundamentales y relaciones entre particulares [La *Drittwirkung* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional]», *REDC*, 24 (1988), págs. 283-315) se muestra claramente favorable a la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales (*vid.*, pág. 84 y ss.) y a la solución procesal adoptada por el Tribunal Constitucional. Y ello porque, a su juicio, el artículo 41.2 LOTC «no prohíbe que lleguen al Tribunal Constitucional controversias dimanantes de la lesión de un derecho fundamental por un particular, sino que establece el modo en que pueden llegar: mediante la impugnación de un acto del poder público» (pág. 306).

públicos, sino también a los particulares. Se habla así de la eficacia pluridireccional³⁰² de los derechos fundamentales, y se ampara ésta en argumentos normativos³⁰³, y, sobre todo, jurisprudenciales³⁰⁴.

La presente investigación no pretende resolver el problema de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales en general, tarea que, de un lado, debe inscribirse en el marco de una teoría general de los derechos fundamentales en España³⁰⁵ y, de otro, ha sido recientemente abordada con gran acierto en nuestra doctrina³⁰⁶. En efecto, en relación con las siguientes páginas, que pretenden estudiar la inviolabilidad del domicilio, debe analizarse exclusivamente la existencia (o inexistencia) de la eficacia horizontal del derecho, conectada tradicionalmente con la garantía penal del mismo.

La existencia de una legislación —en este caso penal— puede, en puridad, diferenciar este problema del de la vinculación directa de la Constitución a los particulares (la llamada *unmittelbare Drittwirkung*)³⁰⁷. No obstante, desde un punto de vista práctico, su reconducción se presenta posible. La cuestión es saber si la garantía penal tiene

³⁰² ROSALIA D'ALESSIO (en *Articolo...*, pág. 88).

³⁰³ La defensa de la *Drittwirkung* se apoya en el artículo 9.1 CE y en las secciones primera y tercera de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona que recogen, respectivamente, las garantías penal y civil.

³⁰⁴ *Vid.* las Sentencias TC 2/1982/4, de 29 de enero y, especialmente, 18/1984. Es abundante la jurisprudencia constitucional relacionada con conflictos laborales (*vid.*, por todas, la Sentencia 88/1985/2, de 19 de julio).

³⁰⁵ No existen todavía en nuestro ordenamientos obras comparables a la de ROBERT ALEXY (*Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de ERNESTO GARZÓN VALDÉS. Madrid, 1993). Y ello, quizás, porque poco más que el concepto de derecho fundamental es compartido por todos los derechos fundamentales. Un análisis sumario muestra que cada derecho debe construirse desde su propia concepción y contenido. Hay derechos que deben ser respetados de forma preponderante —sino exclusiva— por parte del Estado (los contenidos en los artículos 23.2 ó 27.1 CE en su primera frase). Otros, por contra, parecen enunciarse *erga omnes* (como por ejemplo, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, desarrollados por la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección *civil* de estos derechos o los de naturaleza laboral) (el subrayado pertenece a quién escribe estas líneas). Prueba de ello es que algunas de las investigaciones españolas en la materia, como son la de JESÚS GARCÍA TORRES y ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO o la de JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS (a la que enseguida se va a hacer referencia) hayan descendido al examen particularizado de algunos derechos fundamentales para examinar si son eficaces también frente a los particulares.

³⁰⁶ En efecto, una reciente tesis doctoral, debida a JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, se ha ocupado del problema de la *eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: análisis de la jurisprudencia constitucional*. Este magnífico trabajo se encuentra, en estos momentos, en vías de publicación.

³⁰⁷ En efecto, se trataría en su caso de una eficacia mediata (*mittelbare Drittwirkung*) del derecho fundamental a través del legislador penal.

relevancia constitucional o puramente legal o, planteado en términos negativos, si la vulneración de tal normativa penal supone la vulneración misma del derecho fundamental (lo que se conecta con la *mittelbare Drittwirkung*, o eficacia mediata).

Esta cuestión debe resolverse positivamente. El delito de allanamiento de morada, así como el de entrada de funcionario público en el domicilio de un particular, supone una garantía del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Esta afirmación puede apoyarse en argumentos de diferente naturaleza, pero que conducen a idénticos resultados.

El propio Tribunal ha señalado que las normas penales que se encuentran al servicio de los derechos fundamentales son garantías de estos mismos. En efecto, en la Sentencia TC 71/1984³⁰⁸, se cuestiona ante el Tribunal Constitucional si las garantías penales que protegen bienes garantizados, a su vez, por derechos fundamentales deben considerarse como meras garantías legales (solamente coincidentes con el bien jurídico que el derecho fundamental también protege) o garantías del propio derecho fundamental (que lo protegen frente a los particulares). El Tribunal tras señalar que se dispone a realizar una «cuidadosa matización en orden a la protección penal de los derechos fundamentales»³⁰⁹, afirma que «el legislador puede proteger los derechos fundamentales penalmente, y en tal caso, no es posible desconocer que la protección penal forma parte del derecho fundamental mismo»³¹⁰.

Es cierto que en relación ya con la inviolabilidad del domicilio se conectan, como se ha indicado anteriormente, varias normas penales. En ellas parece distinguirse la actuación de los particulares (autores de un delito de allanamiento de morada) y de los funcionarios públicos. Esta duplicidad de tipos penales explica, quizás, que un sector doctrinal estime, aún hoy, que el Código Penal español de 1973, en cuanto recoge históricamente y mantiene en la actualidad un doble sistema de lista de delitos cometidos por funcionarios y por particulares, ha optado por diferenciar ambos tipos de ilícitos penales. Se recuerda que, en este sentido, el Código Penal español, por influencia del francés, y a diferencia del alemán o italiano, tipifica los delitos cometidos por fun-

³⁰⁸ Sentencia de 12 de junio de 1984.

³⁰⁹ Sentencia 71/1984/2.

³¹⁰ *Idem*. Recientemente, el Tribunal ha señalado, en relación con el derecho de libertad personal, que a su titular la corresponde decidir el tipo de protección que impetra de los Tribunales para preservar o restablecer las vulneraciones que crea haber sufrido en su libertad (Sentencia TC 31/1996/3, de 17 de febrero).

cionarios contra el ejercicio de los derechos fundamentales. Con la tipificación penal de tales conductas se pretende proteger el carácter fundamental de los derechos reconocidos por el Estado a sus ciudadanos³¹¹; en definitiva, se conecta la pena con la comisión de un acto arbitrario, realizado por un agente del Estado³¹².

Ello supone, en relación con la presente investigación, que en tanto que los artículos 204 y 534.1 del nuevo Código Penal de 1995, referidos a los funcionarios públicos, deberían constituir una garantía del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 CE), los que tipifican actuaciones de particulares (el 202, por ejemplo) no tendría, por el contrario, ninguna relación con la citada norma constitucional. Esta tesis, cuyos corolarios lógicos son la autonomía de los delitos cometidos por funcionarios en relación con los cometidos por los particulares y el distinto bien jurídico a los que sirve su tipificación tiene algunos inconvenientes que deben ser apuntados³¹³.

En primer lugar, afirmar que estos delitos previenen el ataque de los agentes del Estado a los derechos fundamentales exige entender también, como se hace, que dicha «conducta no es constitutiva de delito, si no la realiza un funcionario»³¹⁴. En este argumento subyace la idea (propia a un Estado liberal de Derecho) de que los derechos fundamentales suponen un límite a la actuación del poder público. Si bien, en un Estado social y democrático de Derecho, tal argumentación es necesaria, no es, quizás, suficiente. En efecto, los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero no sólo a ellos: los particulares deben también respetar los derechos fundamentales de los demás, pues se hallan sujetos —al igual que los poderes públicos— a la Constitución (artículo 9.1 CE). Si se admite que los dere-

³¹¹ Ver, así, SAINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C.: «El artículo 204 bis a) del Código Penal», en AA.VV.: *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*. Santiago de Compostela, 1989, pág. 657. En concreto, en relación con los tipos penales contenidos en los artículos 191.1 y 490, ambos del Código Penal de 1973, es de la misma opinión EMILIO O. DE TOLEDO UBIETO [«Revisión de algunos aspectos de los delitos contra la inviolabilidad del domicilio (artículo 191 del Código Penal)», *ADPCP*, 2 (1988), pág. 328], donde afirma que existe una diferencia en el bien jurídico protegido en ambos casos.

³¹² *Ibidem*, pág. 658.

³¹³ En concreto, algunos penalistas consideran que el artículo 490 CP, que tipificaba el delito de allanamiento de morada, no desarrollaba el artículo 18.2 CE. *Vid.*, por todos ellos, SANZ MORÁN, Á.: «Algunas observaciones sobre el delito de allanamiento de morada», en *Estudios de Derecho Penal y Criminología* (en homenaje al profesor JOSÉ M. RODRÍGUEZ DEVESA), tomo II. Madrid, 1989, pág. 323. ÁNGEL SANZ MORÁN señala que algunos autores, como AGUSTÍN JORGE BARREIRO o RAMÓN CASAS VALLÉS no comparten la opinión por él defendida (*idem*).

³¹⁴ SAINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C.: *El artículo...*, pág. 658.

chos fundamentales (algunos, al menos) vinculan en la actualidad a los particulares (*Drittwirkung*), al menos en alguna medida, se debe concluir, como el Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente, que el allanamiento de morada es, también, una garantía de la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 CE). Toda invasión en el domicilio de una persona supone, independientemente de quién sea su autor, y fuera de los casos constitucionalmente amparados, una violación de la intimidad del o de los moradores y un desconocimiento de los derechos fundamentales que les asisten (y es, desde esta perspectiva, un ataque al orden constitucional). Por estas razones, el delito de allanamiento de morada realizado por un particular o por un funcionario público³¹⁵ debe ser considerado garantía normativa del derecho contenido en el artículo 18.2 CE.

En segundo lugar, tampoco parece posible entender hoy que la entrada forzada en un domicilio vulnera, dependiendo del carácter público o privado del intruso, distintos bienes jurídicos³¹⁶. La clásica idea de que la entrada realizada por funcionario público vulneraba el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio mientras que la cometida por un particular atacaba, en un primer momento, la libertad personal y, en la actualidad, la intimidad, no es de recibo. En esta proposición subyace una argumentación artificiosa, pues, como ya se ha señalado, la lesión del derecho fundamental supone, en todo caso, el desconocimiento de la intimidad de los moradores.

En tercer lugar, debe recordarse que el precedente francés que se cita quiebra, precisamente, en materia de allanamiento de morada. En efecto, como recuerda Antonio Quintano Ripollés³¹⁷, no existe la mencionada duplicidad de tratamiento en el Código Penal francés en lo que se refiere al delito de allanamiento de morada.

En cuarto lugar, y aunque es cierto que el análisis histórico de nuestro Código Penal propicia una interpretación como la mantenida

³¹⁵ Por esta razón deberá tomarse en consideración, en este trabajo, la jurisprudencia dictada en relación con los delitos que tipifiquen entradas domiciliarias en los distintos Códigos penales españoles.

³¹⁶ Vid. FASO, I.: *La liberté...*, pág. 45.

³¹⁷ La comisión de dicho delito cometido por funcionario o particular, y denominado *abuso de autoridad*, se recoge, en aquel momento, en el artículo 184 CPF (en su *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. Infracciones contra la personalidad*. Tomo I, volumen II del Tratado. 2.ª ed. puesta al día por ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG. Madrid, 1972, pág. 953), pues a la original redacción de 1832 referida a los funcionarios se añade posteriormente la tipificación frente a los particulares (como recuerda JEAN MORANGE en *Libertés...*, pág. 151). Debe hacerse notar que el nuevo Código Penal sí distingue el allanamiento de morada (artículo 226.4 CPF) y la entrada de funcionario (artículo 432.8 CPF).

por el mencionado sector doctrinal, no puede olvidarse que toda interpretación jurídica debe ajustarse al Derecho vigente. Es cierto que el examen histórico sirve, en ocasiones, para el estudio de instituciones jurídicas actuales. Pero esta afirmación no puede evitar que sea precisamente desde el Derecho vigente desde donde se aprecia que la idea (de inspiración liberal) de distinguir el comportamiento delictivo de los funcionarios y de los particulares ya no es posible. En un primer momento es cierto que parece no existir, en general, conexión alguna entre los delitos cometidos por funcionarios contra el ejercicio de los derechos fundamentales³¹⁸ y los delitos cometidos por los particulares. Ello permitía afirmar que los delitos cometidos por funcionarios eran delitos especiales propios, ya que la comisión por el sujeto especial fundamentaba la formación del delito (y no meros delitos especiales impropios —en los que su comisión por persona especial determinaba una mera modificación de la pena frente al delito común—)³¹⁹. No obstante, el mismo legislador que optó por la configuración de los delitos de los funcionarios como delitos especiales propios ha revisado su posición.

En efecto, el legislador ha pretendido en el nuevo Código Penal, como se indica en su exposición de motivos, que «las detenciones, entradas y registros en el domicilio llevadas a cabo por autoridad o funcionario fuera de los casos permitidos por la Ley, sean tratadas como formas agravadas de los correspondientes delitos comunes, y no como hasta ahora lo han venido siendo, esto es, como delitos especiales»³²⁰. El legislador opta así por una sistematización constitucional de los delitos cometidos por los funcionarios basada en la mera agravación de los delitos comunes. Esta construcción, que concibe dichos

³¹⁸ Las distintas denominaciones que ha recibido la sección del Código Penal donde se tipifican los delitos cometidos por los funcionarios es una buena muestra de la propia evolución política del país. Se habla así de delitos contra la libertad individual (CP 1822), de los abusos contra particulares (CP 1848 y 1850), de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución (CP 1870 —cometidos también por particulares— y 1931), de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos y deberes reconocidos por la Constitución (CP 1928) y de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos en las leyes (CP 1944). Como es sabido, el vigente Código Penal (1995) se refiere, ahora, a los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, de un lado, y de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad, en otro.

³¹⁹ SAINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C.: *El artículo...*, pág. 658.

³²⁰ Ya con anterioridad, el legislador había adoptado la misma posición como muestra la nueva redacción dada al artículo 204.bis.a) del Código Penal de 1973 por la LO 8/1993, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal. Este precepto es analizado y criticado en el mencionado trabajo de CELIA SAINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, *El artículo...*

ilícitos penales como delitos especiales impropios, tiene mejor encaje con nuestro Texto constitucional. De hecho, y ya en relación con el viejo delito de entrada de un funcionario en el domicilio de un súbdito español (artículo 191.1 CP —1973—), la doctrina penal no ha podido evitar realizar un análisis comparativo de este delito y el de allanamiento de morada³²¹ (hasta ahora regulado en el artículo 490 CP). Así, de un lado, la imposible extensión interpretativa del objeto del tipo penal al domicilio de los extranjeros provocó que nuestra doctrina buscara otras soluciones para proteger también la morada de los extranjeros, como era la de aplicar el artículo 490 CP en el caso de que un funcionario penetrara en la morada de un extranjero³²². De otro lado, el silencio que el mismo precepto guardaba en relación con la comisión por permanencia de la conducta tipificada³²³ no impidió que

³²¹ Lo que parece indudable es la conexión histórica existente entre el delito de entrada de funcionario público en la morada de, hasta el nuevo Código Penal de 1995, un súbdito español y el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. El Código Penal de 1870 adaptó el delito cometido por funcionario de entrada de domicilio de un residente en suelo español en consonancia expresa con el artículo 5 de la Constitución de 1869 (artículo 215). El Tribunal Supremo explica como este precepto debe adaptarse al artículo 6 de la Constitución, menos garantista (Sentencia Rec. 1886/0307/1).

³²² Ésta parece ser la opinión del profesor ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, como señala FRANCISCO MUÑOZ CONDE (en *Derecho Penal. Parte especial*, 9.ª ed. Valencia, 1993, pág. 664). FRANCISCO MUÑOZ CONDE estima que en tal supuesto eran de aplicación los artículos 194 y 496 CP, que hacen referencia al delito de impedir a una persona el ejercicio de sus derechos cívicos cometido por autoridad o funcionario público y al de coacciones, respectivamente. Recientemente, JOSÉ MARÍA PAREDES CASTAÑÓN ha señalado que «la limitación [del precepto en examen] a “súbditos españoles” es notoriamente inconstitucional, por lo que, necesariamente, el tipo ha de ser ampliado a los domicilios de cualquier persona residente en territorio español» (en *Voz «Delitos de funcionarios contra derechos y libertades cívicas»*, en *EJB*, vol. II. Madrid, 1985, pág. 2065).

En otros trabajos se estima que la entrada ilegítima de un funcionario en un domicilio de un extranjero podía caer en el tipo penal del artículo 194 CP (siempre en referencia al texto de 1973), lo que, paradójicamente, conllevaría una mayor sanción para tales delitos. En este sentido, *vid.*, TOLEDO y UBIETO, EMILIO OCTAVIO DE: *Revisión...*, págs. 328 y 329. Debe hacerse notar que la nueva redacción dada a los artículos 204 y 534.1 del Código Penal en 1995 solventa todos estos problemas.

³²³ Como el Tribunal Supremo indica, «el delito de allanamiento de morada, se integra de dos elementos fundamentales; uno objetivo: entrar en morada ajena sin voluntad del morador o mantenerse en ella contra dicha voluntad. Otro subjetivo que viene dado en consideración al sujeto pasivo: contra la voluntad del morador, y al sujeto activo, intención de entrar en morada ajena o mantenerse contra dicha voluntad que siempre se presume, salvo prueba en contrario» (Sentencia TS Ar. 1976/0104/1). Es posible que exista, así, una comisión delictiva por entrada (a la que se refieren, entre otras muchas, las Sentencias TS Ar. 1984/1844/3 y Ar. 1967/4737/2); por permanencia (que se contempla en, entre otras, las Sentencias TS Ar. 1985/2031/3; Ar. 1983/2644/8; Ar. 1970/4664/1 y Ar. 1951/1156/4) y, en ocasiones, por ambas (Sentencias TS Ar. 1984/3491/14; Ar. 1975/0361/1; Ar. 1970/4297/1 y Ar. 1969/1022/ún. *Vid.*, también, la Sentencia TS Rec. 1881/0047/2).

algunos autores —entre los que destaca Emilio O. de Toledo Ubieto— entendieran que la expresión literal del precepto de «entrare en el domicilio» pudiera acoger, también, el mantenerse dentro de él en contra de la voluntad de su morador³²⁴. De hecho, el Tribunal Supremo ha señalado en una Sentencia dictada en 1914 que de no ser posible aplicar al infractor el artículo 215 CP (que regulaba el delito cometido por funcionario público), cabría siempre la aplicación de las disposiciones contenidas en el Título XII del Código Penal³²⁵. Parece hacerse referencia, así, a la posible aplicación del artículo 504 CP (precedente del vigente 202 del Código Penal).

Todos los argumentos que se acaban de esgrimir aconsejan entender que los delitos contenidos en los artículos 191.1 y 490 del Código Penal de 1973 garantizaban la inviolabilidad del domicilio³²⁶. La jurisprudencia y la doctrina, tanto constitucional como penal han entendido, tradicionalmente, que los delitos tipificados en tales preceptos constituyen el reflejo penal del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. El Tribunal Constitucional ha señalado que la inviolabilidad del domicilio impone que el espacio limitado en el que la persona desarrolla su *privacidad* tiene que «caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones de otras personas o de la autoridad pública»³²⁷. Con anterioridad a la aprobación de nuestra Constitución de 1978, pero también con posterioridad, el Tribunal Supremo ha establecido en una jurisprudencia (que puede calificarse de unidireccional) la relación existente entre el allanamiento de morada y la inviolabilidad del domicilio³²⁸. Tal conexión ha sido

³²⁴ En *Revisión...*, pág. 345, tras el pormenorizado análisis realizado en las páginas 342-345.

³²⁵ Sentencia TS Rec. 1914/0045/1. En relación con el artículo 205 del Código Penal de Filipinas, *vid.* la Sentencia TS Rec. 1895/0339/1. Puede también recordarse la Sentencia TS Rec. 1872/0682/3 y, en general, la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo que señala que el allanamiento de morada es una garantía de la inviolabilidad del domicilio (a la que se hará explícita referencia inmediatamente).

³²⁶ Es innegable que la inviolabilidad del domicilio (sobre todo, en un primer momento, cuando protegía la libertad personal) era un derecho que limitaba, fundamentalmente, al Estado. No obstante, debe recordarse que el allanamiento de morada cometido por particulares se tipifica penalmente de forma igualmente temprana (Código Penal de 1848), al igual que otras conductas que ponen en peligro mediatamente la libertad personal (como es la agravante de robo en casa habitada, tipificada ya en 1822).

³²⁷ Sentencia TC 22/1984/5. En relación con el secreto de las comunicaciones, derecho fundamental muy parecido en su naturaleza y alcance a la inviolabilidad del domicilio, el Tribunal ha sido, si cabe, más explícito, al señalar, que «posee eficacia *erga omnes*» (Sentencias TC 34/1996/4 y 114/1984/7). Sobre el secreto de las comunicaciones, *vid.* el clásico trabajo de JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, *La garantía...*, págs. 35-82 y el más reciente de RICARDO MARTÍN MORALES (*El régimen...*).

³²⁸ El Tribunal Supremo ha identificado en varias ocasiones el bien jurídico protegi-

también puesta de manifiesto a menudo por nuestra doctrina constitucional y penal, concibiéndose en numerosas ocasiones el allanamiento de morada como garantía normativa del derecho fundamental³²⁹. Se ha dicho, en nuestro país y en algunos otros de nuestro entorno³³⁰, que el

do por la tipificación penal del allanamiento de morada con la inviolabilidad del domicilio. entencias TS Ar. 1979/1080/2 (junto con la santidad del hogar); Ar. 1975/0235/1, Ar. 1974/2444/1 (junto con la seguridad, intimidad y dignidad de la persona); Ar. 1965/0640 (junto con la libertad íntima del morador); Ar. 1961/0222/ún. (junto con la santidad del hogar —las recientes Sentencias TS Ar. 1995/3374/4.B y 1995/0028/2 aluden también a la santidad del domicilio—); Ar. 1955/1770/un.; Rec. 1925/0027/1; Rec. 1918/0119/1; Rec. 1904/0232/1 y Rec. 1887/0450/1. Las Sentencias TS Rec. 1927/0011/2; Ar. 1976/4740/1 y Ar. 1980/3889/2, aludían, respectivamente a la inviolabilidad constitucional, de la morada y del domicilio privativo. En otras ocasiones, el Tribunal Supremo ha afirmado que la inviolabilidad del domicilio es el fundamento del allanamiento de morada (Sentencias TS Ar. 1982/3511/1; Ar. 1981/4340/1; Rec. 1904/0172/1; Rec. 1899/0235/1; Rec. 1891/0071/2, donde se afirma que el allanamiento de morada *es reflejo de la inviolabilidad del domicilio*, y Rec. 1887/0014/1). *Id.*, también, las recientes Sentencias TS Ar. 1995/4567/2; Ar. 1995/2836/2; Ar. 1993/6152/2 y Ar. 1993/6059/1, dictadas en dos asuntos relacionados con autos judiciales de entrada y registro.

³²⁹ Así, conectan allanamiento de morada con inviolabilidad del domicilio, entre otros muchos, RUIZ DEL CASTILLO, C.: *Derecho...*, págs. 197 y 200-201; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho Penal español. Parte especial*, vol. I. Barcelona, 1986, págs. 200-201; SUÁREZ MONTES, R. F.: «El delito de allanamiento de morada», *RGLJ*, 225 (1968), pág. 865 y ss. y, especialmente, BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho Penal (parte especial): delitos contra la libertad y seguridad, honestidad, honor y estado civil*. Madrid, 1989, pág. 85. *Id.*, también, JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento...* y GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCÉ QUEMADA, V.: *Derecho Procesal Penal*, 7.ª ed. Madrid, 1972, pág. 162.

Otros autores conectan el delito de allanamiento de morada cometido por funcionario con la inviolabilidad del domicilio. Entre ellos se encuentran TOLEDO Y UBIETO, E. O. de: *Revisión...*, pág. 332 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual...*, pág. 85; COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, tomo II. Madrid, 1990, págs. 33-34 y RODRÍGUEZ DEVEZA, J. M.ª: *Derecho Penal español. Parte especial*, 16.ª ed. Madrid, 1993, pág. 792.

Finalmente, conectan el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio con los delitos de allanamiento de morada y de entrada domiciliaria por parte de funcionarios públicos VIADA Y VILLASECA, S.: *Código Penal reformado de 1870 con las variaciones introducidas en el mismo por la Ley de 17 de julio de 1876*, 4.ª ed. Madrid, 1890, pág. 295 y GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, tomo V. Salamanca, 1893, págs. 640-641. Más recientemente, *vid.* el trabajo de MARCOS-ANTONIO BLANCO LEIRA («Autorizaciones judiciales para la ejecución de actos locales que afectan derechos fundamentales», en AA.VV.: *Las relaciones entre Administración local y Administración de justicia* (Jornadas celebradas en Barcelona entre el 20 y el 22 de septiembre de 1988. Vol. I, pág. 441) y LORENZO PLAZA ARRIMADAS, *La inviolabilidad...*, pág. 700.

³³⁰ En relación con el ordenamiento constitucional francés, *vid.*, por todos, LUCHAIRE, F.: *La protection...*, págs. 96-97; DUVERGER, M.: *Droit...* (1971), pág. 175; ROBERT, J. y DUFFAR, J.: *Libertés...*, pág. 280, y RIVERO, J.: *Les libertés...*, págs. 68-69. El último autor citado llega a señalar que la inviolabilidad del domicilio es un derecho que se impone de manera absoluta a los particulares (artículo 226.4 CPF) y de forma matizada

derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio se despliega en una dimensión pública y otra privada³³¹.

En buena medida, la tipificación de los delitos relacionados con la inviolabilidad del domicilio puede concebirse como la dimensión objetiva del mismo derecho fundamental, por plasmar las exigencias sociales derivadas de la concepción institucional del derecho³³². El Tribunal Constitucional ha señalado, en un buen número de ocasiones, que los derechos fundamentales son elementos objetivos del ordenamiento, dotados de importancia y protección máximas³³³. «En su dimensión objetiva —afirma el Tribunal³³⁴— los derechos fundamenta-

en relación con la autoridad pública (la extensión del tipo penal a los particulares se opera a través de la Ley de 28 de abril de 1832, como recuerda FRANÇOIS LUCHAIRE en *La protection...*, pág. 254). Sobre la eficacia *erga omnes* del derecho reconocido en el artículo 14 CI *vid.* FASO, I.: *La liberté...*, pág. 56 y, especialmente, pág. 61 y ss.; NACCI, P. G.: *Libertà...*, pág. 53 y TRAVERSO, C. E.: *La liberté...*, págs. 14 y 45.

No ocurre lo mismo en los ordenamientos constitucionales norteamericano y alemán, como muestran, de un lado, JEROLD H. ISRAEL y WAYNE R. LAFAVE en relación con la Enmienda XIV, que sólo se aplica a los agentes públicos (en *Criminal...* (1988), págs. 55 y 56), frente a la consideración de que la *privacy* constituye un derecho frente al mundo (defendida por SAMUEL D. WARREN y LOUIS D. BRANDEIS en *The right...*, pág. 206) o a los particulares que registran bajo órdenes policiales [Sentencias US v. Newton, 510 F 2d 1149 (1975) y US v. Krell, 338 F Supp. 1372 (1975)] o cuando el registro es practicado por un policía fuera de su servicio [Sentencia State v. Roccasecca, 328 A 2d 35 (1974)]. La doctrina alemana considera, asimismo, que el derecho contenido en el artículo 13 LFB no vincula a los particulares (en concreto, THEODOR MAUNZ dirá que no posee *ninguna Drittwirkung*, en *Artikel...*, pág. 13-11). *Vid.*, también, GENTZ, M.: *Die Unverletzlichkeit...*, pág. 172.

³³¹ *Vid.* en nuestro país, y en el plano doctrinal, QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado...*, págs. 952-953 y LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, pág. 46 y ss., nota 16, y la bibliografía en ella citada.

³³² En palabras de ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO (en *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 4.ª ed. Madrid, 1991, pág. 31. *Vid.*, también, entre nosotros, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J.: *Algunas...*, págs. 88 y 93-94, PRIETO SANCHÍS, L.: *El sistema...*, pág. 390; en relación con la legitimación de amparo del defensor del pueblo y el ministerio fiscal, CORDÓN MORENO, F.: *El proceso de amparo constitucional*, 2.ª ed. Madrid, 1992, pág. 131 y en relación con la *Drittwirkung*, GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ-BLANCO, A.: *Derechos...*, págs. 29 y ss. La categoría de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales proviene, como tantas otras, de la jurisprudencia constitucional alemana (en especial, de la conocida Sentencia Lüth, *BVerfGE*, 7, 198), y ha sido examinada, entre otros muchos autores alemanes, por ROBERT ALEXY (*Teoría...*, págs. 135 y ss.) y ERNS-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE (*Escritos sobre derechos fundamentales*, traducción de JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS e IGNACIO VILLAVERDE MENÉNDEZ. Baden-Baden, 1993, págs. 104 y ss.).

³³³ Sentencia TC 163/1986/1, de 17 de diciembre.

³³⁴ Sentencia TC 129/1989/3, de 17 de julio. Es también clásica la argumentación que el Tribunal Constitucional realiza en la Sentencia 25/1981/5, de 14 de julio, a la que aluden, entre otros muchos, LORENZO MARTÍN-RETORTILLO (en el libro escrito con IGNACIO DE OTTO, *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid, 1988, pág. 56), JOSÉ

les, que informan todo el ordenamiento jurídico, se erigen en componentes estructurales básicos del mismo en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política (Sentencia 53/1985/3, de 11 de abril)».

Desde esta perspectiva, podría plantearse la posibilidad de que el Tribunal Constitucional controlara la despenalización de tipos penales que garantizan determinados derechos fundamentales (por ejemplo, los derechos a la vida, a la integridad o a la inviolabilidad del domicilio), lo que supondría entender que tal protección penal formaría, quizás, parte del contenido propio de tales derechos. No es éste lugar indicado para responder a este interrogante (y otros de mayor enjundia que versan sobre la posible inconstitucionalidad en que el parlamento puede incurrir por omisión legislativa). Es suficiente con señalar que la tipificación penal a la que se ha aludido se inscribe en esta vertiente objetiva del derecho y que, por ello, su análisis es útil para desentrañar los perfiles del derecho fundamental en nuestro país. En definitiva, el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio limita, también, la actuación de los particulares, que deben respetarlo.

MARÍA BAÑO LEÓN (en su interesante trabajo, «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española», *REDC*, 24 (1988), págs. 158-160, y 174-175) y ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO (en «Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución», AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II. Madrid, 1991, pág. 641). Es especialmente importante la dimensión objetiva de algunos derechos fundamentales, como la de la libertad de expresión (Sentencias TC 12/1982/3, de 31 marzo y 6/1988/5, entre otras) o los de contenido laboral.

**EL OBJETO DEL DERECHO:
EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL
DE DOMICILIO**

**1. LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA
CONSTITUCIONAL EN LA MATERIA**

1.1. La morada de las personas físicas

El artículo 18.2 CE se limita a señalar que el domicilio es inviolable. No explica, por el contrario, qué debe entenderse por domicilio¹.

La jurisprudencia constitucional relacionada con el concepto constitucional de domicilio contenido en el artículo 18.2 CE es muy escasa. Son pocas las resoluciones en las que se ha examinado el alcance de la noción constitucional del domicilio, y es posible, además, advertir ciertas contradicciones en las mismas.

Aluden en concreto a la materia en examen, entre otras, las Sentencias TC 22/1984, 137/1985 y el Auto TC 171/1989. Debe señalarse que el Tribunal Constitucional no ha definido, en ninguna de las citadas resoluciones, el concepto constitucional de domicilio. Lo que sí ha hecho el Tribunal es dar algunas notas que caracterizan al concepto, por lo que su examen puede ser especialmente útil a los fines de este trabajo.

¹ Que existe un concepto constitucional de domicilio, recogido en el artículo 18.2 CE, es indudable. No tiene la misma opinión el profesor ÁNGEL L. ALONSO DE ANTONIO (en *El derecho...*, pág. 84), pues entiende que no existe una noción constitucional de domicilio por la desgraciada circunstancia —en expresión de ALEJANDRO NIETO— de que el artículo 18.2 CE sólo indica que es inviolable. Sin embargo, lo que ÁNGEL L. ALONSO DE ANTONIO debe querer decir es que dicho concepto constitucional de domicilio, como otros contenidos en el mismo texto, no es fácilmente aprehensible.

Es además conveniente analizar las resoluciones citadas desde una perspectiva temporal porque es posible apreciar, de esta forma, un progresivo avance en la caracterización de la noción constitucional del domicilio. Desde este punto de vista pueden distinguirse, en relación con el examen del concepto constitucional del domicilio, tres fases. La primera, que se centra en la ya citada Sentencia TC 22/1984, parece vincular el derecho fundamental contenido en el artículo 18.2 CE con la morada de la persona (física). La segunda, que arranca de la Sentencia TC 137/1985, parte del reconocimiento del derecho a la inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas (que debe, necesariamente, conllevar el que, al menos, alguno de sus locales constituye domicilio a efectos constitucionales). La tercera fase en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se caracteriza por permitir que determinadas personas físicas aleguen la violación del artículo 18.2 CE, cuando la entrada tiene lugar en locales de negocio.

Al hilo del mencionado análisis jurisprudencial se podrán, además, examinar las diferentes posturas doctrinales mantenidas en nuestro país, y de forma instrumental, la jurisprudencia y doctrina de otros países de nuestro entorno.

Como ya se ha señalado, esa evolución parte de la Sentencia TC 22/1984. En la misma, el Tribunal Constitucional debe decidir si constituye vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.2 CE la entrada por parte de la Administración Pública en un piso ilegal (ubicado en un ático) para desalojarlo y, posteriormente, derruirlo. Dicha entrada se practicó sin que la Administración solicitará autorización judicial previa, ya que su actuación estaba prevista en los artículos 184 LS y 51 RDU y la Administración goza, además, del privilegio de ejecutoriedad de sus propios actos. El Tribunal estima que se ha producido, en efecto, vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.2 CE, aunque entiende, también, que no cabe apreciar, en los agentes municipales que ejecutaron el acuerdo municipal, una conducta que fuera antijurídica y culposa. El Tribunal afirma que «la falta de definición en sede interpretativa, de los perfiles del artículo 18 de la Constitución, antes de dictarse la presente sentencia, impide reconocer un elemento doloso o culposo»².

La interpretación constitucional realizada en la Sentencia en examen alude, fundamentalmente, a dos cuestiones: el alcance constitucional del domicilio y los derechos fundamentales como límite a la ejecutoriedad de los actos administrativos. En este momento interesa

² Sentencia TC 22/1984/9.

examinar la argumentación del Tribunal relacionada con la primera cuestión apuntada, y las consecuencias legislativas de las conclusiones a las que el Tribunal llega respecto del segundo interrogante planteado.

En relación con el concreto problema suscitado en el recurso de amparo, el Tribunal señala que todo su razonamiento parte de la premisa de que el domicilio afectado constituye vivienda efectiva de la recurrente, y no se trata de un domicilio «meramente simulado»³. A continuación indica el Alto Tribunal que el concepto constitucional de domicilio «no coincide plenamente con la que se utiliza el materia de Derecho privado, y en especial en el artículo 40 CC»⁴. Más adelante dirá que debe mantenerse, «por lo menos *prima facie*, un concepto constitucional de domicilio de mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico administrativo»⁵.

El Tribunal Constitucional justifica esa amplitud del concepto constitucional del domicilio en la protección del ámbito de la *privacidad* de las personas⁶. Por ello, «no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella»⁷. Con base en todo lo anterior, el Tribunal concluye que el domicilio constitucionalmente protegido «es un espacio inviolable en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima»⁸. Las afirmaciones realizadas por el Tribunal Constitucional en la Sentencia analizada parecen equiparar las nociones constitucional de domicilio y penal de morada.

En relación con el segundo problema apuntado, que plantea si la inviolabilidad del domicilio puede limitar la autotutela administrativa respecto de los actos administrativos que conlleven entradas domiciliarias, el Tribunal Constitucional opta por la respuesta afirmativa. No interesa en este momento examinar la argumentación en que se basa la decisión del Tribunal Constitucional, pero sí señalar que en esta afirmación encuentra su posterior origen el artículo 87.2 LOPJ⁹. Este pre-

³ Sentencia TC 22/1984/2.

⁴ *Idem*. Nuestra doctrina es pacífica en esta materia (*vid.*, por todos, SANZ GANDASEGUI, F.: *La ejecución...*, pág. 147), así como la francesa (RIVERO, J.: *Les libertés...*, pág. 67) y la italiana (TRAVERSO, C. E.: *La libertà...*, pág. 55). Por todos estos datos, no deja de sorprender que el Tribunal Constitucional aluda, en una reciente Sentencia (133/1995/4), al artículo 40 CC.

⁵ Sentencia TC 22/1984/2.

⁶ *Idem*.

⁷ Sentencia TC 22/1984/5.

⁸ *Idem*.

⁹ En relación con la inviolabilidad del domicilio y al artículo 87.2 LOPJ, *vid.* las Sentencias TC 137/1985/5, 144/1987/2, 76/1992/3 y 211/1992/3, de 30 de noviembre;

cepto señala que corresponde «a los Juzgados de Instrucción la autorización en resolución motivada para la entrada en los domicilios y en los 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».

Debe hacerse notar que el citado precepto parece aludir, de un lado, a los domicilios y, de otro, a los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular. La oscura dicción del precepto dificulta saber si la concepción constitucional del domicilio al que se alude en el artículo 87.2 LOPJ es amplia (e incluye, así, a los restantes lugares cerrados) o estricta. La cuestión no es, como pudiera parecer a primera vista, irrelevante¹⁰. Si se opta por una noción constitucional restrictiva de domicilio (como parece apuntarse en la Sentencia TC 22/1984), debe entenderse que los defectos en la aplicación del precepto legal relacionados con locales que no constituyen, a la vez, morada no perturban el derecho a la inviolabilidad del domicilio y no pueden ser, entonces, alegados por la vía del amparo constitucional. Si por el contrario, se asimilan los restantes lugares a los que alude el artículo 87.2 LOPJ a la noción constitucional de domicilio, debe aceptarse que toda desviación en la aplicación del precepto legal supone una vulneración del artículo 18.2 CE protegida a través del amparo constitucional.

Los términos del artículo 87.2 LOPJ son, a todas luces, insuficientes para desentrañar la noción constitucional del domicilio, por lo que es, quizás, conveniente analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia. El Tribunal solamente se ha ocupado del objeto (domicilios y restantes lugares) sobre el que recae el artículo 87.2

los Autos TC 258/1990/2by2d, 371/1991/2, de 16 de diciembre y 58/1992/3, de 2 de marzo y en el plano doctrinal, por todos, LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, J. F.: *El juez...* y GÓMEZ GUILLAMÓN, R.: «El artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *PJ*, 23 (1991).

¹⁰ Esta afirmación ya se realizó por el mismo autor de este trabajo en *Derecho...*, págs. 5205-5206. Aquél trabajo no tuvo en cuenta que en otros lugares ya se había planteado esta cuestión. Así, se debió aludir al Dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 1990 (ref.: AG Servicios Jurídicos Periféricos 9/90; ponente: JOSÉ ANTONIO PIQUERAS BAUTISTA, publicado en *Selección de Dictámenes de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado 1990*. Madrid, 1991, págs. 255-269). Tampoco se citaron allí las resoluciones del Tribunal Constitucional en la materia (en concreto, la Sentencia TC 76/1992 y el Auto TC 58/1992), por encontrarse ya en esas fechas el artículo en vías de publicación. Tampoco se utilizó el magnífico artículo de JESÚS GARCÍA TORRES, «El artículo 130 de la Ley General Tributaria a la luz de la Constitución», *PJ*, 18 (1990), págs. 31-38. En todo caso debe recordarse que en aquel trabajo se defendía un concepto amplio de domicilio, posición que es revisada y criticada en la presente investigación.

LOPJ en contadas ocasiones. La primera vez ha señalado que el artículo 87.2 LOPJ sitúa en manos del Juez de Instrucción la garantía de la intimidad y de la propiedad de domicilios y de otros lugares cerrados¹¹. En la segunda ocasión, el Tribunal ha estimado que es posible distinguir domicilios a efectos constitucionales, lugares cerrados a efectos constitucionales y simples locales cerrados a los que alude, también, el artículo 87.2 LOPJ¹². En la tercera y última, ha insistido en la idea de que el mencionado precepto legal «no se refiere sólo a la entrada en domicilio, garantizando la inviolabilidad del mismo, sino también a los «restantes edificios o lugares de acceso dependientes del consentimiento de sus titulares»»¹³.

El Tribunal Constitucional parece optar, en definitiva, por una posición no exenta de problemas, como se analizará en este mismo capítulo, en la que reconoce la existencia de domicilios constitucionales *stricto sensu*, locales cerrados que se encuentran garantizados por la inviolabilidad del domicilio y otros locales cerrados, que encuentran en el artículo 87.2 LOPJ una mera garantía legal (que no debe conectarse, por ello, con el artículo 18.2 CE¹⁴).

En todo caso, parece claro que el artículo 87.2 LOPJ permitiría, en principio, realizar una interpretación restrictiva del domicilio a efectos constitucionales, y distinguir así las moradas (respecto de las cuales el precepto constitucional debería ser considerado desarrollo normativo del artículo 18.2 CE) de otros lugares, en los que el artículo 87.2 LOPJ se mostraría como una garantía legal sin conexión con el artículo 18.2 CE, pero sí posiblemente con otros derechos fundamentales (como pueden ser, entre otros, la libertad personal, los derechos de defensa o los derechos patrimoniales¹⁵, por ejemplo).

¹¹ Auto TC 198/1991/3, de 1 de julio.

¹² Auto TC 58/1992/3, indicando que el régimen aplicable a ambos no tiene que ser coincidente. *Vid.*, en el plano doctrinal, GÓMEZ GUILLAMÓN, R.: *El artículo...*, pág. 75.

¹³ Sentencia TC 76/1992/3by3c. En el mismo sentido, QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *La inviolabilidad...*, pág. 51 y JUAN LOZANO, A. M.ª: *Inviolabilidad...*, pág. 688.

¹⁴ Extremo criticado por JAVIER BARCELONA LLOP, por ir más allá de la estricta exigencia constitucional (en *De la ejecución...*, pág. 181). No es de la misma opinión JESÚS E. PECES MORATE, porque el artículo 87.2 LOPJ no dice que la ejecución de actos administrativos que precisen entradas en locales (que no son domicilio en sentido constitucional) deban ser autorizadas por el juez, sino que deberán serlo en los casos en que sea necesario. A su juicio, es preciso buscar tal justificación en otra norma distinta (en *La entrada...*, págs. 42 y, especialmente, 43). La interpretación de JESÚS E. PECES MORATE es audaz, pero topa con otro problema que él mismo apunta y que, precisamente, pretende analizarse en estas páginas: la determinación del concepto constitucional de domicilio (*ibidem*, pág. 43). *Vid.*, también, la Sentencia TC 149/1991/6c, de 4 de julio.

¹⁵ FRANCISCO SANZ GANDESEGUI considera que en el caso del domicilio se protege la intimidad y en el caso de los otros lugares se asegura la propiedad (o, en su caso, la

Dicha interpretación sería, al menos, coincidente con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que considera que los lugares de trabajo no están protegidos *ex* artículo 18.2 CE¹⁶, así como la adelantada ya en el dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 30 de julio de 1990¹⁷.

Dicha interpretación es, también, la que impera mayoritariamente en la doctrina en nuestro país en un primer momento. Los primeros trabajos doctrinales que se han ocupado del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio han señalado, por lo general, y en términos más o menos explícitos¹⁸, como son los utilizados por Óscar Alzaga Villaamil¹⁹, Alfonso de Alfonso Bozzo²⁰ o José M. Serrano²¹, que el derecho prefigura las entradas que se realizan en la morada.

Ésta es también la posición dominante en la doctrina constitucional francesa. Así, por ejemplo, Claude A. Colliard dirá que «el domicilio implica habitación»²², y que se extiende a todas las dependencias de la misma. Esta idea, profusamente documentada, será desarrollada por François Luchaire, autor que afirma que el domicilio en sentido constitucional es el «lugar donde una persona habita, incluso temporalmente, cualquiera que sea el título jurídico de ocupación (St. Casación Criminal de 31-I-1914, sobre la habitación de hotel), regular o irregular (St. Casación Criminal de 22-I-1957). Se extiende a dependencias, trasteros (St. Casación Criminal de 19-VI-1957), a una terraza (St.

posesión legítima del no propietario) [en *La ejecución...*, pág. 149. Tal opinión ya fue expuesta en el dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, del que fuera ponente (Dictamen de 27 de mayo de 1992, citado, pág. 222). En idéntico sentido, citando a SANZ GANDESEGUI, PECES MORATE, JESÚS E.: *La entrada...*, pág. 38] y, con anterioridad, QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *La inviolabilidad...*, pág. 59 y JUAN LOZANO, A. M.ª: *Inviolabilidad...*, pág. 689.

¹⁶ Como puede deducirse del Auto TS Ar. 1981/4808, que identifica el domicilio de las personas naturales con el lugar de su residencia habitual.

¹⁷ Citado, pág. 263.

¹⁸ Ciertos autores parecen optar implícitamente por un concepto constitucional restrictivo de domicilio, como son LUIS M.ª FARIÑAS MATONI y FERNANDO LÓPEZ RAMÓN, en *El derecho...*, págs. 241 y 247 e *Inviolabilidad...*, pág. 49, respectivamente. También se refiere a la morada LORENZO PLAZA ARRIMADAS (en *La inviolabilidad...*, pág. 699), aunque luego indica que es posible que se dé una vulneración del artículo 18.2 CE que no caiga en el tipo penal del allanamiento de morada (*ibidem*, pág. 702).

¹⁹ En su *Comentario...*, pág. 208.

²⁰ En *Sobre...*, pág. 459.

²¹ En *Comentario...* (1980), pág. 238 y, también, en su segunda edición, de 1985, págs. 367 y 368.

²² COLLIARD, C.-A.: *Libertés...*, pág. 379. Por su parte, JEAN MORANGE señala que el domicilio es el lugar en el que la persona tiene derecho a sentirse en su casa, habite allí o no, y luego aclara que lo importante es que el local pueda ser habitado (en *Libertés...*, pág. 152).

Casación Criminal de 4-V-1965), a un patio o jardín cerrado (St. Casación Criminal de 12-IV-1938) pero no a un automóvil (St. Casación Criminal de 14-IX-1933)»²³. Esta concepción del domicilio constitucionalmente amparado puede considerarse pacífica, en el marco del ordenamiento constitucional francés²⁴.

Por el contrario, la morada no está siempre amparada por la IV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos que garantiza, entre otros extremos, como se ha visto en páginas anteriores, el derecho de los ciudadanos a la seguridad del domicilio. El Tribunal Supremo declara, en la Sentencia *Doe v. Commonwealth's Attorney*, la compatibilidad de una ley del Estado de Virginia que sanciona la práctica de determinados comportamientos sexuales aun en el caso de que ésta se desarrolle entre adultos de forma voluntaria y al amparo de una habitación²⁵.

Ya en relación con la doctrina de nuestro país, debe retenerse que no ha existido, en ningún momento, acuerdo sobre la noción constitucional de domicilio. Así, ya con anterioridad a la Sentencia TC 137/1985, algunos autores afirman que el domicilio en sentido constitucional es más extenso que el de la morada (entendida esta como habitación). Es útil recordar, brevemente, los argumentos en los que dichos autores se apoyan.

Una primera noción doctrinal del domicilio más amplia que la estricta morada es la mantenida por César Sempere Rodríguez. Este autor estima que, si bien es cierto que no pueden incluirse en la noción constitucional del domicilio los lugares de trabajo, ni aquéllos en los

²³ En *Le Conseil...*, pág. 196, y en términos muy cercanos, en su obra *La protection...*, págs. 98-99.

²⁴ Además de los citados trabajos citados en las notas anteriores, puede también constatar la vinculación de la noción constitucional de domicilio a la penal de morada en ROBERT, J.: *Libertés...*, pág. 252, RIVERO, J.: *Les libertés...*, pág. 67-68, y AUBY, J.-M. y AUBY, J.-B.: *Droit...*, pág. 155. Es también abundante la doctrina francesa que alude a la idea de que basta cualquier título legítimo para ser titular del derecho fundamental (vid. así, por todos, MORANGE, J.: *Libertés...*, pág. 152 y BURDEAU, G.: *Les libertés publiques*. 3.ª ed. París, 1966, pág. 165). En Italia, y en el mismo sentido, vid., por todos, NACCI, P. G., *Libertà...*, pág. 51.

No contraría esta doctrina la citada Decisión CCF 83-164 DC, que declara no conforme a la Constitución el artículo 89 de la Ley de Presupuestos para 1984, ya que «no prohíbe una interpretación en la que sólo las visitas efectuadas en los locales que sirvan exclusivamente como habitación deberían ser especialmente autorizadas por el juez, de tal manera que, a contrario, las visitas operadas en otros locales podrían dar lugar a autorizaciones generales» (Considerando 28). La razón es que esta Decisión examina la libertad individual, noción más amplia que la inviolabilidad del domicilio.

²⁵ 425 US 901 (1976), en relación con la sodomía. Sentencia a la que alude ENZO ROPPO, en su trabajo, *I diritti...*, pág. 109.

que realizan actividades extradomésticas (especialmente si se trata de actividades societarias), el concepto constitucional de domicilio debe interpretarse extensivamente, incluyendo en tal noción «aquellos otros lugares [distintos de la morada], refugio de la vida privada o de manifestaciones de la misma». La noción amplia del domicilio a efectos constitucionales se justifica, así, en la amplitud del bien jurídico protegido («la vida privada en sentido general») ²⁶.

También opta por una construcción extensiva de la noción constitucional del domicilio Ricardo García Macho. Este autor entiende, en efecto, que el derecho a la inviolabilidad del domicilio asiste al dueño de una empresa o comercio (aunque no a sus empleados), así como a las personas jurídicas ²⁷. Esta afirmación exige entender que tales lugares (el comercio o la empresa) deben ser considerados domicilios constitucionales ²⁸.

Pablo Lucas Verdú se ha ocupado, al menos en dos ocasiones, de la noción del domicilio a los efectos de su inviolabilidad. La primera, en la que realizó la voz «Inviolabilidad del domicilio» para la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, constituye, quizás, por su fecha (1968), la primera visión extensiva del domicilio a efectos constitucionales en nuestra doctrina iuspublicista y muestra, en todo caso, una construcción muy personal del concepto público de domicilio ²⁹. El autor comienza su argumentación equiparando las nociones constitucional y penal de domicilio y morada, respectivamente, como es habitual en la doctrina y jurisprudencia de aquel momento. Lo novedoso de su construcción es que va a optar por un concepto doctrinal de morada muy amplio, que incluye, además de la vivienda, los locales de negocio o reunión ³⁰.

²⁶ En su *Comentario...*, págs. 441 y 442.

²⁷ En *La inviolabilidad...*, pág. 857. Debe recordarse, en la misma dirección, la Sentencia TS Ar. 1994/10164/1, en la que se estima, entre otras cosas, que un despacho profesional no es un domicilio a efectos procesales.

²⁸ RICARDO GARCÍA MACHO apoya su argumentación en un comentario a la Constitución alemana, una Sentencia del Tribunal Constitucional alemán y en un breve comentario que del artículo 18.2 CE realizara el Profesor PABLO LUCAS VERDÚ (en *La inviolabilidad...*, pág. 857). El comentario es el *Bonner Kommentar*. La Sentencia constitucional alemana es la BVerfGE, 32, pág. 69 y ss., de 13 de octubre de 1971. El comentario del artículo 18.2 CE se integró en *La Constitución española (edición comentada)* publicada por el Centro de Estudios Constitucionales en 1979, en la que también intervinieron los profesores LUIS SÁNCHEZ AGESTA, GUMERSINDO TRUJILLO y PEDRO DE VEGA, entre otros.

²⁹ LUCAS VERDÚ, P.: *Voz...*

³⁰ El profesor LUCAS VERDÚ se basa, principalmente, en la amplia concepción de morada defendida por BUENAVENTURA PELLISÉ PRATS (en su *Voz Allanamiento...*), en la que «cabe tanto la morada-vivienda, como la morada-local de negocio, o la morada-

Pablo Lucas Verdú se vuelve a ocupar posteriormente del concepto constitucional de domicilio, ya en conexión con el artículo 18.2 CE³¹. En esta ocasión, Pablo Lucas Verdú utiliza una dicción, quizás, algo más restrictiva. Señala el autor que «el domicilio o morada es prolongación y condición espacial de la seguridad personal y de la dignidad de la persona humana, que exige el respeto del lugar donde se desarrolla la mayor parte de la vida, y de la intimidad personal y familiar, y, a veces, profesional»³².

No obstante, a la vez que parece no equiparar, al menos en todo caso, local distinto a la habitación y morada, afirma, como ya se ha indicado en otro lugar de este trabajo, que el derecho fundamental en examen beneficia a las personas jurídicas³³, idea que debe conllevar, necesariamente, una cierta extensión de la noción constitucional de domicilio.

Seis años más tarde, el Tribunal va a afirmar que las personas jurídicas son titulares del derecho fundamental a la inviolabilidad. Interesa ahora volver a examinar esta jurisprudencia, por incidir, también, mediatamente, en el concepto constitucional de domicilio.

1.2. El domicilio de las personas jurídicas

No es necesario (ni quizás, conveniente) examinar de nuevo en profundidad la Sentencia 137/1985. Baste con recordar que, en la misma, el Tribunal Constitucional reconoce a las personas jurídicas (en concreto, a una sociedad mercantil) la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio, siempre y cuando vengan a situarse en el lugar del sujeto privado protegido por el derecho fundamental.

La afirmación (por demás discutible, como se ha constatado en el anterior capítulo de este trabajo) de que las personas jurídicas son titulares del derecho fundamental debería haber llevado al Tribunal a señalar qué locales de las personas jurídicas (y, especialmente, de las empresas mercantiles), se encuentran amparados por el mismo. La Sentencia guarda, sin embargo, un significativo silencio en esta materia.

lugar de reunión» (pág. 619). Como se verá detenidamente en las páginas dedicadas al examen de la noción penal de la morada, la posición dominante en la jurisprudencia y doctrina de nuestro país vincula, por el contrario, la noción de morada a la de habitación. Es por ello posible remitirse, en este momento, al mencionado estudio.

³¹ En su *Comentario*...

³² *Ibidem*, pág. 60 (el subrayado pertenece a este trabajo).

³³ *Idem*. Justifica dicha titularidad en los artículos 545 y ss. LECr.

Puede argüirse que, en el caso que se examina, se cuestionaba una entrada en el domicilio social de la empresa que debe ser considerado, en todo caso, domicilio constitucionalmente protegido si se parte de que las personas jurídicas son titulares del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.2 CE. No es menos cierto que en su anterior Sentencia en materia de inviolabilidad del domicilio y en otras muchas resoluciones, el Tribunal ha tratado no sólo de resolver el asunto concreto ante él planteado, sino que también ha pretendido encuadrar la interpretación y el alcance de los distintos postulados constitucionales.

Esta jurisprudencia ha sido reseñada y ampliamente criticada en el anterior capítulo de este trabajo. Ahora se recuerda por razones puramente lógicas, pues, la titularidad del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio por parte de las personas jurídicas implica, *de suyo*, que el concepto constitucional de domicilio es más amplio que el procesal criminal o el penal. En este sentido, se ha señalado que no puede aceptarse como domicilio en sentido constitucional el definido en el artículo 554 LECr, que exige, en todo caso, habitación, si se parte de la titularidad de las personas jurídicas del derecho fundamental en examen, pues dicha situación «mostraría una extraña paradoja irresoluble: las personas jurídicas tendrían derecho a la inviolabilidad del domicilio, pero el ejercicio de tal derecho sería imposible al requerir algo (la utilización del local cerrado como habitación) incompatible con la misma naturaleza del *status* de la persona jurídica»³⁴.

Debe hacerse notar que la Sentencia TC 137/1985 (sin duda alguna, una de las resoluciones más polémicas del Alto Tribunal) ha provocado, como era de esperar, una evolución en las afirmaciones realizadas por nuestra doctrina. Si antes de 1985, la doctrina entendía, mayoritariamente, como se ha reseñado anteriormente, que el domicilio en sentido constitucional era el reverso de la morada penal, la doctrina relacionada con la noción constitucional de domicilio posterior a 1985 va a evolucionar hacia la aceptación mayoritaria (aunque no exenta de críticas³⁵) de que la protección del artículo 18.2 CE alcanza a locales de personas jurídicas. Ahora bien, y a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos de nuestro entorno, como es el italiano³⁶, ese es el único acuerdo doctrinal existente. En efecto, cuando es

³⁴ En el trabajo de quien escribe estas líneas *Derecho...*, pág. 5199, nota 110.

³⁵ Como la de LUIS CHACÓN ORTEGA [en «La ejecución subsidiaria y la entrada en el domicilio o lugar sujeto a autorización del titular», AA, 29 (1989), págs. 1725-1726] y la más reciente de JAVIER BARCELONA LLOP (*Ejecutividad...*, pág. 540 *in fine*).

³⁶ La doctrina mantiene un concepto constitucional de domicilio amplio. Así, PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA lo ha definido como «cualquier lugar donde se haya establecido la

preciso aclarar cuáles son los concretos locales de la persona jurídica sobre los que se proyecta el derecho a la inviolabilidad del domicilio surgen, como ahora se mostrará, las divergencias.

El asentimiento general de la Sentencia del Tribunal Constitucional y la discrepancia en cuanto a su aplicación práctica se muestra, paradigmáticamente, en los comentarios doctrinales a la mencionada resolución. Es por ello interesante recordar, brevemente, las tesis en ellos defendidas. Se hace referencia, así, a las aportaciones de, entre otros, Pilar de la Haza, Alejandro Nieto García y Jesús García Torres.

Pilar de la Haza discrepa de la idea, sostenida por el Tribunal Constitucional, de que el domicilio constitucional es más amplio que el jurídico-privado; defiende, por el contrario, que el domicilio a efectos constitucionales es «un concepto más estricto [...], puesto que se le considera no un lugar donde ejercer derechos y obligaciones en general, sino como un lugar donde se realiza un derecho fundamental, el derecho a la intimidad y a la *privacidad*»³⁷. La autora opta, en definitiva, por vincular domicilio e intimidad (y a falta de esta última por parte de las personas jurídicas, con la vida privada social³⁸). En todo caso, el domicilio de las personas jurídicas debe ser determinado en cada caso concreto.

Tomás Quintana López entiende que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas recae sobre los lugares en los que éstas «reflejan su actividad»³⁹, con independencia de que coincidan o no, en su caso, con el domicilio social de la misma.

Alejandro Nieto García considera, por su parte, que la inviolabilidad del domicilio es, en relación con el domicilio de las personas jurídicas, como ha indicado la doctrina alemana, un derecho debilitado⁴⁰, lo que hace pensar que la resistencia del derecho es menor en sus locales que la ofrecida a los de las personas físicas.

propia morada, se desarrolla el trabajo propio y, además de la casa, también la oficina, almacén, habitación, nave, remolques habitables, tienda, etc.» [en *Derecho...* (1973), pág. 698]. *Vid.*, en el plano jurisprudencial, la citada Sentencia TCI 10/1971.

³⁷ HAZA, P. de la: *Observaciones...*, págs. 813 y 819.

³⁸ *Ibidem*, pág. 818.

³⁹ QUINTANA LÓPEZ, T.: *Un paso...*, pág. 151.

⁴⁰ En *Actos...*, pág. 32. Esta tesis fue defendida por MAUNZ («Artikel...», págs. 13-8 y 13-16) y posteriormente asumida por la jurisprudencia y resumida por PAPPERMAN (en el *Grundgesetz Kommentar*, dirigido por VON MÜNCH, artículo 13.2.7, que el propio NIETO reproduce). Esto es así porque en tales locales no se expresa la intimidad y se realizan actividades no ajenas al interés público (*ibidem*, págs. 39 y 31). *Vid.* también, GARCÍA TORRES, J.: *El artículo...*, pág. 40 y LÓPEZ DÍAZ, A.: *La recaudación...*, pág. 278. Es discutible, sin embargo, que el problema apuntado se conecte directamente con

Jesús García Torres entiende, a su vez, que el reconocimiento del derecho a la inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas impide sustentar este derecho en la intimidad o *privacidad*. En su opinión, es preciso entender que el derecho reposa en la idea de «sustracción lícita al libre acceso». Ello le lleva a mantener una noción amplia del domicilio a efectos constitucionales, que alcanzaría a «todo espacio sustraído lícitamente al libre acceso, en el que sólo cabe penetrar, por tanto, con el consentimiento del titular»⁴¹.

Es especialmente interesante el comentario que Ramón Casas Vallés realiza, simultáneamente, a las Sentencias TC 22/1984 y 137/1985 porque en él se muestran algunas de las contradicciones en las que parece incurrir el Tribunal Constitucional. El autor comienza señalando, en relación con el concepto constitucional de domicilio, que nos hallamos ante un concepto «un tanto vaporoso y elástico», que solamente puede determinarse en cada caso⁴². En el mismo pueden entrar no sólo la vivienda, sino también un despacho profesional o una casa de vacaciones⁴³. Ramón Casas Vallés estima que es relativamente fácil determinar el domicilio en sentido constitucional de la persona física, ya que éste constituye una objetivación de su intimidad⁴⁴. En relación con las personas jurídicas, Ramón Casas Vallés entiende que su domicilio a efectos constitucionales se extiende al legal (artículo 41 CC)⁴⁵. El autor mantiene también que, no siendo la intimidad un atributo predicable de las personas jurídicas, es posible que el domicilio de estas últimas, a diferencia del de las personas físicas, deba ser rígido y formal⁴⁶. No obstante, Ramón Casas Vallés opta por dejar abierta la cuestión de aplicar a la persona jurídica también el domicilio descrito en la Sentencia TC 22/1984 en relación con las personas físicas⁴⁷.

Otra visión es la ofrecida por Manuel Gómez Orea. Este autor estima que la inviolabilidad del domicilio ampara, también, la *intimidad profesional*. Esto es lo que permite, precisamente, el que el dere-

la titularidad por parte de las personas jurídicas del derecho fundamental; parece vincularse primigeniamente a otro problema, que será abordado en este trabajo: la protección de los locales (que sirvan a personas físicas o jurídicas, esto es indiferente) distintos de la morada.

⁴¹ En *El artículo...*, pág. 39. En relación con el fundamento del derecho fundamental en examen, *vid.* el capítulo dedicado en este trabajo al bien jurídico protegido por el mismo, *supra*.

⁴² CASAS VALLÉS, R.: *Inviolabilidad...*, pág. 191.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 192.

⁴⁵ *Ibidem*, pág. 193.

⁴⁶ *Ibidem*, pág. 194.

⁴⁷ *Idem*.

cho en examen beneficie a las personas jurídicas⁴⁸ (y, consecuentemente, la extensión del concepto constitucional del domicilio a lugares distintos de la vivienda). No obstante, Manuel Gómez Orea entiende, como F. Pérez-Espinosa Sánchez, que el concepto constitucional de domicilio no puede extenderse a lugares o centros de trabajo en los que —con o sin trabajadores por cuenta ajena— se «desarrolle una actividad sometida a las normas laborales y/o de Seguridad Social»⁴⁹. La Sentencia TC 137/1985 parece optar por proteger la vida privada profesional y social, que debe beneficiar tanto al empresario individual como al colectivo (artículo 14 CE) y permite incluir en la noción constitucional de domicilio «el despacho que el titular hubiera dispuesto para el uso personal de su gestión directiva, aislado del acceso del público o de sus trabajadores»⁵⁰. No puede extenderse dicho domicilio al domicilio social ni a establecimientos industriales⁵¹.

Una tesis cercana a la de Manuel Gómez Orea es la mantenida por Eduardo Espín Templado. Este autor entiende que en la noción constitucional de domicilio pueden incluirse no sólo la vivienda principal o las secundarias, sino también los despachos y oficinas «cuando sean locales particulares»⁵², pero no los lugares en donde se trabaja para otros, pues la disponibilidad y la exclusividad sobre el local no la posee el trabajador, sino, en todo caso, el empleador. Eduardo Espín Templado define el domicilio en sentido constitucional, con base en lo

⁴⁸ GÓMEZ OREA, M.: *El derecho...*, pág. 117.

⁴⁹ *Ibidem*, pág. 119. Esta solución es también la dada en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, que entiende que la protección dispensada al domicilio por el artículo 18.2 CE no comprenderá los locales y centros de trabajo, *idem*. Consecuentemente, el Convenio núm. 81 de la OIT, sobre la inspección de trabajo en la industria y el comercio, señala que los inspectores de trabajo estarán autorizados para entrar libremente y sin previa notificación, a cualquier hora del día o de la noche, en todo establecimiento sujeto a inspección, así como para entrar de día en cualquier lugar, cuando tengan un motivo razonable para suponer que está sujeto a inspección (artículo 12). La misma idea se contiene en el artículo 16 del Convenio de la OIT núm. 129, sobre la inspección de trabajo en la agricultura (*ibidem*, pág. 118). En sentido cercano, JOAN JOSEP QUERALT JIMÉNEZ ha señalado que la entrada de agentes públicos con funciones de control o inspección en locales de negocios «no puede considerarse una entrada en domicilio constitucionalmente vedada» (en *La inviolabilidad...*, pág. 58). Alude, en su apoyo, a través de BRANCA, a la citada Sentencia TCI 10/1971. No obstante, en esta Sentencia no se mantiene una concepción estricta de domicilio, sino que se recuerda el amplio régimen de excepciones que pueden plantearse al derecho por vía legislativa (artículo 14.3 CI).

⁵⁰ GÓMEZ OREA, M.: *El derecho...*, pág. 119.

⁵¹ *Idem*. El autor cita, en su apoyo, la Sentencia italiana de la Pretura de Milán, de 11 de julio de 1949, donde se indica que un lugar que acoge a un notable número de personas puede calificarse de público y no puede ser, por ello, objeto sobre el que recaiga el delito de allanamiento de morada.

⁵² ESPÍN TEMPLADO, E.: *Fundamento...*, pág. 51.

anterior, como «todo aquel espacio físico donde un particular tiene residencia de forma permanente o eventual o donde, en su caso y dependiendo de su voluntad pueda tenerla; recintos donde el sujeto puede mantener vida privada en el pleno sentido de la palabra y respecto a los que sólo él puede determinar el libre acceso»⁵³.

Las posiciones de Manuel Gómez Orea y Eduardo Espín Templado, la primera de forma implícita y la segunda de forma explícita, alteran la cuestión. Ya no se trata de determinar cuál es el domicilio a efectos constitucionales de la persona jurídica, sino de examinar si el domicilio de la persona física amparado por el artículo 18.2 CE es más amplio que la noción penal de morada. Esta idea enlaza con un nuevo grupo de resoluciones del Tribunal Constitucional en materia de inviolabilidad del domicilio. En ellas se plantea, precisamente, el problema que se acaba de sugerir: el de la extensión del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de la persona física a locales distintos de su morada. Aunque de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se pueden extraer algunas ideas relacionadas con este problema, puede adelantarse que el mismo ha sido abordado de forma un tanto oscura, como muestran las siguientes líneas.

1.3. Los locales de negocio

Como se acaba de indicar, en resoluciones posteriores a su Sentencia TC 137/1985, el Tribunal Constitucional español⁵⁴ va a dar un paso en su razonamiento. Debe señalarse, antes de comenzar a reseñar la jurisprudencia constitucional en la materia, que, así como la citada Sentencia TC 137/1985 fue recibida por la doctrina con interés, este último grupo de resoluciones del Tribunal Constitucional ha pasado, prácticamente, desapercibido.

⁵³ *Ibidem*, pág. 53.

⁵⁴ No ocurre lo mismo en relación con otros ordenamientos constitucionales de nuestro entorno. Así, por ejemplo, la ya citada Sentencia TCI 10/1971 confirma la idea de que la inviolabilidad del domicilio en Italia (artículo 14 CI) beneficia a los laboratorios, las oficinas, los talleres y, en general, los lugares de trabajo. Sin embargo los locales destinados a representaciones teatrales no pueden ser considerados, a efectos constitucionales, domicilios, salvo si se destinan a fines privados (Sentencia TCI 106/1975/3, de 7 de mayo, GC, 1975, pág. 1203 y ss.). *Vid.*, también, en el plano doctrinal, MORTATI, C.: *Istituzioni...*, pág. 1060; BALLADORE PALLIERI, G.: *Diritto...*, págs. 409-410; BARILE, P.: *Diritti...*, pág. 155; BARILE, P. y CHELI, E.: *Domicilio...*, págs. 862-863; BORGHESE, S.: *Nozioni...*, pág. 179 y AMATO, G.: *Articolo...*, págs. 56-61. Por otra parte, la doctrina alemana resalta que la concepción constitucional de domicilio incluye los locales destinados a negocios, las oficinas, garajes, etc. (MAUNZ, T.: *Artikel...*, págs. 13-17 y GENTZ, M.: *Die Unverletzlichkeit...*, pág. 171).

El Tribunal, a diferencia de lo que ocurriera con la citada Sentencia TC 137/1985, no ha hecho cuestión litigiosa del hecho de que personas físicas puedan alegar la inviolabilidad en locales de negocio. Y, como se verá en páginas posteriores, tal actitud es, en algún supuesto particular, sorprendente.

La primera resolución que puede englobarse en este grupo es el Auto TC 272/1985, que tiene su origen en el recurso de amparo interpuesto por el propietario de un local comercial, en estado de ruina, que la Administración municipal pretende examinar para comprobar las condiciones de conservación y controlar la existencia de medidas de seguridad. El Tribunal Constitucional estima que la entrada producida en el citado local no vulnera el derecho fundamental reconocido en el artículo 18.2 CE (lo que puede hacer pensar que el citado local era considerado domicilio a efectos constitucionales).

El 16 de marzo de 1988, el Tribunal Constitucional dicta un nuevo Auto en el que se examina la presunta vulneración del derecho fundamental contenido en el artículo 18.2 CE que afecta a una persona física y que se ha producido con ocasión de la entrada en la «Agencia Gamad», en donde aquél centraliza y dirige sus operaciones⁵⁵. El Tribunal Constitucional estima que no se ha dado la alegada vulneración en el derecho fundamental del recurrente.

El Tribunal Constitucional debe resolver, posteriormente, un recurso de amparo en el que un particular alega, una vez más, vulneración de su derecho a la inviolabilidad del domicilio ocasionada por un registro practicado en unas oficinas y almacenes empresariales (concretamente en la Sociedad Anónima «Cipermatic»). El Tribunal estima que «el actor no denuncia una invasión en su domicilio, sino de las oficinas o almacén de una sociedad de la que es representante legal y sabido es que lo que se protege por el mencionado precepto constitucional es el domicilio inviolable, esto es, el espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima, protegiéndose no sólo el espacio físico en sí mismo considerado, sino también lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella, lo que, como es obvio, no es predicable respecto al solicitante de amparo de los locales en que, en el caso debatido, se produjo la entrada y registro por parte de los agentes de la autoridad»⁵⁶.

⁵⁵ Auto TC 349/1988.

⁵⁶ Auto TC 171/1989/2, que rememora en este punto la doctrina sostenida en la Sentencia TC 22/1984/5. Esta argumentación es, quizás, errónea, y en todo caso improcedente, puesto que la entrada en los mencionados locales se produjo, como el mismo Tribunal recuerda, sin que el ahora recurrente se opusiera a ello.

Debe hacerse notar que, en el presente Auto, el Tribunal Constitucional parece variar el contenido de su jurisprudencia anterior. Si en otros casos, que acaban de ser citados en este trabajo, el Tribunal permite que el propietario del local de negocio o el empresario aleguen la vulneración del derecho fundamental, en el presente entiende que el recurrente (como representante legal de la empresa), no está amparado por el derecho.

El Auto examinado no aclara, y tal cuestión presenta un indudable interés teórico, si el mencionado representante de la empresa ocupaba, en el momento de producirse la entrada, algún despacho en la misma. Si era así, entonces se produce cierto contrasentido, ya apuntado en el capítulo anterior: mientras que una persona (física) cuya intimidad ha podido ser materialmente vulnerada no puede hacer valer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, garantía instrumental de la intimidad, otra persona, jurídica, que carece de intimidad, sería titular del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.2 CE. Si el representante de la empresa no trabajaba en los locales afectados por el registro, entonces podría haberse entendido, en todo caso, que la posible lesión del derecho fundamental se había producido en relación con la empresa, a la que representa.

Posteriormente, el Tribunal va a tener ocasión de señalar que el artículo 87.2 LOPJ «se limita a poner en manos del Juez de Instrucción la tutela del derecho a la intimidad o a la propiedad, ya que habla de domicilio u otro lugar», en referencia a un kiosco de bebidas que, por ello, no debe ser considerado domicilio a efectos constitucionales⁵⁷.

Es preciso hacer también referencia al Auto TC 58/1992. El recurso de amparo en el que el mencionado Auto tiene su origen plantea la posible vulneración del derecho contenido en el artículo 18.2 CE producida por penetrarse en unos locales en los que el recurrente, titular de una empresa relacionada con vídeos («Cauce, S.A.»), ejerce su actividad comercial. El Tribunal Constitucional va a considerar, una vez más, que, pese a la existencia de irregularidades legales, no existe derecho fundamental alguno lesionado⁵⁸.

En fin, en dos Autos posteriores el Tribunal Constitucional va a afirmar que la protección ofrecida por el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio no alcanza ni a una cochera ni a una finca rústica⁵⁹.

⁵⁷ Auto TC 198/1991/3.

⁵⁸ Auto TC 58/1992/3. Debe señalarse que dicho razonamiento es, una vez más, gratuito, ya que el recurrente impugna el auto de procesamiento y no el auto de entrada y registro, lo que sirve para motivar, a todas luces, la inadmisión del recurso de amparo.

⁵⁹ Autos TC 223/1993/2, de 9 de julio y 333/1993/1, de 10 de noviembre.

Además de todos los Autos a los que se ha hecho referencia, puede incluirse también, en esta materia, la ya citada Sentencia TC 37/1989, que tiene su origen en el recurso de amparo interpuesto por una paciente que sostiene que el auto judicial que autoriza a realizar un registro en un centro clínico en el que presuntamente se realizaban abortos, así como el auto judicial que impone a dicha mujer someterse a un examen ginecológico vulneran su intimidad.

En esta Sentencia, que en principio parece no tener conexión alguna con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el Tribunal realiza una, quizás criticable, conexión entre los artículos 18.1 y 18.2, en los siguientes términos: «lo que, en realidad, la actora plantea al formularlo, no es tanto una defensa del secreto de su historial y expediente clínico (...) cuanto una controversia, indirecta o implícita, sobre la decisión judicial (...) pero es del todo claro que el mandamiento judicial que hace posible la entrada y el registro en un domicilio (artículo 18.2 CE) se justifica, en el orden procesal penal, por la necesidad de identificar y, en su caso, recoger lo que interese a la instrucción, sin que sea oponible, frente a tal pesquisa legítimamente ordenada, «secreto» alguno que, dentro del domicilio investigado, importe a las actuaciones judiciales en curso (artículo 552, *in fine*, LECr)»⁶⁰.

De esta forma, el Tribunal se plantea si es posible que una quiebra en el derecho a la inviolabilidad del domicilio de una persona (ya sea física o jurídica) puede ser alegada por un tercero. Como veremos, la cuestión es quizás la inversa a la propuesta por el Tribunal Constitucional: no se trata de pasar del ámbito del artículo 18.1 CE al 18.2 sino, más correctamente, de volcar en el 18.1 CE los supuestos que, pudiendo lesionar la intimidad, superan el contenido del artículo 18.2 CE.

En todo caso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha asumido la extensión del concepto constitucional a lugares distintos del domicilio como son, por ejemplo, los locales de negocio⁶¹. Un sector doctrinal ha defendido el mismo criterio⁶², en consonancia con lo que ocurre en otros países de nuestro entorno⁶³.

⁶⁰ Sentencia 37/1985/4. Debe hacerse notar que, en fechas recientes, el Tribunal Supremo ha afirmado que un encausado no está legitimado para impugnar la diligencia de entrada y registro que, afectándole, se realizó en el domicilio de otro encausado (Sentencia TS Ar. 1995/9033/1).

⁶¹ Sentencia TS Ar. 1986/6803/4, que supera el anterior Auto Ar. 1981/4808. *Vid.*, en el plano doctrinal, JORGE BARREIRO, A.: *Voz...*, pág. 438.

⁶² *Vid.* GIBBERT GIBBERT, A.: *La inviolabilidad...*, pág. 1145 y LÓPEZ DÍAZ, A.: *La recaudación...*, pág. 277.

⁶³ En relación con el ordenamiento estadounidense, las citadas Sentencias *See v. City of Seattle*, 387 US 541 (1967); *Md. v. Macon*, 472 US 463 (1985) y *Dow Chemical*

La doctrina que considera que la tutela de la inviolabilidad del domicilio puede recaer sobre lugares distintos a las moradas suele admitir que los titulares de tales locales —no los dependientes o trabajadores— puedan hacer valer el derecho del artículo 18.2 CE⁶⁴.

No obstante, se presenta una excepción a este principio: se ha mantenido que los profesores universitarios si gozarían del derecho a la inviolabilidad domiciliaria en sus despachos, siempre que en ellos se desarrolle realmente su actividad profesional y que no se pueda acceder a ellos sin autorización de sus titulares⁶⁵.

Antes de intentar acotar una noción constitucionalmente adecuada de domicilio puede ser útil examinar la cuestión bajo otros prismas: el histórico y el comparado.

2. LA EVOLUCIÓN Y EL DESARROLLO DEL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE DOMICILIO

2.1. Los perfiles históricos de la determinación constitucional del domicilio

En este apartado se pretende recordar, únicamente, como no siempre se ha amparado constitucionalmente el domicilio como tal. En efecto, en un primer momento, las Constituciones europeas optan por proteger la casa. En algunas ocasiones, se garantiza la inviolabilidad de la casa de los nacionales y, en otras, se opta por proteger la casa de los residentes en el territorio nacional (beneficiando así, también, a los extranjeros)⁶⁶.

Co v. US, 106 S.Ct. 1819 (1986), relacionadas con locales profesionales, de negocio e industriales, respectivamente, muestran como el respeto que la IV Enmienda predica del domicilio alcanza, indubitablemente, a locales que no sirven de habitación [*vid.* ISRAEL, J. H. y LAFAVE, W. R.: *Criminal...* (1988), págs. 63 y 64]. Debe también recordarse, en relación con el Derecho constitucional italiano, que los locales de negocio e industriales están garantizados constitucional y penalmente (Sentencias TCI 10/1971, citada y Cass. sez. I, de 20 de marzo de 1973). Tales extremos serán profusamente analizados en este mismo capítulo, cuando se examine la noción penal de morada.

⁶⁴ *Vid.*, por todos, GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, pág. 152, y ALONSO DE ANTONIO, Á. L.: *El derecho...*, págs. 91-92.

⁶⁵ GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, pág. 153.

⁶⁶ Así, se protege entre nosotros la casa del español (artículo 306 CE 1812) o la de todo habitante en el territorio español (y de Indias, artículo 126 CE 1808).

A partir de la Constitución española de 1837 comienza a extenderse la utilización, en nuestro país, del término domicilio, que sustituye al de casa. Así, se reconoce la inviolabilidad del domicilio en las Constituciones⁶⁷ de 1837 (artículo 7), 1845 (artículo 7), 1869 (artículo 5), 1876 (artículo 6), 1931 (artículo 31) y 1978 (artículo 18.2).

Solamente dos textos que, curiosamente, nunca estuvieron vigentes utilizaban, a la vez, los términos de casa y domicilio. Son el Proyecto de Ley sobre la Seguridad de las personas, de Bravo Murillo, y la Constitución no promulgada de 1856. El artículo 1 del Proyecto de Ley sobre la Seguridad de las personas (1852), debido a Bravo Murillo, señalaba que no se podía allanar la casa de ningún español. El artículo 2 del mismo proyecto exigía que toda entrada en el domicilio de un español debía contar con el permiso de su dueño o con la asistencia de dos vecinos del mismo barrio. Por su parte, el artículo 8 de la Constitución de 1856 señalaba, en su comienzo, que «no puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa, sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban».

Mientras que en el primer texto citado parece que se utilizan como sinónimos los términos de casa y domicilio, no ocurre lo mismo en el segundo texto. El derecho a no ser separado de su domicilio parece conectarse, en mayor medida, con la residencia. Lo que se prohíbe es que el español sea forzado a abandonar su domicilio; es decir, su residencia. El derecho a que no se allane la casa de un español supone, y de esto no existen dudas a mediados del siglo XIX, que no se puede entrar en su morada fuera de los casos y en las formas legalmente establecidos.

El cambio terminológico producido en el derecho a la inviolabilidad de la casa primero, y el domicilio, después, que se produce, también, en otros países de nuestro entorno⁶⁸, en el siglo XIX, no se justifica adecuadamente. La modificación de la palabra casa por domicilio puede obedecer a muy diversos motivos. En tal modificación terminológica pueden haber influido desde razones materiales (como, por ejemplo, el hecho de que se comenzara a vivir en lugares distintos a las casas, como son las construcciones en altura —pisos—), hasta la

⁶⁷ También aluden al domicilio los proyectos constitucionales de 1856 (artículo 8), el Federal de la República española (artículo 7) y el Anteproyecto de Constitución de la Monarquía española de 1829 (artículo 23).

⁶⁸ Mientras que las Constituciones de 1791, 1799 y 1848 se refieren a la casa (de los ciudadanos o de los residentes) y a la morada, el proyecto de Constitución de 1946 se va a referir al domicilio, declarándolo inviolable (artículo 7).

intención de incluir en dicho concepto los lugares de morada fugaz (como son las fondas o pensiones).

Ahora bien, no cabe duda que, en nuestro constitucionalismo histórico, la inviolabilidad del domicilio protege el lugar en que se habita, la morada.

2.2. Dos modelos europeos en la configuración de la inviolabilidad del domicilio

Tras recordar brevemente la evolución histórica de la inviolabilidad del domicilio en España es conveniente reiterar, una vez más, que existen dos construcciones europeas de la inviolabilidad del domicilio.

La primera, extensiva, es la que ofrecen los ordenamientos constitucionales alemán e italiano. En ellos, el derecho fundamental en examen sirve para garantizar la vida privada y la *riservatezza* —naciones más amplias que la intimidad— de las personas físicas y jurídicas. En estos mismos países existe también, como se verá más adelante, una amplia concepción del delito de allanamiento de morada. Dicha amplitud se muestra, además, en un doble frente. De un lado el concepto de morada recae sobre los lugares donde se proyecta la vida privada, ya sea en el plano doméstico, profesional, etc... (lo que permite, por ejemplo, considerar que un establecimiento industrial es, a efectos penales, morada). De otro, se asimilan a la morada no sólo las dependencias de uso privado en conexión directa con la habitación, como en nuestro país, sino, también, los lugares comunes que no estén en conexión directa con la habitación.

Todos los mencionados elementos conforman, en estos países, una concepción amplia del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Ahora bien, consecuentemente, como señala, acertadamente, Giuliano Amato⁶⁹, la mayor extensión del derecho —que recae, por ejemplo, sobre locales profesionales, industriales o comerciales— hace que sea necesario prever un mayor número de posibles intervenciones y limitaciones en el derecho fundamental (*vid.* los artículos 14.2 y 14.3 CI y 13.2 y 13.3 LFB).

La segunda concepción del derecho a la inviolabilidad del domicilio, claramente restrictiva, es la existente en el ordenamiento constitucional francés. Este derecho se reconoce exclusivamente a las personas físicas y en relación con sus moradas. Coherentemente, el delito de

⁶⁹ Una vez más en *Articolo...*, pág. 57.

allanamiento de morada en Francia protege la habitación, y no puede, por ello, extenderse a otros ámbitos (como son los profesionales).

La cuestión que interesa resolver ahora es a qué orientación de las indicadas corresponde el artículo 18.2 CE. La solución a tal interrogante puede facilitarse si se examinan, instrumentalmente, las distintas concepciones de domicilio que se manejan en nuestro ordenamiento jurídico. A tal tarea se dedican las siguientes líneas.

3. LA DIVERSIDAD DE NOCIONES INFRACONSTITUCIONALES DE DOMICILIO

3.1. Un criterio para su clasificación

Como ya se ha indicado, el artículo 18.2 CE se limita a afirmar que «el domicilio es inviolable». El artículo no aclara qué debe entenderse por domicilio, ni apunta las características que lo conforman. Dicha laguna no sería relevante en el supuesto de que la noción de domicilio fuera unívoca o estuviera muy asentada en nuestro ordenamiento jurídico (como ocurre con alguno de los términos utilizados en el mismo artículo, como el de delito flagrante). Pero ni la noción de domicilio es unívoca en el ordenamiento jurídico⁷⁰ ni se encuentra claramente asentada⁷¹. Estas dos cuestiones dificultan extraordinariamente la tarea de interpretar adecuadamente el término «domicilio»⁷².

Como se acaba de afirmar, existe una pluralidad de conceptos de domicilio (o de nociones cercanas que tienen distinto nombre) recogi-

⁷⁰ Esta idea se apunta en el trabajo de ÁNGEL MARINA GARCÍA TUÑÓN, «Denominación y domicilio social». En DUQUE DOMÍNGUEZ, J. y otros (coords.): *Derecho de Sociedades Anónimas. I. La Fundación*. Madrid, 1991, págs. 236-237. El autor lista los diferentes conceptos de domicilio, aunque olvida el constitucional. En relación con el Derecho italiano, y en el mismo sentido, *vid.*, por todos, TRAVERSO, C. E.: *La libertà...*, pág. 5 y ss.

⁷¹ Como indican FERNANDO LÓPEZ RAMÓN (en *Límites...*, pág. 2275) y ALEJANDRO NIETO GARCÍA (en *Actos...*, pág. 21).

⁷² Esta dificultad de dar un concepto constitucional de domicilio no es propia únicamente del ordenamiento constitucional español. Bien al contrario, la doctrina de otros países de nuestro entorno hace hincapié en el oscurantismo que, en esta materia, presentan sus respectivos textos constitucionales y en la diversidad de conceptos legales de domicilio. Así, por ejemplo, en relación con la doctrina italiana, parten de este punto, entre otros, D'ALESSIO, R.: *Articolo...*, pág. 89; CARETTI, P.: *Voz Domicilio...*, pág. 322. Otros muchos autores utilizan para definir el domicilio constitucionalmente amparado, de forma instrumental, las normas civiles y penales que lo definen. *Vid.*, entre estos, por todos, BARILE, P. y CHELI, E.: *Domicilio...*, pág. 861.

dos en el ordenamiento infraconstitucional. Vale la pena describir de forma sumaria cuales son esos conceptos y encuadrarlos en la rama jurídica en la que surgen para, posteriormente, analizar si son útiles (y en qué medida) para determinar el concepto constitucional de domicilio.

Puede adelantarse que existen, *grosso modo*, dos grandes conceptos infraconstitucionales de domicilio. Uno, de carácter privado, que se conecta con el lugar de domiciliación de la persona. Otro, de carácter penal y procesal, que se relaciona con el lugar donde la persona vive y despliega su vida más íntima. Es posible que, en último extremo, el concepto constitucional coincida en mayor o menor medida con alguno de distintos conceptos infraconstitucionales⁷³, o bien que constituya, frente a ellos, un concepto autónomo⁷⁴.

⁷³ Algunos conceptos infraconstitucionales no van a ser examinados en profundidad en este trabajo. Entre ellos destaca la noción del domicilio fiscal de las personas físicas y jurídicas, relevante en lo relacionado con la gestión, inspección, y recaudación tributaria, así como con el orden revisor tributario (MARTÍN-QUERALT, J. y LOZANO SERRANO, C.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 4.^a ed. Madrid, 1993, pág. 319; *vid.*, también, NAVARRO FAURE, A.: *El domicilio tributario*. Madrid, 1994, pág. 27).

El domicilio fiscal de las personas físicas es, a tenor del artículo 45.1.a) LGT, el lugar donde tienen su residencia habitual. Aunque la citada Ley no aclara qué debe entenderse por tal residencia habitual sí lo hace el artículo 12 IRPF (lo que es criticado por FERNANDO VICENTE-ARCHE DOMINGO: *Comentarios a la Ley del I.R.P.F. y Reglamento del Impuesto*. Madrid, 1993, pág. 113, que estima que debería regularse en la ley codificadora anteriormente citada, por afectar a más de un impuesto). Otros autores (como son AMPARO NAVARRO FAURE —*El domicilio...*, pág. 81— o ÁNGEL BAENA AGUILAR —*El domicilio...*, pág. 96 y ss.—) entienden que debe acudirse a la noción privada de residencia habitual, pese a que la conexión entre los artículos 45 LGT y 12 LIRPF ha sido recientemente reafirmada por el Informe del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria A/4/130/93, de 8 de octubre de 1993 [que puede consultarse en *Impuestos* 10 (1994), pág. 9; *ibidem*, pág. 95 *in fine*]. Sin intentar resolver esta polémica, es conveniente señalar que el artículo 12 LIRPF equipara la residencia habitual del sujeto pasivo con a) su permanencia por un período superior a 183 días del año natural en suelo español o b) cuando radica en España el núcleo principal o la base de sus actividades empresariales o profesionales o de sus intereses económicos.

Como los profesores JUAN J. BAYONA DE PEROGORDO y MARÍA T. SOLER ROCH han señalado, el artículo 45.1.b) LGT señala que el domicilio fiscal de las personas jurídicas coincide con su domicilio privado (el domicilio social), pero subordina la aplicación de esta regla a un criterio de efectividad (que sea en aquel domicilio donde radique la gestión y dirección de la misma) (en *Derecho Financiero*, vol. II. Alicante, 1989, pág. 120; *vid.*, en general sobre el domicilio fiscal de las personas jurídicas, BAENA AGUILAR, Á.: *El domicilio...*, pág. 108 y ss.). Los criterios que permiten calificar un determinado centro como centro de gestión y dirección de la persona jurídica se regulan en el artículo 22 RIS y en caso de que no puedan ser observados se considera domicilio fiscal de la persona jurídica el lugar en el que radique la mayor parte del valor del inmovilizado (artículo 8.1 LIS).

⁷⁴ No existe un consenso sobre si el concepto constitucional del domicilio coincide con alguno de los ya existentes en el ordenamiento o tiene, por el contrario, un conteni-

En todo caso, parece necesario examinar, de forma instrumental, tales nociones infraconstitucionales de domicilio⁷⁵.

3.2. La noción privada de domicilio

Es en el ámbito del derecho privado donde surge la noción jurídica de domicilio. Por ello es especialmente útil analizar los perfiles de la noción civil de domicilio para examinar, posteriormente, su relación con el concepto constitucional de domicilio que aparece citado en el artículo 18.2 CE.

Ante todo debe señalarse que el Código Civil se refiere a tres clases de domicilio civil y a los criterios generales⁷⁶ que, en cada caso, sirven para determinarlo. En efecto, el Código regula el domicilio de las personas físicas, del matrimonio y de las personas jurídicas.

Debe examinarse en primer lugar el domicilio civil, también denominado legal⁷⁷, de las personas físicas, regulado, con carácter gene-

do autónomo, diferente de las nociones infraconstitucionales. El debate ha sido particularmente intenso en la doctrina italiana. Así, para algunos, el domicilio es el contenido en el artículo 43 CCI (Sentencia TCI 106/1975/7, citada; MORTATI, C.: *Istituzioni...*, pág. 1070). Otros optan por asimilar las nociones constitucional y penal de domicilio y morada, respectivamente (a dicho concepto también alude la citada Sentencia TCI 106/1975/7, de 7 de mayo. *Vid.*, también, BARILE, PAOLO y CHELI, ENZO: *Domicilio...*, pág. 862, y la doctrina citada en la página 58 del trabajo de E. DOSI: *Inviolabilità...*, en la página 19 del trabajo de IGNAZIO FASO: *La libertà...*, y en la nota 21 de las páginas 21-22 del trabajo de PAOLO G. NACCI: *Libertà...*). En fin, otro sector doctrinal entiende que la noción constitucional del domicilio es autónoma, diferente en su contenido y alcance, respecto de los distintos conceptos infraconstitucionales del domicilio. Esta tesis, que parte del clásico trabajo DE MOTZO: «Contenuto ed estensione della libertà domiciliare», *Rass.DP*, 1954, pág. 512 y ss., ha sido asumida también, entre otros, por IGNAZIO FASO (en *La libertà...*, pág. 27 y ss.) y GIULIANO AMATO (en *Articolo...*, pág. 61). Su formulación más reciente, en lo que el autor de estas líneas conoce, se debe a PAOLO G. NACCI, para quien el domicilio en sentido constitucional describe una situación fáctica y no jurídica (*Libertà...*, pág. 46), incluyendo los lugares en los que se manifiesta la personalidad del hombre, aunque no se traten de moradas privadas (*ibidem*, pág. 48).

⁷⁵ Aun en el caso de que la noción constitucional de domicilio fuera radicalmente diferente a los distintos conceptos infraconstitucionales de domicilios (o cercanos a estos aunque tengan distinto nombre, cfr. la morada penal), puede ser útil examinar el derecho infraconstitucional para intentar examinar, desde su aprehensión, contenidos constitucionales. Esta idea se apunta en la Sentencia TC 22/1984/3 y se reitera en, entre otros, el trabajo del profesor ALEJANDRO NIETO GARCÍA (titulado *Actos...*, pág. 22).

⁷⁶ Dejando, por tanto, de lado las particularidades que en esta materia recogen los artículos 40.2 CC, 64, 68, 67 y 65 LECi.

⁷⁷ No va a ser examinado en profundidad, por el contrario, lo que los civilistas llaman el domicilio electivo o ficticio, que sería «la sede jurídica de la persona, determinada voluntariamente para todos o algunos de los efectos que surgen de un acto o nego-

ral⁷⁸, en el artículo 40 del Código Civil. Este artículo señala que «para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil». Así, parece que civilmente se define el domicilio como centro de imputación de los derechos y deberes civiles de la persona física. Por eso se ha indicado, en afortunada expresión de Guasp, que el domicilio es la sede jurídica de la persona⁷⁹.

La importancia de la determinación del domicilio de las personas se remonta al Derecho romano. En aquel momento, como explica Rodrigo Bercovitz y Rodríguez-Cano⁸⁰, dos elementos permitían identificar el domicilio de las personas físicas. El primero de ellos era el elemento material, el hecho de la residencia en un lugar. Junto a este

cio» (en palabras de LUIS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN, en su *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 6.ª ed. Madrid, 1988, pág. 289). Esta clase de domicilio, que hace dudar del alcance del principio de unicidad del domicilio civil de la persona, no es desconocido en otros países de nuestro entorno. Equivale, en concreto, al domicilio aparente (*domicile apparent*) o electivo francés. Sobre el mismo, *vid.* MARTÍN-SERF, A.: «Du domicile à la résidence», *RTDC*, 1978, págs. 542 y 552 y ss., respectivamente. Como la doctrina ha señalado reiteradamente, este domicilio electivo no es en su esencia un verdadero domicilio, sino, más correctamente, la domiciliación de los efectos de un negocio o contrato jurídico o de una modificación convencional del fuero procesal (DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema...*, pág. 290). *Vid.* ESPÍN, D.: *Manual de Derecho Civil español*, 7.ª ed. Madrid, 1979, pág. 312 y la Sentencia TS Ar. 1993/0350/2.

⁷⁸ *Vid. supra*, nota 76.

⁷⁹ Entre otros muchos, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema...*, pág. 285; ESPÍN, D.: *Manual...*, pág. 310; LACRUZ BERDEJO, J. L. (y otros): *Parte General de Derecho Civil*, vol. II, Personas. Barcelona, 1990, pág. 182. Es preciso diferenciar la noción civil del domicilio de la de residencia (que se examinará más adelante), de la vecindad civil (criterio de aplicación del Derecho común o los derechos forales, *vid.* el artículo 14 CC) y de la vecindad administrativa. Ésta sirve para conformar el *status* de vecino de una persona en relación con una determinada entidad local [PEMÁN GAVÍN, J.: «La población local: la vecindad administrativa», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, tomo I. Madrid, 1988, pág. 1057 y ss.; *vid.* los artículos 15-18 LBRL, artículo 15.1 TRRL y 53-61 RPDTTEL]. Domicilio y vecindad administrativa se diferencian en su naturaleza (la primera rige en las relaciones jurídico-públicas y la segunda en las civiles —en sentido amplio—, como indica PEMÁN GAVÍN, J.: *La población...*, pág. 1066, y las notas 42 y 43 de la misma página) y en los concretos criterios para su determinación, ya que se parte de la unicidad de la vecindad administrativa, basado en un único dato, objetivo (el empadronamiento), que no se predica de las personas jurídicas y que se impone al ciudadano *ex artículo* 15 LBRL (*ibidem*, págs. 1065-1066). También puede distinguirse la vecindad administrativa de la civil, como lo demuestra con meridiana claridad el artículo 9.2 EAA (el argumento es también ofrecido por JUAN PEMÁN GAVÍN en su trabajo *La población...*, págs. 1067-1068). Igualmente puede diferenciarse el domicilio civil del ignorado paradero, que supone que no se conoce ni el domicilio ni la residencia actual del sujeto.

⁸⁰ En *Derecho...*, pág. 102.

elemento externo y objetivo, en el Derecho romano se atendía también a un criterio subjetivo: el *animus*; es decir, la intención o voluntad de permanecer indefinidamente en el lugar en cuestión. Esta voluntad o *animus* exigido para constituir el domicilio no es únicamente interno, sino que es voluntad exteriorizada, que se objetiviza en la residencia habitual⁸¹.

La actual redacción del Código Civil podría hacer pensar que en nuestro derecho se ha optado por un criterio objetivo para determinar cuál es el domicilio civil de una persona: el lugar de su residencia habitual. No obstante, un sector doctrinal mayoritario entiende que el elemento voluntarista está presente en la noción de residencia habitual y, consiguientemente, de domicilio civil⁸². La doctrina mayoritaria sostiene que la residencia habitual es aquella en la que se quiere residir, independientemente del tiempo que en ella se esté. La jurisprudencia del Tribunal Supremo parece, asimismo, considerar que el *animus manendi* es uno de los criterios que deben ser utilizados para determinar el domicilio real de las personas⁸³.

Por las consideraciones que se acaban de realizar, puede concluirse que, en lo relativo al domicilio civil legal de la persona física, se sigue manteniendo el concepto romano de domicilio. No ha ocurrido lo mismo en relación con el domicilio matrimonial.

En efecto, la regulación del matrimonio civil en nuestro país presenta diversos problemas teóricos que no pretenden ser resueltos en esta investigación⁸⁴. Bien al contrario, el propósito de estas páginas

⁸¹ Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema...*, pág. 285.

⁸² *Ibidem*, págs. 285 y 286; ESPÍN, D.: *Manual...*, pág. 311 y NAVARRO FAURE, A.: *El domicilio...*, pág. 23. En contra, entendiendo que solamente es preciso un elemento objetivo y externo para la determinación del domicilio, BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Derecho...*, pág. 102.

JOSÉ L. LACRUZ BERDEJO ha pretendido conciliar ambas posturas, indicando que para la calificación de residencia habitual debe tenerse en cuenta el concurso del *animus manendi* y, en su caso, de la *necessitas manendi*. Pero esta posición intermedia lleva a la paradoja de que, mientras que en supuestos donde la voluntad de residir es nula no impide la calificación del lugar como domicilio (cárcel), otros que presuponen la voluntad de residir por parte de la persona no son considerados domicilios civiles (hospitales) (en *Parte...*, II, pág. 183).

⁸³ Sentencia TS Ar. 1992/7073/3.

⁸⁴ Entre los mismos destaca, con especial importancia, el terminológico. El Código Civil se refiere, en ocasiones, al domicilio conyugal (artículos 50 y 105 CC). En otros casos, se hacen referencia a nociones tales como la vivienda familiar (artículos 90.B, 91 y 96 CC) o el hogar familiar (artículos 82.1.^a y 2.^a CC). Aquí se ha optado por utilizar la noción de domicilio matrimonial, ya que todas las normas civiles citadas se ubican en el Título IV del Libro primero del Código Civil, titulado *del matrimonio*. También sería interesante analizar cómo puede el juez decidir en caso de que los cónyuges discrepen

consiste sólo en determinar cuáles son los criterios legales que permiten calificar un lugar como domicilio matrimonial y examinar, posteriormente, cómo se proyectan en la práctica.

La regulación civil del domicilio matrimonial o conyugal se ha visto afectada por las reformas del Código Civil que han pretendido potenciar la igualdad de la mujer en relación con su marido. Es conveniente esbozar, de forma necesariamente sumaria, las diferentes regulaciones civiles del domicilio matrimonial.

La determinación del domicilio matrimonial se equiparaba en la redacción originaria del Código Civil (1889) a la del marido. La mujer, por su parte, estaba obligada a seguir a su marido dondequiera que aquél fijara su residencia⁸⁵. La única posibilidad de que la mujer tuviese un domicilio diferente al del marido era, aparte del supuesto legal de separación matrimonial⁸⁶, el que el marido asintiera, al menos tácitamente, a la separación de hecho de su mujer. En términos expresados por el Tribunal Supremo, si el esposo no ejercía su derecho de impedir la ausencia del hogar de su mujer, o intentaba que volviera al domicilio conyugal, se entendía que consentía tácitamente a que la mujer dispusiera de otro domicilio, domicilio que surtía, entonces, todos los efectos civiles⁸⁷.

Con la Ley 14/1975, de 2 de mayo, de reforma del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, se modifica, sustancialmente, el criterio de determinación del domicilio matrimonial. La nueva redacción dada al artículo 58 CC señala que los cónyuges fijarán de común acuerdo el lugar de su residencia. Pese a que se avanza en la progresiva equiparación de la mujer en el matrimonio, el citado artículo también prevé que si hubiera hijos comunes, prevalecerá la decisión de quien ejerza la patria potestad, sin perjuicio de que, a instancia del otro cónyuge, pudiera el Juez determinar lo procedente en in-

en relación con la determinación del domicilio matrimonial o, en otros términos, examinar qué es el «interés familiar». Sobre esta última noción, *vid.* los trabajos de MARÍA ÁNGELES GARCÍA GARCÍA, «El deber de actuar en interés de la familia», *RDPr*, 1984, págs. 243-277, y JOSÉ A. DORAL GARCÍA, «El interés de la familia», *DJ*, 1 (1983), págs. 3-23.

⁸⁵ Artículo 58 CC. El artículo continúa señalando que los Tribunales, sin embargo, podrán eximir con justa causa a la mujer de su obligación de seguir a su marido cuando éste traslade su residencia a Ultramar o a un país extranjero.

⁸⁶ Los supuestos legales de separación, y los de divorcio, hacen cesar, necesariamente, la presunción de convivencia en común y permiten la existencia de dos domicilios diferentes.

⁸⁷ Doctrina extraída de las Sentencias TS Ar. 1953/2697 y Ar. 1951/1668.

terés de la familia. Si se recuerda como el artículo 154 CC señalaba, en aquel momento, que el padre, y en su defecto la madre, tenía la potestad sobre sus hijos, se puede concluir que la intención de equiparar a la mujer en la determinación del domicilio matrimonial era, entonces, más formal que real en los matrimonios con descendencia, aunque adquiriera mayor relevancia en los matrimonios sin hijos.

Nuestra Constitución reconoce, como es sabido, la igualdad de todas los españoles, con independencia de su sexo (artículo 14 CE) y, en especial, la igualdad de los cónyuges (artículo 32 CE). Esta regulación constitucional motiva la reforma del derecho matrimonial operada en el Código Civil a través de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que aunque incide directamente en materias tales como filiación, patria potestad y régimen económico-matrimonial afecta también, mediatamente, a otras cuestiones entre las que se encuentra la del domicilio matrimonial. En efecto, como se ha señalado, el contenido del artículo 58 CC señalaba que en el caso de que hubiese hijos, prevalecería el criterio del cónyuge que ejerciera sobre ellos la patria potestad. La Ley 11/1981, de 13 de mayo, sin alterar este precepto, modifica el artículo 154 CC en materia de patria potestad, atribuyendo ésta, en principio, al padre y a la madre. La alteración del artículo 154 CC exige reinterpretar el artículo 58 del mismo cuerpo legal. La regla general en materia de domicilio matrimonial es ahora el acuerdo que debe darse entre los cónyuges, tengan o no éstos descendencia. Solamente puede primar el parecer de uno de los dos cónyuges del matrimonio con descendencia en la medida en que el otro sea incapaz o bien no tenga la patria potestad sobre los hijos del matrimonio.

La posterior reforma operada por la Ley 30/1981⁸⁸ explicita aún más los criterios de determinación del domicilio matrimonial. Como es sabido, el vigente artículo 70 del Código Civil señala que los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal⁸⁹ y, en caso de discrepancia, resolverá el Juez, teniendo en cuenta el interés de la familia.

El artículo 41 CC determina, en fin, el domicilio legal de las personas jurídicas. Dicho artículo señala que cuando ni la ley que haya creado o reconocido a la persona jurídica ni sus estatutos fijen su do-

⁸⁸ Ley de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

⁸⁹ Por ello, debe entenderse que el primer párrafo del artículo 64 LECi —en cuanto que señalaba que el domicilio de la mujer casada y no separada era el del marido— ha sido derogado por el artículo 32 CE y por la redacción dada al artículo 70 del Código Civil por la citada Ley 30/1981, de 7 de julio.

micilio, «se entenderá que lo tienen en el lugar en que se halle establecida su representación legal, o donde ejerzan las principales funciones de su instituto». La regulación del Código Civil es, en esta materia, subsidiaria, aplicándose solamente en el caso de que la ley que crea o reconoce un determinado tipo de persona jurídica guarde silencio sobre la determinación del domicilio de la misma⁹⁰.

También la Ley de Enjuiciamiento Civil señala que «El domicilio de las compañías civiles y mercantiles, será el pueblo que como tal esté señalado en la escritura de sociedad en los estatutos por que se rijan. No constando esta circunstancia se estará a lo establecido respecto a los comerciantes. Exceptuáse de lo dispuesto en los artículos anteriores, las compañías en participación, en lo que se refiera a litigios que puedan promoverse entre los asociados, respecto a los cuales se estará a lo que prescriban las disposiciones generales de esta Ley» (artículo 66).

No obstante, debe recordarse que, en la práctica, las distintas leyes que regulan las sociedades mercantiles⁹¹ suelen fijar criterios legales para determinar cuál es el domicilio de las mismas. Así, por ejemplo, el artículo 6 LSA señala que «la sociedad fijará su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección o en que radique su principal establecimiento o explotación»⁹². Por su parte, el artículo 3 LGC señala que éstas tendrán su domicilio, «dentro del territorio del Estado español y del ámbito de la Sociedad, en el lugar donde realice preferentemente sus actividades con sus socios o centralice su gestión administrativa y la dirección empresarial»⁹³.

Es posible que, en el marco de la regulación de algunas personas jurídicas anteriormente citadas (como las Sociedades Anónimas), éstas tengan un domicilio social distinto del registral⁹⁴; es decir, del que figura en los estatutos de la sociedad⁹⁵. En caso de que, por ejemplo,

⁹⁰ En otras ocasiones, la regulación mercantil impone limitaciones a los criterios generales del Código Civil (*vid.*, por ejemplo, el artículo 4.1 LSRL).

⁹¹ En otro plano, debe recordarse los artículos 3.2.3 y 7 LA, de 24 de diciembre, cuyo texto sigue vigente en la medida en que no se oponga al artículo 22 CE.

⁹² Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Sigue señalando el artículo, en su segundo párrafo, que «en caso de discordancia entre el domicilio registral y el que correspondería conforme al apartado anterior, los terceros podrán considerar como domicilio cualquiera de ellos».

⁹³ Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas.

⁹⁴ *Vid.* el artículo 9.e) LSA.

⁹⁵ Artículo 120 del Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

no coincidan el domicilio social efectivo y el domicilio registral de una Sociedad Anónima, la ley prevé (como principio de inequívoco contenido procesal⁹⁶) que los terceros puedan considerar como domicilio de la misma cualquiera de los dos (artículo 6 LSA).

En todo caso, el establecimiento de la sociedad mercantil y la forma de constitución de la misma suelen ser los criterios que hacen que una determinada ley mercantil se aplique a una determinada empresa⁹⁷. La domiciliación de la persona jurídica se conecta, también, con la consideración nacional de la misma⁹⁸.

No interesa, por razones obvias, profundizar en el análisis del domicilio privado de la persona jurídica. Si que es relevante resumir algunas de las consideraciones que se acaban de realizar y ahondar en las mismas con algunas afirmaciones complementarias. Se ha visto como, en principio, nuestro ordenamiento jurídico opta por el principio de unicidad de domicilio de la persona jurídica⁹⁹. Además, las diferentes normas legales y la supletoria del Código Civil parecen prohibir que la persona jurídica opte por un domicilio ficticio, que no guarde ninguna relación con la actividad efectiva de la misma¹⁰⁰. Excepcionalmente, en materia de Sociedades Anónimas y en caso de discrepancia entre el domicilio social y el registral, se considera que los terceros pueden optar, libremente, entre uno y otro.

El principio de unicidad del domicilio de las personas jurídicas exige otras nociones mercantiles¹⁰¹ que definan los enclaves de la persona jurídica que no constituyan su domicilio social: las sucursales.

⁹⁶ MARINA GARCÍA TUÑÓN, Á.: *Denominación...*, págs. 249.

⁹⁷ ALFONSO L. CALVO CARAVACA señala que los criterios posibles son: *a*) domicilio social en territorio nacional; *b*) constitución de la sociedad de acuerdo con la ley nacional; *c*) centro de explotación mercantil (y no administrativo) en territorio nacional; y *d*) control efectivo de la empresa detentado por nacionales [en «Las sociedades de capital en el tráfico jurídico internacional», *RGD*, 525 (1988), págs. 3684-3685]. El autor recuerda como en nuestro país se combinan los dos primeros en el artículo 28 CC (*ibidem*, pág. 3686).

⁹⁸ En definitiva, el domicilio es uno de los criterios de atribución de la nacionalidad a una empresa y la aplicación de la legislación nacional a la misma. Evidentemente, cuando se dice que una empresa (persona jurídica) es nacional lo que se pretende es, exclusivamente, conectarla a un ordenamiento jurídico (CALVO CARAVACA, A. L.: *Las sociedades...*, págs. 3680 y 3681).

⁹⁹ En relación a la Sociedad Anónima, *vid.* MARINA GARCÍA TUÑÓN, Á.: *Denominación...*, págs. 244 y 247.

¹⁰⁰ Una vez más, en relación a las Sociedades Anónimas, *vid.* MARINA GARCÍA TUÑÓN, Á.: *Denominación...*, pág. 246, que cita en apoyo de esta tesis la Sentencia TS Ar. 1958/2488 (*idem*).

¹⁰¹ En el artículo 3.2.3 LA se hace referencia al domicilio social y a otros locales de la asociación.

Éstas son los emplazamientos de una persona jurídica distintos a su domicilio social. Aunque alguna regulación concreta exige que se determinen en los estatutos de determinados tipos de personas jurídicas, la doctrina mercantilista sostiene que «la práctica ha sancionado una indicación genérica y se conforma con que los estatutos prevean la apertura de sedes accesorias» (CÁMARA¹⁰²).

En todo caso, la doctrina civilista ha mantenido, tradicionalmente, en relación tanto con el domicilio legal de la persona física como el del matrimonio, como, finalmente, con el de la persona jurídica, que el domicilio, por ser la sede jurídica de la persona, debía ser —como ésta— único. En efecto, la doctrina mantiene, hasta fechas muy recientes, que el domicilio legal solamente puede ser uno, ya que «sirve de lugar de localización jurídica general de la persona»¹⁰³. Precisamente en este principio de unicidad del domicilio se fundamenta la noción civil de residencia¹⁰⁴, entendida ésta como lugar de localización no general de la persona. El Tribunal Constitucional ha utilizado, en alguna ocasión, las nociones civiles de domicilio y residencia y ha aludido al carácter unitario de la primera respecto de las segundas¹⁰⁵. Solamente una de las residencias de las personas físicas o de los matrimonios es considerada como habitual y, por ello, como domicilio legal de la persona o del matrimonio.

Los criterios para la determinación del domicilio de la persona física, del matrimonio y, también, de la persona jurídica tienden, ine-

¹⁰² Extraído de MARINA GARCÍA TUÑÓN, Á.: *Denominación...*, pág. 254.

¹⁰³ BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Derecho...*, pág. 103.

¹⁰⁴ La residencia se define por contraposición a la noción civil de domicilio o, más correctamente, a la noción de residencia habitual que, como se recordará, sirve como criterio para determinar si estamos o no ante un domicilio civil. En definitiva, la doctrina alude a la noción de residencia no habitual.

Mientras que algunos autores toman en consideración el *animus* para determinar si una residencia es o no habitual (DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema...*, pág. 290), otros defienden un criterio puramente objetivo, siendo la residencia habitual aquella en la que se reside una mayor parte del año (BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Derecho...*, pág. 102). Es preciso hacer notar, en todo caso, que la residencia no habitual produce también efectos jurídicos (descritos en *ibidem*, págs. 103-104). Es conveniente indicar también, con ARLETTE MARTIN-SERF (en *Du domicile...*, pág. 541), que las nociones privadas de domicilio y residencia son diferenciables porque, en primer lugar, frente al (teórico) principio de la unicidad del domicilio, es posible el mantenimiento de varias residencias civiles y porque, en segundo lugar, si bien es posible que el domicilio surta efectos jurídicos concretos (caso de domicilio electivo), la residencia produce, siempre, efectos jurídicos generales. Otra diferencia es que mientras que en ocasiones se pueden imponer legalmente domicilios (funcionarios, etc.), no es posible forzar la residencia (ya que ésta se considera situación de hecho).

¹⁰⁵ Auto TC 227/1983/2, de 25 de mayo.

quívocamente, a conferir a una de las residencias utilizadas por las personas físicas o por el matrimonio (o a una de las localizaciones de la empresa jurídica) el rango de domicilio (domicilio social para las personas jurídicas). A tal principio se le conoce como el de unicidad del domicilio. Pero, en la actualidad, este principio rige, esencialmente en la práctica, sólo para las personas jurídicas, y aún con ciertos condicionamientos concretos¹⁰⁶.

La doctrina civilista admite hoy la concurrencia de varios domicilios legales para personas físicas¹⁰⁷ y para matrimonios. Ciertamente tiene algunos efectos negativos en un plano teórico. El más importante de ellos¹⁰⁸ es que trastoca de forma irreparable las diferencias que existen entre las nociones civiles de domicilio y residencia, ya se refiera aquél a una persona física o a un matrimonio. En efecto, desde el momento en el que una persona física puede tener varios domicilios legales, carece de utilidad la noción de residencia. La residencia de una persona en un lugar podría ser considerada, en un determinado momento, como domiciliación de la misma. Asimismo, las diferencias entre el domicilio y la residencia matrimonial se diluyen. Es posible, entonces, que un matrimonio tenga dos domicilios legales o que, incluso, junto al domicilio matrimonial coexistan otros atribuibles a los cónyuges. Es posible, en fin, que los dos domicilios de los cónyuges sean, a la vez, domicilios matrimoniales.

Pero no es menos cierto que con dicha admisibilidad se pretenden dar cabida a supuestos cada vez más frecuentes en nuestra sociedad. Luis Díez Picazo y Antonio Gullón estiman que la existencia de una pluralidad de domicilios legales deriva de la concepción realista de domicilio recogida en el Código Civil¹⁰⁹. Esta idea de la pluralidad de domicilios legales es útil porque permite explicar en términos jurídicos, en definitiva, situaciones fácticas cada vez más frecuentes¹¹⁰.

¹⁰⁶ Vid., los artículos 6 (segundo párrafo) y 9.e) LSA.

¹⁰⁷ Vid. Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema...*, pág. 289. Vid., asimismo, PEMÁN GAVÍN, J.: *La población...*, pág. 1065 y la bibliografía citada en apoyo de su afirmación en la nota 35 de la misma página. Los autores citados sostienen que nuestro Código Civil se separa, en este punto, del napoleónico.

¹⁰⁸ Es evidente también que debilita la obligación contenida en el artículo 68 CC de vivir juntos. Pero no debe olvidarse que esa convivencia en común admite, de por sí, prueba en contrario, como se deduce de la lectura del artículo 69 CC.

¹⁰⁹ *Sistema...*, pág. 289.

¹¹⁰ A título puramente ejemplificativo, se pueden señalar dos situaciones posibles: a) matrimonio que vive en el extrarradio pero mantiene un piso en el centro de la ciudad donde la familia se reúne para comer; b) matrimonio formado por dos cónyuges que mantienen casas en municipios diferentes donde trabajan, usando ambas casas para reunirse los fines de semana y en sus vacaciones.

El criterio jurídico que subyace en la admisibilidad de diversos domicilios legales de personas físicas y de matrimonios es el de entender que constituye domicilio legal el lugar donde la persona o el matrimonio mora. El elemento realista que anima a una concepción pluralista del domicilio utiliza como referencia, en definitiva, la noción penal de morada.

Esta traslación del campo del domicilio único al de la residencia no ha sido analizado en profundidad por nuestra doctrina, pero sí ha recibido atención en otros países como, por ejemplo, Francia. La regulación del domicilio de las personas físicas¹¹¹ y de los matrimonios¹¹² en el Código Civil francés, a diferencia de la de otros países de nuestro entorno¹¹³, es muy cercana a la nuestra. No obstante, en ocasiones el Código Civil francés puntualiza con más detalle que el español. Así se indica, por ejemplo, que el menor no emancipado cuyos padres tienen domicilios distintos está domiciliado en la casa de aquel padre con el que resida (artículo 108.2 CCF¹¹⁴). Aún es más clara la regulación del cambio de domicilio. Señala el artículo 103 CCF que «El cambio de domicilio [de la persona física] se operará por el hecho de una habitación real en otro lugar, junto a la intención de fijar allí su principal establecimiento». Se aprecia, claramente, como la regulación contenida en el Código Civil conecta el domicilio

¹¹¹ Se indica que «el domicilio de todo francés, en lo relativo al ejercicio de sus derechos civiles, es el lugar donde tiene su principal establecimiento», regulándose a continuación la situación de los marinos y de las personas que vivan en barcos (artículo 102 CCF).

¹¹² La Ley 75/617, de 11 de julio de 1975, ha introducido los siguientes artículos (que entraron en vigor el 1 de enero de 1976): a) 108: «El marido y la mujer pueden tener un domicilio sin que esto pueda conllevar atentado a las reglas relativas a la comunidad de la vida». «Toda notificación hecha a un cónyuge, incluso separado de hecho, en materia de estado y de capacidad de personas, debe ser igualmente dirigida a su cónyuge, bajo pena de nulidad»; 108.1: «La residencia separada de los esposos, en el curso del procedimiento de divorcio o de separación de hecho, entraña de pleno derecho domicilio distinto»; 108.2: «El menor no emancipado está domiciliado en la casa de su padre y de su madre. Si el padre y la madre tienen domicilios distintos, él está domiciliado en la casa de aquel padre con el que resida».

¹¹³ Así, por ejemplo, los términos del ordenamiento civil italiano de domicilio, residencia y morada (*dimora*) tienen un alcance diferente. El domicilio es la sede principal de los negocios o intereses de una persona (artículo 43.1 CCI). La residencia es el lugar donde se mora habitualmente (artículo 43.2 CCI). La morada, en sí no formulada en el CCI, pero deducible es, en fin, el lugar donde, no residiendo habitualmente, se habita, aunque sea de forma ocasional o transitoria (*vid.* el artículo 43 CCI). En relación con tales nociones, *vid.* BARILE, P.: *Diritti...*, pág. 154; CUOCOLO, F.: *Istituzioni...*, págs. 631-632; FASO, I.: *La libertà...*, págs. 13-14, y TRAVERSO, C. E.: *La libertà...*, pág. 27 y ss., entre otros. En España, se hace eco de esta distinción GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, págs. 134-135.

¹¹⁴ Redactado mediante la citada Ley 75/617.

con la residencia efectiva de la persona. En la doctrina francesa, trabajos científicos sólidamente trabados, como el de Arlette Martin-Serf, explicitan que el ordenamiento jurídico francés toma cada vez en mayor consideración la residencia de personas físicas y matrimonios, en detrimento de la importancia que, históricamente, tuvo el domicilio (por definición, único) de tales sujetos¹¹⁵.

Al potenciar, en Francia y en España, el lugar de residencia de la persona y del matrimonio lo que se pretende, aunque de forma inconsciente, es extender la noción pública de domicilio (especialmente con los contenidos en los artículos 534.1 CP y 554.2 LECr) al ámbito privado. Las páginas siguientes tienen por objeto examinar, precisamente, estas nociones.

3.3. La noción pública de domicilio

3.3.1. Introducción

Como se acaba de apuntar, el Derecho público ofrece una gama bastante extensa¹¹⁶ de categorías espaciales cercanas entre sí y que configuran una noción pública de domicilio. El Código Penal alude, en la actualidad, a los términos morada de personas físicas y domicilio de personas jurídicas (respecto de los entradas realizadas por particulares¹¹⁷), domicilio (respecto de las entradas realizadas por funcionarios públicos *ex* artículo 534.1) y casa habitada (respecto del agravante de que el robo se ejecute en tal lugar, *ex* artículo 241). La Ley de Enjui-

¹¹⁵ *Du domicile...*, especialmente págs. 546-552 y 560-562.

¹¹⁶ No interesa detenerse, en especial, en la noción fiscal de domicilio, a la que ya se ha aludido extensamente en la nota 73. Parece claro que no guarda relación con el concepto constitucional de domicilio (como ha señalado, en Italia, CARLO E. TRAVERSO, en *La libertà...*, pág. 44) porque el domicilio fiscal es «único y general» (en *El domicilio...*, pág. 121), cosa que, como se verá, no tiene porque ocurrir respecto del domicilio en sentido constitucional y porque ambos cumplen una función distinta; el fiscal actúa como presupuesto de una obligación tributaria, conectándose con la actividad económica, mientras que el constitucional se centra en la posesión sobre la vivienda y se relaciona con la intimidad de las personas. A esta idea se le podría objetar que la propia Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas conecta intimidad y residencia habitual en su artículo 12.2, pero es conveniente recordar que tal precepto admite prueba en contrario en este punto.

¹¹⁷ La morada aparecía también citada en el artículo 10.16 CP (1973), entre los agravantes. La doctrina penal remite sistemáticamente el análisis del concepto de morada al estudio del delito del allanamiento de morada. *Vid.* respecto de esta agravante, la Sentencia TS Ar. 1992/5296, así como las citadas en el Considerando 3 de la misma.

ciamiento Criminal define, por su parte, el domicilio en el marco de las disposiciones sobre entrada y registro en lugar cerrado¹¹⁸.

Pese a que solamente las nociones penal de casa habitada y la procesal del domicilio se definen en los propios textos legislativos en que se integran¹¹⁹, es la penal de morada la que ha sido mejor caracterizada por nuestra doctrina y jurisprudencia. En efecto, centenares de Sentencias del Tribunal Supremo y numerosos estudios dogmáticos¹²⁰ sobre el allanamiento de morada han servido no sólo para configurar esta categoría, sino también para extender su contenido a algunas otras de las citadas: el domicilio al que hoy alude el artículo 534.1 CP¹²¹ y 554.2 LECr y la casa habitada del artículo 241 CP. Ello explica que, en el presente trabajo, se examine en profundidad la noción pública de domicilio partiendo de un amplio examen de la noción penal de morada.

Una observación previa debe realizarse. Como es sabido, el nuevo Código Penal de 1995 ha introducido, por vez primera en nuestro país, y asumiendo la discutible jurisprudencia constitucional en la materia, los delitos de entrada en lugares distintos de la morada, como son los domicilios de personas jurídico-públicas y privadas; los despachos profesionales u oficinas, los establecimientos mercantiles y, en fin, los locales abiertos al público fuera de los horarios de apertura. No existe, hasta el momento, jurisprudencia penal relacionada con tales locales. Ello explica que las siguientes páginas examinen en profundi-

¹¹⁸ Título VIII (De la entrada y registro en lugar cerrado, del de libros y papeles y de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica) del Libro II (Del sumario) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹¹⁹ Se considera casa habitada «todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar» (artículo 241.2 del nuevo Código Penal de 1995). Se define el domicilio procesal como «el edificio o lugar cerrado, o la parte destinada principalmente a la habitación de cualquier español o extranjero residente en España y de su familia» (artículo 554.2 LECr).

¹²⁰ EMILIO O. TOLEDO UBIETO adecúa el contenido del domicilio definido en el artículo 191.1 CP (1973) al de la jurisprudencia constitucional relacionada con el artículo 18.2 CE, entendiendo que es una categoría más amplia que la noción recogida en el artículo 554 LECr. Se apoya, también, en argumentos finalistas y de protección (en *Revisión...*, pág. 331).

¹²¹ Podría pensarse que es más ajustado examinar primero las nociones de domicilio contenidas en los artículos 534.1 CP y 554.2 LECr, vista su evidente conexión con el domicilio constitucionalmente protegido en el artículo 18.2 CE (examinando, para ello, las Sentencias TS Rec. 1889/0306, Rec. 1883/0441 y Rec. 1878/0521, de un lado; y las Ar. 1993/3042/2 y Ar. 1992/2363/2, de otro), pero, como ya se ha indicado, el Tribunal ha definido la noción penal de domicilio partiendo de la de morada (Sentencias TS Rec. 1914/0045/1 y Rec. 1872/0682/1).

dad la noción penal de morada contenida en el Código Penal de 1973 (así como en sus precedentes), que ha sido objeto, frente a las anteriores, de un buen número de resoluciones penales que han concretado su contenido y alcance, que no ha variado en el nuevo Código Penal.

3.3.2. *El concepto penal de morada*

El Código Penal no aclara qué debe entenderse por morada. Pese a tal silencio, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha delimitado la noción penal de morada, noción que, debe señalarse, es hoy idéntica a la de hace un siglo.

Una Sentencia relativamente reciente¹²² del Tribunal Supremo señala que la morada «es el hogar destinado a la habitación de una persona, lugar cerrado donde se reside y satisfacen las condiciones de la vida doméstica, protegida porque es el recinto de la vida íntima del hogar familiar». La identificación propuesta en la sentencia entre morada y hogar familiar no debe llevar a confundir las nociones penal y civil de morada y domicilio matrimonial, respectivamente. Y menos aún, si se mantiene la vieja concepción civil del domicilio que, como sede jurídica de la persona, era, como ésta, único¹²³.

La morada es, por el contrario, el lugar cerrado en el que se mora¹²⁴. Es irrelevante que en dicho lugar se habite de forma ocasional o habitual¹²⁵. Es, de hecho, frecuente que una misma persona o familia more en distintos lugares, y todos ellos son considerados, si-

¹²² Sentencia TS Ar. 1979/2093/3. *Vid.*, también, la Sentencia TS Ar. 1956/1604/ún.

¹²³ La doctrina penal suele distinguir, a estos efectos, el domicilio real (la morada) del domicilio legal (el civil). *Vid.*, así, entre otros, QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado...*, pág. 955; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho...*, I, pág. 200; SUÁREZ MONTES, R. F.: *El delito...*, págs. 868-869; GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, tomo I, 2.^a ed. Salamanca, 1902, pág. 524; RODRÍGUEZ NAVARRO, M.: *Doctrina Penal del Tribunal Supremo*, tomo I, 2.^a ed. Madrid, 1959 y JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento...*, pág. 51. La mencionada distinción, entre domicilio, *residenza* y *dimora* ha sido también recogida, en la órbita del Derecho constitucional italiano, por CARLO E. TRAVERSO (en *La libertà...*, pág. 20-22 y 26-27 y, en idéntico sentido, en *La nozione...*, pág. 597-599). *Vid.*, también, JORGE BARREIRO, A.: *Voz...*, pág. 438.

¹²⁴ En palabras de CARLO E. TRAVERSO: el concepto de domicilio *ex* artículo 43 CC [italiano] expresa una relación jurídica, el concepto de domicilio *ex* artículo 614 CP [italiano] un ámbito delimitado de espacio (en *La libertà...*, pág. 55).

¹²⁵ En contra, las criticables Sentencias TS Ar. 1954/0582/6, donde se afirma que la morada es el lugar «donde *habitualmente* residen» una persona o una familia (el subrayado corresponde a este trabajo) y Ar. 1974/3910/8, sobre un lugar utilizado por una pareja adúltera.

multáneamente, moradas. Esta idea ha llevado al Tribunal Supremo a realizar afirmaciones de indudable trascendencia práctica.

En efecto, desde un punto de vista general, el Tribunal ha señalado que «la morada de una persona [es] el lugar más o menos habitable donde reside»¹²⁶ o que «se entiende por morada el lugar destinado privativamente a la habitación de persona o familia con disposición exclusiva»¹²⁷. El Tribunal ha considerado que, en definitiva, los términos habitación, piso, vivienda «pueden reducirse al común denominador de morada y se usan así en el lenguaje común»¹²⁸.

La consecuencia práctica de la concepción de morada que mantiene el Tribunal Supremo es la amplitud de la misma. Desde el momento en que el lugar donde se mora, siquiera accidentalmente, debe ser considerado morada se entienden que en tal categoría tengan encajes lugares como son un *chalet*¹²⁹, o un remolque¹³⁰. Estos dos lugares no constituyen morada habitual de la persona, pero sí morada accidental de la misma.

No cabe, por el contrario, y pese a lo defendido por algunos penalistas¹³¹, considerar morada al lugar donde no se mora. La noción de morada implica, en sí misma, habitación. La extensión de la misma

¹²⁶ Sentencia TS Rec. 1891/0071/1.

¹²⁷ Sentencia TS Rec. 1883/0137/1.

¹²⁸ Sentencia TS Ar. 1964/1865/1.

¹²⁹ Sentencia TS Ar. 1963/2226/1. En la misma línea, en relación con el Derecho francés, BURDEAU, G.: *Les libertés...*, pág. 165.

¹³⁰ Sentencia TS Ar. 1968/2666/4.

¹³¹ En este sentido, SUÁREZ MONTES, R. F.: *El delito...*, pág. 870; VIVES ANTÓN, T. S. (coord.): *Derecho Penal. Parte especial*. Valencia, 1990, pág. 770 (aunque después afirme que un lugar deshabitado no puede ser considerado morada); RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho...*, pág. 324 —seguido por FRANCISCO SOSA WAGNER, en *Ejecución...*, pág. 485—; PELLISÉ PRATS, B.: *Voz «Allanamiento de morada»*, en AA.VV., *NEJ*, tomo II, pág. 619; JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento...*, pág. 49. El último autor citado encuentra su apoyo, una vez más, en el Derecho extranjero (alemán, austriaco y portugués). La afirmación no es de recibo por varios motivos. En primer lugar, si se acepta que el allanamiento de morada constituye la vertiente objetiva del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, parece claro que el constituyente protege todo domicilio; pero, también, sólo el domicilio (noción que no equivale en nuestra lengua al local de negocio). En segundo lugar, no puede extrapolarse a nuestro país la concepción germánica del derecho a la inviolabilidad del domicilio, concepción real que contrasta con la concepción latina, personalista (sobre tales extremos, *vid.* SUÁREZ MONTES, R. F.: *El delito...*, págs. 863-867). En tercer y último lugar, no puede extrapolarse el contenido de normas penales de otros ordenamientos al nacional. Ello vulnera, de forma irreparable, el principio de legalidad y tipicidad penal. En el ordenamiento constitucional italiano, *vid.* entre otros muchos, por todos, FASO, I.: *La libertà...*, pág. 48.

En sentido contrario, *vid.*, SANZ MORÁN, Á.: *Algunas...*, pág. 327; PUIG PEÑA, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, 7.ª ed. Madrid, 1988, pág. 528; CUELLO CALÓN, E.:

idea de morada a lugares en los que se desarrolla actividades privadas no conectadas con la habitación contraría la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo en la materia¹³², y constituye, además, una extensión inadmisibles del tipo penal que debe interpretarse, siempre, restrictivamente¹³³. Un argumento suplementario y de menor valor que avala esta tesis es que el mismo legislador penal ha preferido tipificar de forma autónoma el delito de entrada en el domicilio de una persona jurídica (ya sea pública o privada) a extender la noción misma de morada¹³⁴.

Es en todo caso indiferente, a estos efectos, que tales concepciones extensivas de la morada se configuren en relación con el delito de allanamiento de morada o al derecho fundamental de inviolabilidad del domicilio. Debe recordarse que algunos constitucionalistas, extrayendo intencionadamente algunas frases de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia, y basándose, una vez más, en el trabajo de Paolo Barile y Enzo Cheli, han intentado definir el domicilio a efectos constitucionales partiendo del concepto de morada, realizando, a continuación una interpretación extensiva de la noción penal de morada para concluir en una noción constitucional extensiva de domicilio¹³⁵.

Éste es el caso de, entre otros¹³⁶, Pedro J. González-Trevijano. El autor citado señala, con apoyo en el citado trabajo italiano, que el allanamiento de morada ampara no sólo la morada entendida como

Derecho Penal II. Parte especial, vol. II, 14.^a ed. Barcelona, 1982, pág. 784; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho...*, I, págs. 200-201.

¹³² Se alude a la Sentencia TS Ar. 1994/0040/1, en la que se afirma que morada y domicilio se identifican, lo que supone que un piso desocupado no puede ser considerado, penalmente, morada. En el plano doctrinal, *vid.* JORGE BARREIRO, A.: *Voz...*, pág. 439.

¹³³ A. PACE ha señalado, en este sentido, que la adecuación interpretativa de la noción penal italiana de morada a un concepto amplió de domicilio en sentido constitucional conllevaría una ilegitimidad más grave que la que pretende resolver, cual es la vulneración del principio de legalidad penal (en su *Problemática...*, págs. 218-219, nota 6 *in fine*).

No puede adoptarse un criterio amplio de morada basándose, tampoco, en el artículo 492 CP (1973), como hacen los penalistas citados en la nota 72 de la pág. 52 del trabajo de AGUSTÍN JORGE BARREIRO (*El allanamiento...*), así como las Sentencias TS Rec. 1895/0144/1 y Ar. 1968/1043/1, como explica atinadamente ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS (en su *Tratado...*, pág. 959 —el subrayado pertenece al original—, seguido en este punto por JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento...*, pág. 52).

¹³⁴ Se alude al artículo 203 (y 204) CP (1995), en relación con el 202 CP.

¹³⁵ PAOLO BARILE y ENZO CHELI establecen los elementos esenciales y accidentales de la morada (o del domicilio en su acepción constitucional, puesto para ellos es lo mismo) en *Domicilio...*, págs. 862-863. *Vid.*, entre nosotros, ALONSO DE ANTONIO, Á. L.: *El derecho...*, págs. 86-95.

¹³⁶ La misma posición es mantenida por PABLO LUCAS VERDÚ, en su *Voz...*

habitación, sino también, los lugares donde el sujeto despliega su actividades laborales, culturales, de recreo y de ocio, siempre que tutelan un ámbito esencial de *privacidad*¹³⁷. Este hecho, que supone entender que la noción penal de morada es más amplia que la de la habitación puede extraerse, a juicio del autor, de la jurisprudencia dictada por la Sala del Tribunal Supremo en la materia. Pedro J. González-Trevijano reproduce, a este efecto, varias citas extraídas de Sentencias del Tribunal Supremo de las que solamente puede deducirse lo contrario a lo planteado¹³⁸: la morada exige habitación y su utilización para desarrollar actividades domésticas¹³⁹.

Por estas razones, la traslación de los postulados del trabajo de Paolo Barile y Enzo Cheli a nuestra jurisprudencia constitucional es, una vez más criticable, ya que en Italia es cuestión pacífica que la noción penal de morada supera la de la habitación, protegiendo, también, locales no destinados a ésta¹⁴⁰.

¹³⁷ En *La inviolabilidad...*, págs. 150-151. Los postulados de PAOLO BARILE y ENZO CHELI, relacionados con los elementos esenciales y accidentales de la noción penal de morada y constitucional de domicilio son asumidos por PEDRO J. GONZÁLEZ-TREVIJANO (*ibidem*, págs. 146-157). Sin embargo, SILVIO BASILE ya había hecho notar que las nociones de domicilio contenidas en los artículos 18.2 CE y 14 CI pueden ser diferentes (en «Los “valores superiores”, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas», en AA.VV.: *La Constitución española de 1978* (estudio sistemático dirigido por los profesores ALBERTO PREDIERI y EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA). 2.ª ed. Madrid, 1981, págs. 301-302).

¹³⁸ *Ibidem*, págs. 141 y 142. Las Sentencias TS a las que alude en la última página citada se refieren, así, a la vida doméstica y a la utilización siquiera accidental del lugar como habitación.

¹³⁹ Ésta es la jurisprudencia continuada del Tribunal Supremo en la materia. Dicho principio únicamente conoce una excepción: la referida a los Casinos y Círculos de Recreo, representada por las Sentencias TS Rec. 1889/0123/1, Rec. 1887/0276/1 y Rec. 1916/0089/ún. Debe señalarse que esta jurisprudencia olvida los postulados mantenidos en otras muchas Sentencias del Tribunal Supremo, en las que exige, en todo caso, que en la morada *a)* se more y *b)* se realicen en ellas actividades domésticas. Queda, eso sí, la duda de si en los mencionados centros existían o no habitaciones para el uso de los socios, en cuyo caso, sí se ajustaría esta jurisprudencia a la examinada en el texto.

¹⁴⁰ Algunas resoluciones han examinado si se había cometido el delito de allanamiento de morada (artículo 614 CPI) en relación con establecimientos industriales (St. Cass. sez. I, de 20 de marzo de 1973) y con la sede de un partido político (Sentencias de Casación penal, de 23 de junio de 1954 y de 14 de enero de 1963). Es interesante recordar los términos de una de ellas, la Sentencia dictada en Casación penal el 23 de marzo de 1953 (citada por IGNAZIO FASO en *La libertà...*, pág. 33, nota 64): «para la existencia del delito de violación del domicilio, puede considerarse lugar de morada privada también un establecimiento industrial». El citado autor italiano es, también, partidario de una noción amplia de morada, que supere a la habitación (*ibidem*, pág. 17).

Es cierto, como señala, en nuestro país, PEDRO J. GONZÁLEZ-TREVIJANO, que existe una abierta polémica doctrinal sobre si los establecimientos industriales deben conside-

En nuestro país, sin embargo, la morada supone, en todo caso, habitación¹⁴¹. Esto no implica que dicha morada deba disponer necesariamente de determinados servicios (cocina o gas); es suficiente con que sea lugar de reposo (íntimo) de la persona o familia. Por esa razón es posible que una simple cueva¹⁴² o que un simple cuarto¹⁴³ sean considerados, penalmente, morada.

Lo señalado hasta aquí permite distinguir la noción penal de morada de la tradicional del domicilio civil. Mientras que una persona puede tener varias moradas, hasta fechas recientes se señalaba que solamente podía tener un domicilio civil (y otras residencias). Ya se ha visto en páginas anteriores como la idea del domicilio civil legal¹⁴⁴ de personas físicas y matrimonios parece que puede, en la actualidad, favorecer simultáneamente a varios lugares. Como allí se adelantó, con ello se pretendía asimilar la noción civil legal de domicilio (de personas físicas y matrimonios) a la penal de sus moradas.

En definitiva, la morada penal es la casa habitada¹⁴⁵; es decir, el lugar cerrado —o, mejor, en expresión de Ángel L. Alonso de Antonio, delimitado¹⁴⁶— en el que una persona o varias moran. Si bien es

rarse amparados por el artículo 614 CP (—de la que una tan completa información doctrinal exime a este trabajo de hacerlo—, en su *La inviolabilidad...*, pág. 151, nota 72; que puede, además, completarse con la bibliografía que en esta misma materia aporta E. DOSI, en *Inviolabilità...*, pág. 59 y GIULIANO AMATO, en *Articolo...*, pág. 8). Ello no puede hacer olvidar que, de forma indudable, es más extenso en su campo de protección el artículo 614 CPI que los artículos 191.1 y 490 de nuestro Código Penal de 1973.

¹⁴¹ Así, la Sentencia TS Ar. 1995/9031/3 hace ver que una nave industrial no constituye un domicilio a efectos constitucionales.

¹⁴² Sentencia TS Rec. 1896/0306/1. En esta Sentencia, que es una de las más citadas en materia de allanamiento de morada, se ha querido justificar, frecuentemente, el alcance extensivo de la noción penal de morada. Suele así afirmarse que la morada puede referirse *hasta a* una cueva. Es conveniente recordar que la cueva a la que alude esta Sentencia disponía de cama y puerta que la separaba del exterior (tal y como se desprende de la lectura de los Resultandos de la Sentencia). Por ello, la única diferencia de la cueva en relación con otras moradas es el constituir una cavidad natural de piedra y su consideración como vivienda no conlleva una ampliación (ni exigida ni extensiva) de la idea penal de morada.

¹⁴³ Sentencias TS Rec. 1907/0057/1, Rec. 1901/0124/2 y Rec. 1886/0093.

¹⁴⁴ Lo que sí es posible es que una persona o matrimonio siga domiciliando los efectos de un negocio o contrato jurídico o de una modificación convencional del fuero procesal en un lugar diferente al que moran.

¹⁴⁵ Sentencia TS Ar. 1974/391/7. *Vid.*, en relación con la casa habitada el artículo 241 del Código Penal de 1995.

¹⁴⁶ *El derecho...*, pág. 86; *vid.*, también, JORGE BARREIRO, A.: *Voz...*, pág. 438. El primer autor citado alude, en su apoyo, a las Sentencias TS Rec. 1922/0232, Rec. 1906/0175 y Ar. 1957/2052 que se refieren al allanamiento de morada realizado sobre una casa en la que la puerta estaba entornada (en el primer caso) o abierta (en los dos últimos). Además, este carácter permite excluir de la categoría constitucional de domi-

cierto, como se ha señalado hasta ahora, que el Código Penal no define la morada, sí que explica qué debe entenderse por el término *casa habitada*: «todo albergue que constituya morada de una o más personas»¹⁴⁷. De hecho, el Tribunal Supremo ha establecido en varias ocasiones la estrecha cercanía (*rectius*: identidad) entre las nociones penales de morada y casa habitada¹⁴⁸.

cilio los locales que carecen de un elemento que marque la discontinuidad en relación con lo externo a la morada (*vid.* Sentencias TS Ar. 1995/6643/1 y Ar. 1995/6643/2).

La idea del domicilio como espacio delimitado es clásica en la órbita del Derecho Constitucional italiano (*vid.*, en este sentido, TRAVERSO, C. E.: *La libertà...*, págs. 9, 55 y 61; en relación con la noción penal de domicilio, *ibidem*, pág. 55).

La IV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos es aplicable a la entrada producida en una casa en la que la puerta estaba cerrada sin cerrojo, como muestra, por todas, la Sentencia Sabbath v. US, 391 US 585 (1968) [*vid.* ISRAEL, J. H. y LAFAVE, W. R.: *Criminal...* (1988), págs. 87-88 y MILLER, F. W.; DAWSON, R. O.; DIX, G. E. y PARNAS, R. I.: *Cases...*, págs. 182-183], o, en determinadas circunstancias, descritas en la Sentencia US v. Dunn, 480 US 294 (1987), a la entrada realizada en patios de uso privado [como indican los primeros autores citados en *Criminal...* (1992), pág. 132].

¹⁴⁷ Artículo 241.2 del Código Penal de 1995, que reproduce casi con exactitud la definición contenida en el primer párrafo del artículo 508 CP de 1973. El concepto de casa habitada fue incluido en el Código Penal en 1870 (artículo 523), con el objeto de paliar las discrepancias interpretativas en torno a su alcance. Debe recordarse como, ya en 1866, el Ministerio de Gracia y Justicia dictó la Real Orden de 13 de enero, en la que se indicaba que por casa habitada debía entenderse «el que sirve de morada a una persona, aun cuando el morador falte de él accidental o momentáneamente». Esta indicación, junto a una exhaustiva nota sobre la evolución histórica del delito de robo en casa habitada, se encuentran en SORIANO SORIANO, J. R.: «El robo en casa habitada y sus dependencias: artículos 506.2 y 508 CP. Legislación vigente y anteproyecto de 1992», *CPC*, 47 (1992), págs. 398 y ss. (para lo anteriormente reseñado, pág. 399).

¹⁴⁸ Aunque algunos autores, como QUINTANO RIPOLLÉS, distinguen en el plano doctrinal casa habitada y morada, entendiendo que aquella exigiría una «relativa durabilidad de la ocupación de la morada o albergue, como recuerda JOSÉ R. SORIANO SORIANO (en *El robo...*, pág. 406), es conveniente recordar que el Tribunal Supremo utiliza ambas nociones o idénticos elementos para definir una y otra (*vid.* así las Sentencias TS Ar. 1974/3910/7, Rec. 1891/0144/1, TS Ar. 1966/1053/ún.).

El Tribunal Supremo ha identificado también, en ocasiones, las nociones penales de morada y casa habitada. Y es que para dicho Tribunal ambas nociones se refieren a los lugares en los que se puede dar lo que E. BORJA JIMÉNEZ ha denominado la *habitabilidad* de hecho [en «Algunos aspectos críticos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el robo en casa habitada», *PJ*, 6 (1987) pág. 113 y Sentencia TS Ar. 1949/0195/1]. Por estas razones se ha afirmado en la jurisprudencia penal que el delito de robo en casa habitada absorbe, lógicamente, al de allanamiento de morada (Sentencia TS Ar. 1974/2444/4). Por su parte, la Sentencia TS Ar. 1965/5028/ún., que parte de la discutible tesis de que el allanamiento de morada protege la libertad y seguridad, hace hincapié en la autonomía entre tal delito y el de robo en casa habitada, pues el dolo es diferente para cada uno de los delitos. La argumentación esgrimida en esta Sentencia es discutible. El hecho de que el legislador haya optado por incluir el allanamiento en otro tipo penal (el robo en casa habitada) no supone que las entradas domiciliarias que pretenden robar en una morada no vulneren, al tiempo, necesariamente, la intimidad de sus moradores.

Igualmente asimilable a la noción penal de morada es la procesal del domicilio. Éste, como se recordara, se define en el artículo 554.2 LECr como «el edificio o lugar cerrado, o la parte de él destinada principalmente a la habitación de cualquier español o extranjero residente en España y de su familia». Del tenor literal del citado artículo se puede deducir la relación existente entre domicilio y habitación, ya que aquél se utiliza, principalmente, como ésta. Es cierto que el tenor literal del artículo 554.2 permitiría, al menos teóricamente, entender que algunos locales no destinados *principalmente* a habitación pudieran tener encaje en la noción procesal de domicilio. De hecho, algunas Sentencias del Tribunal Supremo, asumiendo la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de inviolabilidad del domicilio¹⁴⁹, han mantenido una noción más amplia del domicilio procesal respecto de la habitación, que favorece a ciertos locales de negocios (como son los despachos, o, desde un punto de vista más general, los lugares inaccesibles para los clientes de los locales abiertos al público). Ahora bien, esta misma jurisprudencia que mantiene una visión extensiva del domicilio, además de ser minoritaria¹⁵⁰, suele conectar, finalmente, domicilio y morada. Así, por ejemplo, en la Sentencia TS de 14 de junio de 1993¹⁵¹ se indica que el domicilio es el «lugar en donde se vive, se habita, se trabaja o se ejercitan cuantos derechos legítimos correspondan», pero a renglón seguido se alude a la casa habitada y a la vincu-

¹⁴⁹ Vid. GIBBERT GIBBERT, A.: *La inviolabilidad...*, pág. 1145.

¹⁵⁰ En efecto, ciertas declaraciones generales del Tribunal Supremo parecen extender la noción de domicilio a los locales de negocio (Sentencias TS Ar. 1994/3291/2 y Ar. 1986/6803/4, 1995/0569/3c), llegando a afirmar que «el despacho de un ciudadano [sic] [no abierto al público] pertenece a su esfera de *privacidad*» (Sentencia TS Ar. 1993/7371/1. Vid. también, la Sentencia TS Ar. 1995/5387/3) y en el reconocimiento implícito de que es domicilio la parte no abierta al público de los locales abiertos al público (Sentencia TS Ar. 1989/9800/2). Otras Sentencias ya citadas, mucho más abundantes en su número, vinculan domicilio y morada (o, mejor, domicilio y habitación —*cfr.* Sentencia TS Ar. 1995/3374/4.B—) —*vid.* ahora, por todas, las Sentencias TS Ar. 1995/8979/1.3; Ar. 1995/8015; Ar. 1995/3538/2; Ar. 1995/2810/3; Ar. 1995/1829/1.c y Ar. 1995/0568/1—. El Tribunal Supremo ha llegado a señalar (en sus Sentencias Ar. 1993/3042/2 y Ar. 1992/2363/2) que «la Constitución [...] sólo declara inviolable el domicilio, no el negocio o la propiedad». Estas afirmaciones deben conectarse, además, con otra jurisprudencia analizada en detalle en este mismo trabajo: la que excluye que los locales abiertos al público puedan ser considerados domicilio a efectos constitucionales (como son los bares —Sentencias TS Ar. 1995/8015, Ar. 1995/5436/2 y Ar. 1995/1829/1.c—, los sindicatos —Sentencia TS Ar. 1995/5436/2—, las librerías —Sentencia TS Ar. 1995/2836/1— y los talleres —Sentencia TS Ar. 1995/3027/1—), también en sus partes no abiertos al público (como son la cocina de un restaurante —Sentencia TS Ar. 1995/8314/6—, el almacén de una discoteca —Sentencia TS Ar. 1995/7589/7— o la trastienda de un comercio —Sentencia TS Ar. 1995/2836/1—), salvo si se destinan a habitación particular —Sentencia TS Ar. 1995/0077/ún.—.

¹⁵¹ Sentencia TS Ar. 1993/5004/1.

lación entre el concepto procesal de domicilio y la habitación¹⁵². El Tribunal Supremo ha llegado a recordar que el artículo 547 LECr, referido a los lugares abiertos al público, incluye dentro de sí, con carácter residual, «cualesquiera otros edificios o lugares que no constituyen domicilio de un particular»¹⁵³ (apartado 3.º). Y es que la posición mayoritaria del Tribunal Supremo en este punto es el de la simple equiparación de las nociones procesal de domicilio y la penal de morada (o, si se prefiere, por el momento, la asimilación del domicilio procesal al lugar destinado a habitación). El Tribunal Supremo ha señalado, en esta dirección, que el domicilio procesal (que es el mismo que el constitucional) solamente beneficia a las moradas¹⁵⁴. Ha indicado, también, que el domicilio es el lugar dedicado total o parcialmente a la habitación, la vivienda¹⁵⁵; el lugar donde éstas radican¹⁵⁶ o que es el lugar que sirva de habitación o morada a quien en él vive¹⁵⁷. Se refiere, en conclusión, a los locales cerrados destinados a la vida individual o familiar¹⁵⁸, tengan éstos el carácter que tengan¹⁵⁹. En sentido contrario, no gozan de la protección constitucional los lugares cerrados que no constituyen domicilio¹⁶⁰.

Especialmente ilustrativas son las citadas Sentencias TS de 6 de abril de 1993 y de 8 de marzo de 1992¹⁶¹. En ellas el Tribunal examina el sentido etimológico de la palabra domicilio (derivada de «domus» «colere»; es decir, casa habitada), gramatical (a través del dic-

¹⁵² *Idem.*

¹⁵³ Sentencia TS Ar. 1993/1508/4.

¹⁵⁴ Sentencia TS Ar. 1994/6260/1.

¹⁵⁵ Sentencia TS Ar. 1992/2767/2. *Vid.*, también, las Sentencias TS Ar. 1994/6260/1; Ar. 1994/3643; Ar. 1993/3042/2 y Ar. 1992/2363/2. En el plano doctrinal, y en idéntica dirección, *vid.* SERRANO, J. M.: *Comentario...* (1985), pág. 368.

¹⁵⁶ Sentencia TS Ar. 1994/7600/3.

¹⁵⁷ Sentencias TS Ar. 1994/6603/3 y Ar. 1993/2330/5 (referida a un cuarto de hotel). *Vid.*, también, las Sentencias TS Ar. 1992/10213/4; Ar. 1992/0154/2, y aludiendo a tales cuartos como lugar de residencia, las Sentencias TS Ar. 1994/6701/7; Ar. 1992/7737/1 y Ar. 1992/6378/3.

¹⁵⁸ Sentencia TS Ar. 1994/5173/4. *Vid.* también la Sentencia TS Ar. 1993/6059/1.

¹⁵⁹ Así, la cueva que sirve de habitación es, por esto mismo, domicilio (Sentencia TS Ar. 1994/8031/2).

¹⁶⁰ Sentencia TS Ar. 1994/7600/3.

Por otra parte, el artículo 557 LECr (con un evidente paralelismo con el viejo artículo 492 CP 1973) explica que el Tribunal Supremo reitera una y otra vez que los bares y otros locales abiertos al público no pueden ser considerados, a efectos procesales, domicilio (*vid.*, así, entre otras, las Sentencias TS Ar. 1994/3291/2; Ar. 1993/6059/1; Ar. 1993/3775/2; Ar. 1993/3042/2; Ar. 1992/5297/4 y Ar. 1991/4594/1).

¹⁶¹ Las dos Sentencias TS (Ar. 1993/3042/2 y 1992/2363/2, respectivamente) han sido dictadas por la Sala de lo penal del Tribunal Supremo, siendo su ponente en ambas J. M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ.

cionario de la Real Academia de la Lengua Española, donde se define el domicilio como «morada fija y permanente», «casa que uno habita o se hospeda» o «lugar en que legalmente se considera establecida una persona para el cumplimiento de sus obligaciones y ejercicio de sus derechos», histórico (mediante la Sentencia, del propio Tribunal Supremo, de 28 de noviembre de 1887, en la que se indicaba que «es morada el lugar que sirve de descanso y cuidado de las personas, constituyendo propiamente su domicilio»¹⁶²) y lógico, pues evidencia la conexión de, entre otros, los artículos 191 y 490 del Código Penal (de 1973) y 554.2 LECr¹⁶³. Este mismo artículo, que presenta a juicio del Tribunal una interpretación auténtica del concepto de domicilio, vincula también domicilio y habitación¹⁶⁴.

Puede concluirse que la noción penal de morada (así como la penal de casa habitada y la procesal de domicilio) se pueden definir como aquellos lugares cerrados destinados prioritariamente a habitación. Es sin embargo posible profundizar en la noción penal de morada examinando cuales son sus características, a tenor de la abundante jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo en la materia. A esta tarea se dedican las siguientes páginas.

¹⁶² Se alude a la Sentencia TS Rec. 1887/0368. De aquí se deriva que el artículo 18.2 CE protege «el domicilio, no el negocio o la propiedad». También alude al domicilio de las personas la Sentencia TS Ar. 1991/4594/1. Otras Sentencias TS mantienen que determinados locales no son domicilios por no vivir nadie en ellos. Así, entre otras muchas, *vid.* las Sentencias Ar. 1993/1508/4y6 (zaguán de libre acceso en el portal); Ar. 1994/7918/1, Ar. 1994/0935/1, Ar. 1994/5173/4, Ar. 1993/10013/4 y Ar. 1993/5253/2 (pisos en los que no vive nadie, que no constituyen morada ni, por tanto, domicilio de persona alguna. *Vid.*, también, la Sentencia TS Ar. 1993/3214/1); Ar. 1994/6815/3 (corral); Ar. 1994/2574/4 (cobertizo); Ar. 1994/6283/4 (trastero común de los vecinos); Ar. 1993/8575/2 (trastero sin comunicación interior con la vivienda); Ar. 1994/6996/2 (caravana, considerada como morada) y Ar. 1994/6261/1 (coche). Sobre este último aspecto, *vid.* también, las Sentencias TS Ar. 1994/8157/3 y Ar. 1990/6369/4.

¹⁶³ Esta idea ha sido recogida, también, por diversos autores, que conectan, con acertado sentido lógico, las normas que prohíben entradas a funcionarios con las que regulan el procedimiento criminal para realizar entradas en domicilios. *Vid.*, por todos, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho...*, pág. 793; SOSA WAGNER, F.: *Ejecución...*, pág. 485; y SUÁREZ MONTES, R. F.: *El delito...*, pág. 97. El último autor citado hace algunas atinadas observaciones que deberán ser analizadas posteriormente en este trabajo.

¹⁶⁴ Los locales profesionales no integran, en principio, la noción procesal de domicilio. En una reciente Sentencia (Ar. 1994/10164/1) el Tribunal Supremo ha señalado que un despacho común a varios empleados de una empresa, con mesas separadas por mamparas de cristal no se destina a la *privacidad* y no puede, por ello, ser considerado domicilio. El Tribunal es taxativo al afirmar que «el lugar registrado no goza de la protección invocada».

3.3.3. *Las características de la noción penal de morada*¹⁶⁵

Como se acaba del indicar, del examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se pueden extraer algunas notas que permiten clarificar el alcance de la noción penal de morada (válido en buena medida, como se verá, en relación con el domicilio procesal —artículo 554.2 LECr— y la casa habitada penal —artículo 241 del nuevo Código Penal—).

A la primera de ellas, se ha hecho ya referencia en líneas anteriores, cuando se dijo que se protege penalmente la morada fugaz y actual, incluida la de naturaleza ocasional o esporádica¹⁶⁶. Ello permite, como la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo señala y la doctrina respalda, la inclusión de lugares tales como remolques-vivienda, habitaciones de hotel o *chalets* en la noción penal de morada. Ello supone, también, que la persona puede tener, simultáneamente, varias moradas¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Es frecuente que los penalistas analicen, de forma sumaria, cuales son las características que un determinado lugar debe cumplir para poder ser considerado, penalmente, morada. *Vid.*, en este sentido, las observaciones realizadas por JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento...*, págs. 47-51; SUÁREZ MONTES, R. F.: *El delito...*, págs. 869-871; CUELLO CALÓN, E.: *Derecho...*, II, págs. 785 y 786 y PUIG PEÑA, F.: *Derecho...*, págs. 528 y 529, entre otros. La caracterización de la morada que en el presente punto de este trabajo se ofrece es la que resulta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia. Dicha jurisprudencia choca frontalmente, en ocasiones, con las caracterizaciones doctrinales de la morada a las que se acaban de hacer referencia. Así, a título de ejemplo, se puede recordar que AGUSTÍN JORGE BARREIRO incluye en la noción de morada los espacios dedicados al desarrollo de actividades profesionales (*El allanamiento...*, pág. 49), contradiciendo —con ello—, la reiterada aunque no unidireccional jurisprudencia que habitualmente exige que la morada sirva de habitación.

¹⁶⁶ *Vid.*, como allí se indicó, la Sentencia TS Ar. 1963/2226/1. *Vid.*, en el plano doctrinal, JORGE BARREIRO, A.: *Voz...*, pág. 438.

¹⁶⁷ Sentencia TS Ar. 1992/5406/9. R. F. SUÁREZ MONTES exige, por ello, actualidad del uso de la morada (*El delito...*, pág. 870 y JORGE BARREIRO, A.: *Voz...*, pág. 438). *Vid.*, en relación con el Derecho constitucional italiano, NACCI, P. G.: *Libertà...*, pág. 50. Lo relevante no es, así, que el lugar constituya la residencia habitual de la persona, sino que sea, simplemente, su residencia, aunque sirva a este fin accidentalmente. Esta característica de la morada, llevada a sus últimas consecuencias supone que, de un lado, no puede ser considerado morada el lugar deshabitado (lo que confirma la Sentencia TS Ar. 1994/0040/1) y que, de otro, deban incluirse en la noción de morada los lugares concebidos para morar accidentalmente (ya sean inmuebles —habitaciones de hoteles, *chalets* o pensiones— o muebles —remolques, tiendas de campaña o buques— [*vid.* las Sentencias TS Rec. 1901/0124/2; Ar. 1963/2226/1 y Ar. 1968/2666/4, relacionadas con una morada-habitación, un *chalet* y un remolque, respectivamente]). *Vid.*, también, la Sentencia TS Ar. 1994/10378/1, en la que si bien no se aclara positivamente si un departamento de literas de un tren es domicilio, se justifica su registro en razones de proporcionalidad). La primera afirmación es mantenida, en nuestro país, por RODRÍGUEZ NAVARRO,

Idénticas ideas son predicables de la noción penal de la casa habitada¹⁶⁸ y de la procesal de domicilio¹⁶⁹.

M.: *Doctrina...*, III, 1960, pág. 3974; SANZ MORÁN, Á.: *Algunas...*, pág. 327; VIVES ANTÓN, T. S. (coord.): *Derecho...*, pág. 770 y SUÁREZ MONTES, R. F.: *El delito...*, pág. 870. Debe recordarse que los locales residenciales abandonados tampoco son amparados por la IV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, como señalan JEROLD H. ISRAEL y WAYNE R. LAFAVE [en su *Criminal...* (1988), pág. 61]. El segundo dato al que se ha hecho referencia ha sido también recordado por los penalistas, que citan en su apoyo el Decreto de 14 de diciembre de 1956 que reglamenta los campamentos de turismo «camping» (R. Ar. 1957/0145). Pese a todo debe entenderse que la inclusión de tales bienes muebles en la noción penal de morada se realiza ya en el propio precepto penal (por el principio de legalidad penal). En relación con el Derecho Constitucional francés, *vid.* las Sentencias de la Sala Criminal del Tribunal de Casación de 1 de marzo de 1890 [RDS, 1 (1890), págs. 1334 y ss.] y de 31 de enero de 1914 [RDS, 1 (1918), pág. 1176 y ss.] y en el plano doctrinal, HAMON, L. y LÉAUTÉ, J.: *Note...*, pág. 174.

¹⁶⁸ En efecto, el Tribunal Supremo ha entendido que la noción de casa habitada es aplicable a cualquier lugar cerrado y habitable en el que se mora, ya constituya bien inmueble o mueble (de forma especialmente clara en su Sentencia Ar. 1973/1806/3). La casa habitada puede alcanzar, así, a bienes muebles (coches-vivienda o remolques, Sentencia Ar. 1973/2801/ún., por todas) o inmuebles, aunque sean para uso ocasional, como los chalets (Sentencia Ár. 1986/1458/3, y la jurisprudencia anterior allí citada). La protección de la habitación fugaz supone en todo caso que se considera posible que una persona o familia disponga de casas habitadas en distintas localidades, idea que supera la visión (tradicionalmente unicista) del domicilio civil (*vid.*, en este punto, la Sentencia TS Ar. 1949/0195/2 y, en el plano doctrinal, SORIANO SORIANO, J. R.: *El robo...*, pág. 417 y ss).

¹⁶⁹ Lo que explica que los cuartos de los hoteles, pensiones, etc. sean considerados domicilios a efectos procesales en las Sentencias TS Ar. 1995/9865/2, 1995/7588/7, 1995/5437/2, 1995/3374/3.B, 1994/6701/7; 1993/2330/5; 1992/7737/1; 1992/6378/3 y 1992/0154/2 y el Auto TS Ar. 1995/1821/ún. A los cuartos de hotel aluden, también, las Sentencias TS Ar. 1994/7918/1; 1994/7600/3; 1994/6263/2; 1994/0935/1; 1993/8575/2; 1993/6705/1; Ar. 1993/6152/2 y 1992/8515/2. Tal habitación es considerada domicilio a efectos constitucionales desde que se encuentra «ocupada, contratada, utilizada, concertada, apalabrada o poseída por alguien» (Sentencia Ar. 1995/2810/4), pero no cuando ya ha sido abandonada por el cliente (Sentencia 1995/5437/2). Por esta razón, si se pretende registrar un cuarto de una pensión, es necesario una autorización judicial singular (Sentencia TS 1995/2810/5). Solamente se separa de esta abundante jurisprudencia las Sentencias TS Ar. 1995/8314/6, 1992/10213/4 y el precedente en ésta última citado, que realiza una lectura poco afortunada de la relación entre los artículos 18.2 CE, 554.2 y 557 LECr, que ya había sido correctamente establecida en la importante Sentencia TS Ar. 1992/0154/2.

El Tribunal Supremo ha entendido también que mientras que algunos vehículos de motor, destinados a vivir en ellos (como, por ejemplo, las *roulottes* —Sentencias TS Ar. 1995/9376/ún.; 1994/7918/1; 1994/0935/1; 1993/6059/1 y 1993/2330/5— o caravanas —Sentencias TS Ar. 1995/8940/1 y Ar. 1994/6996/2—), deben ser considerados domicilios a efecto procesal, otros, cuya única finalidad es el transporte (como son el coche —Sentencias TS Ar. 1995/0158/3.1; Ar. 1994/9286/4; 1994/8157/3; 1994/6261/1; 1993/6149/2; 1993/3293/2 y 1988/8810/6—, la furgoneta —Sentencia TS Ar. 1990/6369/4— o el camión —al que se alude en la citada Sentencia TS Ar. 1994/6996/2—) no lo sean. Esta consideración es habitual también en los ordenamientos constitucionales francés, italiano y alemán. En relación con el primero *vid.* MORANGE, J.: *Libertés...*, pág. 152,

La segunda característica que debe cumplir la morada para que pueda aplicarse el tipo penal del allanamiento es que sea ajena. En efecto, el artículo 202 señala que comete tal delito el que entre o se mantenga en una morada ajena (contra la voluntad de su morador). Tal morada es ajena para el sujeto que entra porque éste no tiene la posesión de aquélla. Éste es el principio que puede deducirse de la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁷⁰.

Es irrelevante a este efecto las relaciones contractuales, matrimoniales o de parentesco que la persona que entra tenga con los ocupantes de la morada o los derechos que disfrute en relación con la vivienda. En relación con las relaciones sanguíneas o matrimoniales de la persona que entra y el morador, el Tribunal Supremo ha sido claro: el parentesco no es excusa absolutoria de la comisión delictiva¹⁷¹. En esta misma línea, el Tribunal Supremo entiende que para el cónyuge

RENOUX, T.: *Le Conseil...*, pág. 520, KAYSER, P.: *La protection...*, págs. 379 y ss. y HAMON, L. y LÉAUTÉ, J.: *Note...*, pág. 174 en el plano doctrinal y las Sentencias de la Sala Criminal del Tribunal de Casación de 14 de septiembre de 1933 y 24 de febrero de 1960, en el jurisprudencial. En relación con el Derecho constitucional italiano *vid.* PAGANETTO, G.: *Libertà...*, pág. 1780 y, especialmente, PACE, A.: *Zone...*, pág. 1082 y *Problematica...*, pág. 215. Son partidarios de proteger a través del artículo 14 CI al vehículo la Sentencia TCI 88/1987, de 31 de marzo [GC, 4 (1987), pág. 682 y ss., duramente criticada por ALESSANDRO PACE en *Zone...*, esp. pág. 1081] y, en el plano doctrinal, PAOLO G. NACCI (en *Libertà...*, pág. 50, nota 43). El último autor citado se apoya en los trabajos de MASSERINI, V. [«E proprio vero che l'automobile non costituisce domicilio costituzionalmente tutelato?», *FI*, 4 (1979), pág. 156 y ss.] y OLIVA, G. («Le perquisizioni personali e quelle delle autovetture in base alle nuove norme sull'ordine pubblico», *RP*, 1975, pág. 545 y ss.) y en la citada Decisión CCF 76-75 DC. Sin embargo, debe hacerse notar que el Consejo Constitucional francés no se refiere en ella a la inviolabilidad del domicilio sino a la libertad individual (como acertadamente observa T. RENOUX, en *Le Conseil...*, págs. 519-520, con apoyo en el comentario jurisprudencial de LOUIS FAVOREU y LOÏC PHILIP). No puede equipararse el coche con el domicilio en sentido constitucional, como han aclarado las Sentencias del Tribunal de Casación (Sala de lo criminal) de 11 de septiembre de 1933 [*RDS*, 1 (1937), pág. 40] y de 24 de febrero de 1960 (*Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation* 108 (1960), pág. 218]. En relación con el Derecho alemán, y siempre en idéntica dirección, estima THEODOR MAUNZ que no constituyen domicilios a efectos constitucionales los meros medios de transporte (en su *Artikel...*, pág. 13-7). En conclusión, solamente los coches utilizados como vivienda pueden ser considerados, a efectos penales y constitucionales, domicilio. En este sentido debe recordarse la afirmación realizada por el Consejo de Estado francés de que «los coches de los nómadas constituyen su domicilio» (Decisión Ville de Lille *c/* Ackermann, de 2 de diciembre de 1983, citada por JACQUES ROBERT y JEAN DUFFAR, en su *Libertés...*, pág. 280). La misma solución se predica de la morada en el ordenamiento constitucional español (JORGE BARREIRO, A.: *Voz...*, pág. 438). *Id.*, finalmente, en relación con los buques las Sentencias TS Ar. 1995/8009/1.b y 1995/6959/1.

¹⁷⁰ Y que también recuerda CUELLO CALÓN, E.: *Derecho...*, II, pág. 786.

¹⁷¹ Sentencias TS Ar. 1993/0163/1 y Ar. 1982/5625/ún. *Id.* también las Sentencias TS Ar. 1989/8613/ún. y Ar. 1954/0867/3.

separado, la morada del otro es ajena¹⁷². Asimismo entra en morada ajena la persona que penetra en una vivienda sobre la que ostenta la propiedad, pero no la posesión. El Tribunal Supremo estima que «la antijuridicidad [de la acción delictiva] no se advierte excluida por [...] la existencia de un derecho en los procesados emanado de la Ley o de un negocio jurídico»¹⁷³.

Es evidente que cuando dos personas viven en la misma morada con sendos títulos legítimos, no cabe que una cometa delito de allanamiento de morada en relación con la otra¹⁷⁴. El hecho de que en un piso compartido (por ejemplo, de estudiantes), uno entre en la habitación de otro o, incluso registre sus pertenencias, no tiene encaje penal en el artículo 202 CP (ni en sus precedentes). La razón es que no existe, en sentido estricto, morada ajena. De esta afirmación no puede

¹⁷² Auto TC 322/1984/3b y Sentencias TS Ar. 1993/1899/2 y 1993/0163/1 (en la que el Tribunal Supremo extiende su jurisprudencia a las parejas de hecho). *Vid.*, en este mismo sentido, las Sentencias TS Ar. 1993/1761/3; 1992/10308/1; 1992/5406/5; 1991/4511/2; 1991/1745/1; 1979/2763/2; 1975/2903/2 y, especialmente, por su curiosa fundamentación, 1970/1844/ún. *Vid.*, también, la Sentencia TS Rec. 1906/0187/1.

¹⁷³ Sentencias TS Ar. 1971/3652/ún., Ar. 1968/0891/ún., Rec. 1875/0171/1, Rec. 1874/0001 y Rec. 1891/0071/2 (relacionada esta última con un despido laboral). Como ya se ha indicado y criticado en otro lugar de este trabajo, en ocasiones el Tribunal Supremo ha considerado que la entrada domiciliaria de un propietario en contra de la voluntad del morador constituía un delito de coacciones (*vid.* las Sentencias TS Rec. 1923/0152/ún.; 1918/0119/2 y 1908/0080/ún.).

¹⁷⁴ Así, en la Sentencia TS Rec. 1885/0373/1, se indica que no puede aplicarse el delito de allanamiento de morada a un copropietario que habita en la misma morada cuando va al pueblo. También se dice en la Sentencia que no consta que la persona encausada penetrara en la habitación del otro cohabitante. En opinión de quien escribe estas líneas, ni la misma constancia de que hubiera penetrado en la misma, haría posible el subsumir su conducta en la contemplada, en aquel momento, en el artículo 504 del Código Penal de 1870 (hoy 202). El allanamiento de morada exige exclusividad y protección frente a terceros. Reproducir el esquema de lugares comunes y no comunes de las viviendas de varias moradas al interior de la misma morada puede llevar a consecuencias absurdas (como es que no pudiera negársele a ningún morador el acceso a determinados lugares comunes). La reciente Sentencia TS Ar. 1991/7410/1 evidencia que la entrada de una persona en su vivienda no puede ser considerada, en ningún caso, allanamiento de morada. En sentido cercano, tampoco se considera registro ilegal por vulneración de la inviolabilidad del domicilio el realizado por una cohabitante en el cuarto de otro (Sentencia TS Ar. 1994/8786/3).

Distinta y excepcional solución debe recibir el caso de las personas que tienen su morada en una casa-habitación. En este caso, hay un título legítimo que justifica el poder de la exclusión del morador (Sentencias TS Rec. 1886/0093 y 1907/0057). *Vid.*, también, la Sentencia TS Rec. 1901/0124/2, referida a la entrada de una persona (ajena a la casa) en unas habitaciones donde residía un huésped. La reciente Sentencia TS Ar. 1993/9275 estima que no es subsumible en el delito de allanamiento de morada la entrada de un vecino en la habitación de una vecina con el objeto de esconderse de la policía, por no constar en la Sentencia ni como entró en él, ni la posición que sobre tal entrada mantuvo la moradora.

derivarse el que dicha acción pueda ser reprochable moral y, en su caso, jurídicamente. Es posible, en efecto, que la actuación del cohabitante conlleve, por ejemplo, vulneración material de la intimidad (artículo 18.1 CE¹⁷⁵). Aunque algunas resoluciones penales han admitido la aplicación del agravante de robo en casa habitada en supuestos de moradas compartidas, no puede olvidarse las críticas que tales resoluciones han provocado¹⁷⁶. En relación con el domicilio procesal del artículo 554.2 LECr, es pacífico que se refiere a moradas¹⁷⁷ que siempre son ajenas, ya que las entradas previstas en los artículos 545 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal son realizadas, en sentido lato, por los poderes públicos.

La segunda característica de la noción penal de morada debe relacionarse con la tercera: hay allanamiento de morada cuando se entra en una morada ajena sobre la que el morador ejerce legítimamente la posesión. En efecto, es necesario que el morador disfrute de la posesión de la morada legítimamente¹⁷⁸.

Pero, ¿qué significa que deba existir un título legitimador que beneficie al morador? El que la posesión de la morada sea legítima no

¹⁷⁵ Por el contrario, JESÚS GARCÍA TORRES y ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO entienden que sí puede darse vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, con base en la citada Sentencia TC 22/1984 (en *Derechos...*, pág. 120, nota 75).

¹⁷⁶ Son las Sentencias TS de 26 de octubre de 1918, 21 de enero de 1925, donde se aplicó a dos personas que compartían la misma habitación; Ar. 1936/0772; 1948/0368; 1951/2189, 1962/3123 y 1968/1560 (jurisprudencia examinada en el trabajo de E. BORJA JIMÉNEZ: *Algunos...*, pág. 116 y ss.). Otras Sentencias optan, por el contrario, por no aplicar la agravante, cuando el robo se realiza en la casa donde habitan el ladrón y la víctima (Ar. 1957/1307; 1959/1344; 1962/2055 y 1962/3774; 1963/3294; 1964/1126 y 1964/1433; 1969/4335; 1970/1613 y 1974/1914; *ibidem*, pág. 117). Recuerda el citado autor que el propio Tribunal Supremo ha intentado evitar esta cuestión cuando ha podido, calificando de «ardua» su resolución (Sentencias TS Ar. 1979/0739 y 1979/3810). No obstante tanto el profesor ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS como E. BORJA JIMÉNEZ son partidarios de no aplicar, en principio, la agravante del artículo 506.2.ª CP, precedente del artículo 241 del nuevo Código Penal, en casos de moradas compartidas (*ibidem*, págs. 117-118). *Id.*, en el mismo sentido, SORIANO SORIANO, J. R.: *El robo...*, pág. 423, por entender que no se da, en el supuesto de morada compartida, el fundamento que justifica el agravante y por el principio de que cualquier duda interpretativa debe resolverse en beneficio del reo; y la doctrina citada en las notas 39-42, págs. 420-421.

¹⁷⁷ Por eso, los bienes inmuebles que no se destinan a habitación de persona alguna no pueden ser considerados, a efectos procesales, domicilio (Sentencias TS Ar. 1995/5150/1, sobre un solar; Ar. 1995/0569/5, sobre un chalet abandonado; y ya en relación con pisos abandonados o deshabitados, Ar. 1995/6643/1 y 2; 1995/4513/1, 1995/0569/5; 1995/0268/4; 1994/7918/1; 1994/0935/1; 1994/5173/4; 1993/10013/4 y 1993/5253/2). Ahora bien, esos inmuebles abandonados adquieren la condición penal de morada (y constituyente de domicilio) cuando son habitados, como muestra con total nitidez la importante Sentencia Ar. 1994/10153/ún.

¹⁷⁸ Cfr. MAUNZ, T.: *Artikel...*, págs. 13-7 y 13-8.

supone, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo reconoce y la doctrina penal defiende, que deba existir en todo caso un título jurídico sobre la morada. Esa legitimidad del uso del local como morada puede justificarse tanto en una relación jurídico-formal como en una situación de hecho reconocida por el derecho. Es así morador, desde la óptica penal, tanto el que mantiene un contrato de alquiler de una vivienda como el precarista¹⁷⁹.

Se analizó en su momento como una serie de condiciones personales (minoría de edad) o contractuales (servicio doméstico) podían limitar el ejercicio del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio respecto a determinados sujetos¹⁸⁰. Como allí también se indicó, estos sujetos de capacidad menor (en relación con el derecho fundamental), pueden, en principio, oponerse a la entrada (o permanencia) de terceros. En este sentido, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre si un menor (hijo del dueño de un *chalet*) tenía capacidad para ser considerado morador¹⁸¹. El Tribunal es taxativo: «la condición de morador no precisa de esa madurez, ni el

¹⁷⁹ Sentencias TS Ar. 1970/5031/ún. y Rec. 1891/0071/1. Algunos penalistas han hecho especial hincapié en esta idea. Entre ellos, destacan SUÁREZ MONTES, R. F.: *El delito...*, pág. 871; CUELLO CALÓN, E.: *Derecho...*, II, pág. 786 y JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento...*, pág. 50 y *Voz...*, pág. 438.

¹⁸⁰ En relación con el servicio doméstico, debe citarse la criticable sentencia TS Rec. 1896/0022/2. En la misma se cuestiona si una persona que se introduce en una morada con el consentimiento de la sirvienta para mantener con ella relaciones sexuales puede ser considerado autor de un delito de allanamiento de morada. El Tribunal Supremo entiende que la reprochable conducta del que entra en morada ajena contra la voluntad de dueño es constitutiva de un delito de allanamiento de morada.

No es difícil mostrar las debilidades de la argumentación del órgano judicial. En primer lugar, no puede deducirse la culpabilidad de la forma de la entrada (sigilosa), puesto que el mismo sigilo podría pretender el no molestar al resto de los habitantes. En segundo lugar, no puede tampoco estimarse presente la culpa o dolo, siquiera genérico, que debe caracterizar al delito de allanamiento de morada. En tercer lugar, y es éste el criterio definitivo en la argumentación, el allanamiento de morada protege la intimidad de los moradores (y no de los dueños). La sirvienta es, sin duda alguna, moradora de la casa en la que habita. Es cierto, como se ha visto en el capítulo anterior de este trabajo, que su capacidad es más limitada a la de su empleador, pero tal limitación se proyecta en las relaciones entre empleador y empleada; y no en relación con los terceros. Solamente la prohibición expresa que el dueño de la casa y empleador de la sirvienta hubiera manifestado al individuo podría provocar que la entrada de éste fuera constitutiva de un delito de allanamiento de morada. La imposibilidad de que el Tribunal Supremo pueda, en el marco del recurso de casación, examinar los hechos reconocidos en la Sentencia *a quo* hace que confirme la Sentencia de origen. Pese a todo, el Tribunal debía haber decidido en el mismo sentido que cuando enjuiciaba la entrada domiciliaria de un joven que contaba con la aquiescencia de una hija (la joven Rosa), absolviendo al recurrente (Sentencia TS Rec. 1904/0103/ún.).

¹⁸¹ Sentencia TS Ar. 1963/2226.

derecho natural y político a la inviolabilidad de la morada pende en nacimiento o en su obligatoriedad para extraños, de esa plenitud de derechos civiles, sólo exigible para el ejercicio de otros derechos expresamente determinados en la legislación peculiar»¹⁸².

Esta posición del titular excluye que determinados locales (como son las celdas o los cuarteles) puedan ser considerados, desde la óptica del Derecho penal, moradas. Las personas que ocupan tales locales (presos, soldados) no pueden disponer libremente de ellos, prohibiendo o permitiendo el acceso a los mismos. Más bien al contrario, su particular posición subjetiva (ya sea por encontrarse en prisión o sometido a la disciplina militar) justifica que no pueda identificarse como morada tales lugares donde residen¹⁸³.

Debe reseñarse, en cuarto lugar, el carácter absorbente de la noción penal de morada. Dicho carácter absorbente supone que cualquier local o dependencia que no se usa principalmente para vivir, pero que tiene comunicación interior con el cuarto dedicado a habitación sea considerado, a efectos penales, morada. Ello hace posible que determinadas dependencias (corrales, patios) puedan ser considerados en algunos casos morada (cuando tienen comunicación interior con la habitación), y en otras ocasiones, y a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, como Italia¹⁸⁴ o Estados Unidos¹⁸⁵, no mo-

¹⁸² Considerando 1. Curiosamente, otra jurisprudencia coetánea del Tribunal Supremo, que de adoptarse hoy conllevaría clara vulneración de derechos fundamentales, defendía que el morador era, dentro del matrimonio, el jefe de familia; es decir, el marido (Sentencia TS Ar. 1968/4038/4). *Vid.*, también, la Sentencia TS Ar. 1978/1475/3.

¹⁸³ Tanto nuestro Tribunal Supremo (Sentencia Ar. 1995/8422/2) como el americano [Sentencia TSEEUU Hudson v. Palmer, 468 US 517 (1984)] son, en este punto, taxativos, cuando afirman que la celda no está constitucionalmente amparada. En el mismo sentido, *vid.* MAUNZ, T.: *Artikel...*, pág. 13-7. En contra, en relación con los cuarteles, BARILE, P.: *Diritti...*, pág. 155.

¹⁸⁴ En la doctrina italiana se suele distinguir las dependencias inmediatas (que constituyen también lugares privados en conexión directa con la habitación y coinciden con las incluidas en nuestro Código Penal) y las mediatas (que pueden no tener conexión directa con la habitación y ser, además, lugares comunes). La distinción, debida a MANZINI (*Trattato di Diritto Penale*, 4.ª ed. Turín, pág. 816), se toma de IGNAZIO FASO (*La libertà...*, pág. 34). *Vid.*, también, en relación con las dependencias, la nota 60 de las páginas 48-49 del trabajo de CARLO E. TRAVERSO (*La libertà...*) y la discutible Sentencia dictada en Casación, de 27 de agosto de 1945.

¹⁸⁵ La IV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos protege el domicilio en sentido lato. Esto supone que es posible, en primer lugar, que la garantía alcance, en ocasiones a lugares comunes a familias, si tales espacios son seguros y no accesibles al público en general, como indican JEROLD H. ISRAEL y WAYNE R. LAFAYE [en su *Criminal...* (1988), pág. 61]. En segundo lugar, la garantía es también de aplicación a los locales que, dentro de la propiedad del sujeto estén o no en conexión directa con la morada. Así, por ejemplo, se extiende a graneros u otros locales que pueden constituir

radas (cuando son independientes de la habitación o constituyen lugares comunes de varios vecinos)¹⁸⁶.

Este principio tiene una excepción. No se consideraba en el Código Penal de 1973 allanamiento de morada la entrada en fondas, cafés, tabernas y demás casas públicas cuando se encuentran abiertas, aunque

edificaciones diferentes a las viviendas, como se muestra en la Sentencia US v. Dunn, 107 S.Ct. 1134 (1987) y, sobre ella, de los mismos autores, *Criminal...* (1992), pág. 130 y ALLEN, R. J. y KUHN, R. B.: *Constitutional Criminal Procedure (1990 Supplement)*. Boston, Toronto y Londres, 1990, págs. 74-75. En tercer y último lugar, el respeto del domicilio alcanza a locales distintos a la vivienda, tales como oficinas, empresas o negocios [ver, entre otras muchas, las Sentencias See v. City of Seattle, 387 US 541 (1967); Md. v. Macon, 472 US 463 (1985); Dow Chemical Co v. US, 106 S.Ct. 1819 (1986); relacionadas con locales profesionales, de negocio e industriales, respectivamente, y, en el plano doctrinal, ISRAEL, J. H. y LAFAYE, W. R.: *Criminal...* (1988), págs. 63-64; y, de los mismos autores, *Criminal...* (1992), págs. 132-133]. Es interesante indicar en este punto que el Tribunal Supremo español ha señalado que no puede equipararse el domicilio (procesal) con toda propiedad (Sentencia Ar. 1993/3042/2). El Tribunal podría haber aprovechado esa acertada afirmación para reiterar que la protección del domicilio encuentra, en nuestro ordenamiento constitucional, un fundamento diferente a la institución norteamericana del *trespass*. Por su parte, JOAN JOSEP QUERALT JIMÉNEZ estima que cabe la libre entrada de la Inspección administrativa sobre locales sometidos a licencia administrativa de apertura e instalaciones de alto riesgo. La misma regla vale para los locales sometidos a inspecciones regulares, que deben considerarse domicilios constitucionales cuando se ejerce en ellos una inspección irregular, que puede suponer una injerencia (en *La inviolabilidad...*, págs. 61-62).

¹⁸⁶ El Tribunal Supremo ha señalado que constituye allanamiento de morada la entrada forzada en un despacho (Sentencia TS Rec. 1927/0011/2), un granero (Sentencia TS Rec. 1899/0235/1), un corral (Sentencias TS Ar. 1966/1053/ún.; Rec. 1914/0045/1 y Rec. 1911/0105/1 —donde se cita jurisprudencia anterior en el mismo sentido—). No es que las dependencias citadas deban ser consideradas siempre morada, sino que se comunicaban, en el caso concreto, con la habitación. En esta misma dirección, la Sentencia TS Ar. 1990/3522/1 ha considerado que «un terreno que rodea la casa familiar» dedicado a instalaciones privadas de recreo es domicilio. Es así posible que la entrada en una determinada dependencia sea en ocasiones considerada allanamiento de morada y que en otras se entienda que no se cometió dicho delito. Así, por ejemplo, mientras que en la Sentencia TS Rec. 1883/0137 se afirma que un patio común no es morada, el Tribunal entiende, en la Sentencia TS Rec. 1877/0143, que un patio en que no hay vecindad y en el que no pueden acceder terceros es, penalmente, morada. No cabe, por el contrario, que un lugar de uso común sea considerado morada. Sobre dichos lugares comunes, *vid.*, por todas, las Sentencias TS Rec. 1884/0293/3, Ar. 1961/3832/ún. y Ar. 1956/1604/ún. Tampoco puede considerarse morada un trastero unido a una cochera común (Sentencia TS Ar. 1980/3889/2).

La protección de los lugares conexos a la habitación y de uso privativo es, también, conocida en Estados Unidos [ISRAEL, J. H. y LAFAYE, W. R.: *Criminal...* (1988), pág. 61 y *Criminal...* (1992), pág. 130]. Incluso, y como se ha indicado *supra*, algunos tribunales han considerado que se vulneraba la IV Enmienda cuando, entrando en lugares comunes a varias familias, tales locales se integraban en un edificio suficientemente seguro donde tales áreas comunes no son accesibles para el público en general (*idem*, en relación con ambas obras).

exista comunicación interna entre estos locales y la habitación (artículo 492 CP). En el Código Penal de 1995 aunque sí se tipifica la entrada en tales locales cuando se realiza fuera del horario de su apertura, no se define como allanamiento de morada (artículo 202), sino de forma autónoma (artículo 203).

La idea de la comunicabilidad interior entre la dependencia y la morada, entendida ésta como habitación, no se reproduce en la noción penal de casa habitada sino que, más correctamente, deriva de ella. Era, en efecto, el artículo 508 del Código Penal de 1973 el que aludía a la «dependencia de la casa habitada» y ha sido el Tribunal Supremo el que, como ya se ha visto, ha aplicado dicha doctrina a la morada contemplada en el Código Penal. En el artículo 508 CP (y en sus precedentes) se señala que «se considerarán dependencias de casa habitada [...] sus patios, corrales, bodegas, graneros, pajares, cocheras, cuadras y demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio y en comunicación interior con el mismo, y con el cual formen un solo todo». Esta cláusula ha permitido al Tribunal Supremo estimar que se había producido la agravante del robo en casa habitada siempre que se ha penetrado en cualquier dependencia que tuviera contacto interior con la morada¹⁸⁷ y se ha extendido, en virtud del artículo 241.3 del Código Penal de 1995, a las dependencias de edificios y locales públicos.

El carácter absorbente es igualmente predicable de la noción procesal de domicilio¹⁸⁸. En efecto, en varias ocasiones, el Tribunal Supremo justifica que un determinado local (trastero, taller) no puede integrarse en el concepto de domicilio por no tener acceso directo con la morada¹⁸⁹.

¹⁸⁷ En páginas anteriores se ha recordado la jurisprudencia del Tribunal Supremo conectada con las dependencias de la morada. Lo allí señalado es perfectamente válido para la jurisprudencia conectada con el robo en casa habitada. Así, en relación con los lugares comunes, *vid.*, ahora, la Sentencia TS Ar. 1987/7585, que hace referencia al portal común a varias personas y familias; en relación con un almacén, *vid.* la Sentencia TS Rec. 1921/0086/1 (considerado dependencia de casa habitada por comunicarse indirectamente —a través de una bodega, un zaguán y una escalera— con la casa) y en relación con un granero, *vid.*, finalmente, la Sentencia TS Rec. 1898/0001/1. Esta última Sentencia, que considera a un granero dependencia de casa habitada por tener un muro común con la habitación, es criticable, ya que no existía comunicación interna con la morada. Desde un punto de vista general, se explica acertadamente la extensión de la casa habitada a sus dependencias en la Sentencia TS Ar. 1975/0377/3.

¹⁸⁸ *Vid.*, una vez más, las Sentencias TS Ar. 1994/7600/3; Ar. 1993/8575/2 y, especialmente, Ar. 1994/7637/3.

¹⁸⁹ De forma meridianamente precisa, el Tribunal Supremo afirma, en relación con un registro realizado en un almacén y un garaje, que estos locales «si no forman parte integrante del domicilio, están incluidos en el artículo 547.3 LECr» (Sentencia TS Ar.

La quinta y última característica de la concepción penal de la morada es que, a través de ella se protege la intimidad de los moradores, incluso cuando éstos no se hallan en la misma¹⁹⁰. No se ampara actualmente, mediante el allanamiento de morada, la integridad física del morador o la propiedad de las cosas. Es la intimidad el bien jurídico vulnerado por el delito de allanamiento de morada, que se desconoce también cuando el morador se encuentra ausente¹⁹¹. La propiedad cuenta, por su parte, con una protección garantizada por los delitos contra la misma, especialmente robo y hurto, y con un delito agravado (el de robo en casa habitada). En otro lugar de este trabajo se analizó con cierta profusión la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se relacionaba con el bien jurídico protegido por el allanamiento de morada. Allí se concluyó que la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende en el mayor número de los casos que con la tipificación del allanamiento de morada se protege, instrumentalmente, la intimidad¹⁹². Esta misma idea es asumida por la doctrina penal española¹⁹³.

1994/7637/3). En la Sentencia TS Ar. 1994/7600/3 se indica que el taller situado a dos kilómetros de la vivienda y abierto al público no puede ser considerado domicilio. La misma doctrina se aplica al trastero situado en una planta del edificio distinta a la de la vivienda y sin comunicación interior con ésta (Sentencia TS Ar. 1993/8575/2).

¹⁹⁰ Ello explica que el Tribunal haya estimado que la entrada de la mujer separada en el domicilio de su ex-marido, cuando éste se halla en prisión, integra el tipo penal de allanamiento de morada (Sentencia TS Ar. 1992/5406/5).

¹⁹¹ El Tribunal Supremo ha recordado, en fechas relativamente recientes, que «el hecho de la accidentalidad de ausencia de la moradora no impide mantener el respeto más absoluto al domicilio ajeno» (Sentencia TS Ar. 1974/2927/2). *Vid.*, asimismo, la citada Sentencia TS Ar. 1992/5406/5.

Hace más de un siglo ya había señalado el mismo Tribunal que no puede compararse la ausencia del morador a la existencia de permiso (Sentencia TS Rec. 1888/0232/1). *Vid.*, en la misma dirección, la interesante Sentencia TS Ar. 1970/2140/2.

¹⁹² Entre las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas en el epígrafe «La inviolabilidad del domicilio protege la intimidad, categoría distinguible de la *privacy* o de la vida privada», del capítulo dedicado al bien jurídico protegido por el derecho fundamental. *Vid.* ahora, por todas, la Ar. 1968/2666/2.

¹⁹³ En la doctrina penal española se muestra, como ocurría con la constitucional, una cierta ambigüedad en la materia. Ésta puede provenir de, fundamentalmente, dos hechos. El primero es la distinta concepción germánica y latina del allanamiento de morada. La primera se denomina real y se conecta en mayor medida con la voluntad de libre disposición que el allanamiento limita (*vid.*, GARCÍA TORRES, J.: *Voz...*). La segunda, denominada personal, protege a través del allanamiento de morada la libertad personal en un primer momento. Se pueden analizar ambas concepciones del allanamiento, así como sus limitaciones, en el magnífico trabajo de R. F. SUÁREZ MONTES, *El delito...*, págs. 864-867. El segundo hecho que provoca una cierta confusión en la doctrina penal española es que no se ha percibido (o aceptado, en su caso) la evolución del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, que se proyecta en su vertiente objetiva en el allanamiento de morada.

Así, algunos autores entienden que el allanamiento de morada protege la libertad

Las normas procesales relacionadas con las entradas y registros domiciliarios preservan también, como ya se ha señalado en otro lugar de este trabajo, la intimidad de sus moradores¹⁹⁴.

No puede decirse lo mismo del bien jurídico protegido por la agravante de robo en casa habitada. El Tribunal Supremo ha entendido que este agravante obedece a un doble motivo¹⁹⁵: la protección de la inviolabilidad del domicilio y el eventual riesgo que corre la libertad personal y la integridad física de los moradores. Debe señalarse que la protección del riesgo de los moradores es un elemento objetivo del tipo. El robo en casa habitada puede poner en peligro la libertad de los moradores, incluso cuando estos se hallan ausentes, ya que, como el Tribunal Supremo ha señalado, «basta el hecho cierto de ese destino siquiera de uso potestativo, pero susceptible de cumplirse a cualquier hora de proponérselo la voluntad del morador»¹⁹⁶.

personal, influenciados por los elementos históricos del tipo penal y, especialmente, por la sistemática del Código Penal de 1973. *Vid.*, así, CUELLO CALÓN, E.: *Derecho...*, II, pág. 783 (donde se refiere el autor al derecho del individuo a vivir libre y seguro en su morada); SUÁREZ MONTES, R. F.: *El delito...*, pág. 867 (donde estima que el allanamiento de morada es manifestación de la libertad personal localizada). Otra serie de autores, influenciados por BINDING, entienden que el allanamiento de morada es un delito de menosprecio de la voluntad. Esta tesis se ha mantenido en nuestro país por autores de la talla de JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ DEVESA o ÁNGEL SANZ MORÁN. Es especialmente interesante la construcción realizada por el último autor citado, en *Algunas...*, pág. 326, que le lleva a distinguir, con RUDOLPHI, entre bien jurídico protegido (la voluntad del morador) y el interés material que está en la base de la protección (la intimidad). Entender que el bien jurídico protegido por la tipificación penal del allanamiento de morada es el menosprecio de la voluntad tiene, junto a otros problemas (recordados por AGUSTÍN JORGE BARREIRO —*El allanamiento...*, págs. 24-25— y ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS —*Tratado...*, pág. 971), el inconveniente de alterar la sistemática penal en relación con este delito en particular y en plantear, en definitiva, un problema más terminológico que conceptual. La idea del menosprecio de la voluntad puede ser, en efecto, aplicada a un altísimo número de delitos, como son los de lesiones o hurto, y termina por revelarse como insuficiente. *Vid.*, en relación con el artículo 13 LFB, MAUNZ, T.: *Artikel...*, pág. 13-22.

Otros autores estiman, en fin, que el allanamiento de morada protege la intimidad. Entre éstos se encuentran JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento...*, pág. 27 y ss., QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho...*, I, pág. 199; BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual...*, pág. 84; VIVES ANTÓN, T. S. (coord.): *Derecho...*, pág. 770 (se protege la intimidad solamente en el aspecto del artículo 18.2 CE); COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. Á.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Manual...*, pág. 33.

¹⁹⁴ *Vid.*, una vez más, y por todas, las Sentencias TS Ar. 1994/7618/6; 1994/6603/3; 1994/6263/2 y 1992/6378/3.

¹⁹⁵ Sentencia TS Ar. 1987/2632/2.

¹⁹⁶ Sentencia TS Ar. 1949/0195/1. Se acepta la ausencia accidental de los moradores en la Sentencia TS Ar. 1986/1458/3. En la misma Sentencia se citan precedentes jurisprudenciales en idéntico sentido.

El profesor ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS ha criticado la doctrina sentada por el

Una vez que se ha analizado brevemente el concepto y las características de la noción penal de morada que, como ya se ha indicado, se han extendido por lo general a otras nociones penales (como la de casa habitada¹⁹⁷) y procesales (como la de domicilio), estamos ya en condiciones de afrontar la cuestión central de este capítulo: la determinación de la noción constitucional de domicilio.

4. BÚSQUEDA DE UN CONCEPTO CONSTITUCIONALMENTE ADECUADO DE DOMICILIO A LOS EFECTOS DEL ARTÍCULO 18.2 CE

Examinadas las diferentes nociones infraconstitucionales de domicilio es conveniente recordar ahora, nuevamente, de forma sistemática, las principales afirmaciones que nuestra jurisprudencia y doctrina han realizado en torno a la noción constitucional de domicilio, que pueden resumirse en cuatro aportaciones. La primera es la que señala

Tribunal Supremo en relación con la accidentalidad de la ausencia. En su opinión, no es aplicable la agravante de casa habitada referida al robo en un lugar que sólo sirve accidentalmente de habitación (como son, por ejemplo, los *chalets* donde se veranea). Una sola vez, el Tribunal Supremo ha seguido esta dirección (en la Sentencia Ar. 1964/1642/1), entendiendo que una casa-torre de verano no constituye casa habitada. Sin embargo, en la mayoría de las Sentencias dictadas en la materia, el Tribunal Supremo entiende que una persona o familia puede tener varias moradas en diversas localidades y considera a todas ellas casas habitadas, incluso aunque se refieran a *chalets* utilizados en períodos estivales (Sentencia TS Ar. 1987/2632/2 y otras allí citadas).

¹⁹⁷ Y sin embargo, es posible e incluso deseable distinguir en la actualidad las nociones penales de morada y casa habitada. Es cierto que ambas nociones supusieron, en un primer momento, una forma de garantizar la libertad personal. No obstante, los delitos contenidos en los artículos 534.1 y 202-204 CP, que sirven al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, garantizan en la actualidad la intimidad de los moradores (lo que explica la introducción en el artículo 668 del Código Penal de 1928 de la comisión del delito de allanamiento de morada por permanencia del sujeto en la morada ajena). La agravante de que el robo se produzca en una casa habitada sigue sirviendo sin embargo a la integridad de los ocupantes de la misma, que peligra porque pueden sorprender al ladrón o pueden ser sorprendidos por éste. Ello explica, de un lado, que la agravante de robo en casa habitada opere también cuando víctima y morador conviven en la misma morada, porque la revelación del delito para la víctima puede hacer que peligre su integridad. De otro lado, justifica que la agravante opere cuando la entrada se produce en un lugar público directamente conectado con la morada (como es, por ejemplo, la tienda que conecta con la vivienda). La entrada producida en esta última con fines distintos a los del robo no vulnera, pese a la posición del Tribunal Supremo en la materia, la intimidad, que es el bien jurídico protegido por el allanamiento de morada ni encierra el dolo necesario para constituir tal delito. Éste se producirá si el invasor traspasa la puerta que conecta la tienda con la morada *stricto sensu*.

que el domicilio de las personas físicas es su morada. Ésta es la única afirmación sobre la que no existen discrepancias de ningún tipo. En efecto, tanto la jurisprudencia constitucional y penal como la doctrina han puesto de manifiesto las conexiones existentes entre la inviolabilidad del domicilio y el allanamiento de morada, en general, y las nociones constitucional de domicilio y penal de morada, en particular y, a la vez, las diferencias existentes entre las nociones de domicilio a efectos constitucionales y civiles, respectivamente. La morada debe ser considerada, por ello, domicilio desde el punto de vista constitucional.

La segunda aportación, del propio Tribunal Constitucional, parte de la atribución del derecho a la inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas. Esta idea, que parece ser extraída de un célebre trabajo italiano en la materia, no ha sido aceptada de forma unánime por la doctrina (Eduardo Espín Templado). Entre aquéllos que sí han asumido que las personas jurídicas pueden invocar el derecho fundamental recogido en el artículo 18.2 CE, las divergencias se muestran en el bien jurídico protegido por el derecho y, especialmente, en la determinación constitucional del domicilio. Para unos, dicho domicilio será el lugar donde materialmente se desarrolle el derecho a la intimidad, una *cierta vida privada social* o la *privacidad* (Pilar de la Haza). Otros conectan el domicilio a efectos constitucionales de la persona jurídica con el lugar en que ésta refleje su actividad (Tomás Quintana López) y no con el domicilio social. Otros, en fin, acuden al concepto legal del domicilio de las personas jurídicas (artículo 41 CC) para definir su domicilio a efectos constitucionales (Ramón Casas Vallés).

Se discute, en este punto, si se encuentran legitimados para hacer valer el derecho la persona jurídica o las personas físicas que la integran. Mientras que algunos autores se refieren, exclusivamente, a los titulares (en relación con su despacho y no con todo el local) (Eduardo Espín Templado), otros aluden al profesorado universitario, como determinado tipo de trabajadores (Pedro J. González-Trevijano).

La tercera aportación se refiere a la extensión del domicilio de la persona física a lugares distintos de la habitación. Se hace referencia a todo lugar donde se puedan desarrollar actividades extradomésticas o profesionales (Pablo Lucas Verdú).

La cuarta aportación, que proviene de una brillante construcción trabada del derecho fundamental en examen, extendería la noción constitucional del domicilio a todos los lugares sustraídos al libre acceso (Jesús García Torres).

Todas estas hipótesis parecen haber sido acogidas favorablemente por el legislador penal (artículos 202-204 y 534.1 CP).

Resumidas así las diferentes interpretaciones de la noción constitucional del domicilio, llega el momento de aportar, de forma motivada, cuál es el concepto constitucionalmente adecuado del domicilio al que alude el artículo 18.2 CE. Para ello será necesario recordar, instrumentalmente, alguna de las afirmaciones que se han venido realizando en este trabajo hasta el presente momento.

Así, por ejemplo, es preciso señalar, una vez más, que la inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental que, en la actualidad, y en nuestro país, sirve al bien jurídico intimidad. Si se acepta la validez de esta premisa (que ha sido examinada en profundidad en este mismo trabajo) deberá compartirse también que la tesis propuesta por Jesús García Torres no es constitucionalmente adecuada. Como se recordará, el citado autor señalaba que este derecho se sustentaba, fundamentalmente, en la idea de «sustracción lícita al libre acceso». Ello conduce a Jesús García Torres a defender que el domicilio se extiende a todo lugar sustraído al libre acceso (lo que hace de la inviolabilidad del domicilio, en alguna medida, una garantía de la propiedad y, en general, de los derechos reales). Tales ideas no pueden compartirse porque, entre otros motivos que sin duda alguna condicionarían hoy las conclusiones de su trabajo¹⁹⁸, la inviolabilidad del domicilio tiene hoy como finalidad primigenia garantizar la intimidad.

Es preciso recordar que, como ya se ha indicado, el derecho fundamental en examen no beneficia a las personas jurídicas (ni de derecho privado ni de derecho público). La cuestión que, entonces, permanece abierta es si las personas físicas (titulares¹⁹⁹ de un local distinto a

¹⁹⁸ Es, en efecto, posible que algunos pronunciamientos posteriores del Tribunal Constitucional producidos después de la publicación del trabajo de JESÚS GARCÍA TORRES: *El artículo...*, condicionaran algunas de las afirmaciones en él contenidas, como son las Sentencias TC 76/1992/3b (sobre el artículo 87.2 LOPI. *Vid.* ahora GARCÍA TORRES, J.: *Voz...*, pág. 2157) o la 149/1991/6c (sobre la falta de conexión directa entre terrenos de propiedad privada e inviolabilidad del domicilio) y los Autos TC 171/1989 y 223/1993/2 (que excluyen determinados lugares de lícita exclusión —almacén y cochera, respectivamente— de la noción constitucional de domicilio. *Vid.*, en esta misma dirección, las Sentencias TS Ar. 1995/5159/3b y 1995/3538/2).

Debe, en todo caso, alabarse la construcción realizada en el citado trabajo, que se conecta, en alguna medida, con la doctrina penal que defiende que el allanamiento de morada es un delito de menosprecio de la voluntad (sobre estas cuestiones, *vid.*, *supra*, el epígrafe del capítulo anterior dedicado al examen de los titulares pasivos del derecho fundamental y la nota 193).

¹⁹⁹ Si el titular es una persona jurídica, el problema se convierte en otro, ya abordado en el capítulo anterior de este trabajo.

la morada o trabajadores en él, pueden hacer valer su derecho a la inviolabilidad del domicilio en relación con este mismo local).

Debe recordarse como nuestra doctrina se ha referido a que solamente está protegido por el derecho fundamental reconocido en el artículo 18.2 CE el titular del local, pero deberá convenirse que es también necesario que dicha persona trabaje allí (Pedro J. González-Trevijano, Ángel L. Alonso de Antonio). Y ello por una razón bastante evidente: si la relación que tiene el titular es de mera propiedad de, por ejemplo, una empresa, mal podrá invocar el derecho contenido en el artículo 18.2 CE que protege la intimidad, lo que en el espacio hay de emanación de la persona (Sentencia TC 22/1984/5).

Es necesario, en efecto, que, en todo caso el titular del derecho contenido en el artículo 18.2 sea un usuario del local afectado. Es posible que dicha exigencia sea necesaria pero no suficiente y que, en este sentido, solamente pueda predicarse el derecho fundamental en examen del titular del local, por ser el único que dispone del *ius prohibendi*.

Esta hipótesis de que el domicilio de la persona física pueda extenderse a lugares distintos de la morada no puede ser, tampoco, al menos en principio, aceptada con carácter general. Como bien indica el Tribunal Constitucional el domicilio amparado por la Constitución es aquél en el que el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima (Sentencia TC 22/1984/5). Por amplio que se pretenda configurar esta libertad, que se manifiesta en la exclusividad del titular sobre el local y en el *ius prohibendi* que puede hacer valer, en principio²⁰⁰, frente a todos. Es evidente que un trabajador que debe asistir regularmente a su trabajo (ya sea como asalariado o como titular del negocio) y que en ocasiones se encuentra obligado a recibir allí a terceros no ejerce en tal sitio su libertad más íntima. Consecuencia de ello es que no puede cubrir la inviolabilidad del domicilio dichos locales de trabajo²⁰¹.

²⁰⁰ Precisamente en la segunda parte de este trabajo se estudiarán algunas de las entradas domiciliarias que puedan limitar, legítimamente, el derecho fundamental.

²⁰¹ La doctrina y jurisprudencia americana señalan que los locales en los que prestan servicios empleados públicos pueden ser inspeccionados (en relación con el trabajo) por sus superiores, sin que en tales casos sea necesario ni mandamiento judicial previo ni motivo verosímil (*probable cause*) en que se fundamente la citada inspección. Entran dentro del canon de razonabilidad por la necesidad de controlar y supervisar la eficacia de las acciones en el lugar de trabajo [vid. Sentencia O'Connor v. Ortega 107 S.Ct. 1492 (1987); en el plano doctrinal, ISRAEL, J. H. y LAFAYE, W. R.: *Criminal...* (1988), pág. 133; y, de los mismos autores, *Criminal...* (1992), págs. 232-233]. Por contra, el emplea-

Este principio no se ve modulado, como a veces parece apuntarse, por la naturaleza intelectual del trabajo. Se ha afirmado así, por ejemplo, que los despachos donde los profesores universitarios desarrollan su trabajo entrarían dentro del concepto constitucional de domicilio (Pedro J. González-Trevijano). Esta idea debe ser rechazada por varios motivos: *a*) dichos locales pueden ser objeto de inspecciones, operaciones de mantenimiento, que en ningún caso se someten a la consideración del profesor afectado (es decir, falta la necesaria exclusividad); *b*) el uso de los mencionados despachos se limita a las horas en las que la Facultad o, en su caso, el Rectorado considera que el centro en el que se encuentra el despacho debe permanecer abierto; *c*) en ellos se realiza, en ocasiones, una tarea obligada: las tutorías (lo que implica que *stricto sensu*, no son refugio de intimidad) ya que, implican, necesariamente, el acceso de terceros en el despacho (sin que se pueda mantener que dicho acceso proviene del ejercicio de un derecho fundamental, sino, más correctamente, de una obligación derivada de una relación profesional). Todo lo anterior aconseja entender que los mencionados despachos universitarios no constituyen, a efectos constitucionales, domicilio.

La misma solución debe ser aplicada a los distintos locales profesionales (abogados, médicos, asesores, etc...). Son lugares en los que se ejerce una actividad técnica (como suele indicarse en el portal y en la propia puerta) y donde el fin primordial no es vivir y cuya esencia no es, tampoco, constituir un refugio para la persona, sino desarrollar una actividad profesional²⁰².

Más problemas plantean, en fin, los despachos que —fuera del ámbito de la morada— son utilizados privativamente, y en los que no se pretende localizar un negocio. Éste es el caso del despacho que se

por privado solamente puede consentir que se realice una búsqueda en los locales empresariales distintos a los que se reservan a los trabajadores para guardar artículos personales (*ibidem*, pág. 142).

La afirmación realizada en el texto exime a este trabajo de buscar justificaciones a las entradas administrativas (de inspección laboral, o de la seguridad social) realizadas en locales de trabajo. Ello es preciso en ordenamientos como el italiano o alemán (cfr. Sentencia TCI 10/1971, citada), pero no en el español. Una interpretación diferente es, en nuestro país, la de JOAN J. QUERALT JIMÉNEZ: *La inviolabilidad...*, esp. págs. 60-63.

²⁰² Es posible que algunos de tales locales, como son los despachos de abogados o médicos deban ser, como lo son en este momento, especialmente protegidos. Pero ello no es así porque allí se manifieste la intimidad de sus titulares, sino porque encierran informaciones confidenciales de terceros que deben ser protegidos. *Vid.*, respecto de los despachos de abogados, RUIZ MIGUEL, C.: *La configuración...*, pág. 315 y, en el plano constitucional, el curioso *petitum* solicitado ante el Tribunal en la que será su Sentencia TC 37/1989.

alquila para, por ejemplo, proyectar en él alguna actividad que no tenga carácter profesional ni externa hacia terceros (pues, en este último caso, sería, ya, un local de negocio).

Estos locales, que para algunos deben ser considerados domicilio a efectos constitucionales (Eduardo Espín Templado) deben, quizás, excluirse también de la categoría constitucional de domicilio. Dicha exclusión se justifica en una idea que, si bien no ha sido suficientemente resaltada por la doctrina de nuestro país, justifica la defensa de un planteamiento restrictivo del derecho reconocido en el artículo 18.2 CE: la inviolabilidad del domicilio no representa sino un supuesto cualificado, un *plus* de protección en relación con el derecho a la intimidad personal. Si el artículo 18.1 CE protege la intimidad (y su vulneración debe conllevar una lesión material de la misma), el artículo 18.2 refuerza la protección espacial de la morada, de tal forma que es suficiente demostrar que se ha producido en la misma una entrada ilegítima para presumir lesionada la intimidad.

Así parece concebirse, además, la inviolabilidad del domicilio en los trabajos parlamentarios que darían lugar al artículo 18.2 CE. Como se recordará, el Anteproyecto de la Constitución señalaba, en la materia que aquí interesa, que el domicilio es inviolable y que ninguna investigación domiciliaria podría realizarse sin mandamiento judicial. Es cierto que del tenor literal de la citada disposición no puede deducirse, *eo ipse*, un concepto amplio o estricto de domicilio. Es, en todo caso, llamativo que varias enmiendas que pretendían modificar el anteproyecto en esta materia hacían referencia —no justificada, por lo demás— al «morador»²⁰³. Ciertamente es que tales enmiendas no prosperaron, pero debe recordarse también que el término «morador», contenido en las mencionadas enmiendas, no era una de las propuestas materiales de modificación constitucional. Ello explica que ninguna de las dos enmiendas en las que aparece se justificara la utilización de tal término, ya que expresaba la idea generalizada que del derecho existía en el seno del Parlamento. Ello explica también que pueda afirmarse que los antecedentes del artículo 18.2 CE pueden conectarse con la protección de la morada.

Tal idea puede deducirse, también, de los términos utilizados en el Debate que, en relación con el Proyecto de Constitución, se celebró en la Comisión de Constitución del Senado. En la misma, el profesor y, a la sazón, Senador Luis Sánchez Agesta, recordaba como, en nuestro derecho constitucional, «normalmente el consentimiento es del titular

²⁰³ Enmiendas 339, del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, y 703, del Grupo Parlamentario Comunista.

o dueño de la casa»²⁰⁴. Dentro de la misma sesión presentaba el también profesor y senador Lorenzo Martín-Retortillo Baquer una enmienda para incluir una nueva frase en el precepto en examen que permitiera regular, mediante ley orgánica, el acceso a domicilios «por estrictas razones de auxilio a la vida, sanitarias o de calamidad»²⁰⁵. En la defensa de su enmienda, el Senador se planteaba qué podría hacerse en el supuesto de que se diera un incendio en una vivienda.

Aunque el constituyente no explicita el concepto constitucional de domicilio, puede retenerse que dicho concepto de domicilio se conecta con la intimidad y con la vivienda y morada. Esta conexión se muestra no solo en las citadas referencias realizadas al morador o a la vivienda, sino (y, quizás, sobre todo) en la ausencia de referencias a otros sujetos distintos de la persona física y a otros locales distintos.

Por ello, las mencionadas referencias extensivas en materia de inviolabilidad del domicilio realizadas en el proceso constitucional italiano, pero ausentes —como acaba de mostrarse— en el nuestro, aconsejan no extrapolar, sin más, el contenido de la inviolabilidad del domicilio de un ordenamiento constitucional al otro.

Además, no es especialmente gravoso el que se mantenga un concepto constitucional restrictivo del domicilio, puesto que siempre es posible que los titulares o los trabajadores en locales distintos a los de sus respectivas moradas puedan hacer valer su derecho a la intimidad personal (artículo 18.1 CE).

Es cierto que la equiparación de las nociones constitucional y penal de domicilio y morada supone la desprotección (constitucional, en lo referido al derecho reconocido en el artículo 18.2 CE) de los locales no destinados a la habitación. Pero también es verdad que ofrece un régimen mucho más estricto del derecho, en el sentido de que los intereses generales (fiscales, laborales), que pueden justificar la realización de entradas domiciliarias, no se diluyen como ocurriría en relación con los locales comerciales.

Debe recordarse, en este sentido, una vez más, que el Tribunal Constitucional solamente ha comprobado la eventual lesión material de la intimidad en relación con una entrada producida en un local mercantil (Sentencia TC 137/1985/6). En la Sentencia apuntada, el Tribunal Constitucional trasladó la cuestión de la posible vulneración del derecho reconocido en el artículo 18.1 CE al apartado segundo del mismo artículo, como ya se ha indicado. Quizás sea más conveniente

²⁰⁴ Extraído de SAINZ MORENO, F. (ed.): *Constitución...*, III, págs. 3248.

²⁰⁵ *Ibidem*, págs. 3248-3249.

lo contrario: el mantener un derecho a la inviolabilidad del domicilio resistente pero limitado y trasladar toda posible violación de la intimidad producida como consecuencia de una entrada en un local no destinado a habitación al artículo 18.1 CE; es decir, en el examen concreto de si dichas entradas incidieron y, en su caso, lesionaron materialmente la intimidad.

La defensa de un concepto restrictivo de domicilio a efectos constitucionales supera, también, de otro lado, la oscura jurisprudencia constitucional que distingue, a los efectos regulados en el artículo 87.2 LOPJ, domicilios a efectos constitucionales, lugares cerrados garantizados por el artículo 18.2 CE y otros lugares cerrados que solamente cuentan con la garantía prevista en el citado precepto legal. Jurisprudencia que no justifica ni explica los criterios que permiten distinguir con cierta nitidez cuáles son los lugares cerrados constitucionalmente protegidos y los que no.

Ello no supone, en ningún caso, que los locales no destinados a habitación puedan ser impunemente invadidos por agentes públicos o particulares. Es posible, por el contrario, sancionar penalmente esas entradas como ataques contra la libertad de disposición sobre los mismos. Es incluso posible que las entradas en ellos realizadas en el marco de las actividades de instrucción penal, deban de contar con autorización judicial previa. Pero tal necesidad no se conectaría ya con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, sino con, por ejemplo, los derechos de defensa y con el delimitado papel que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tienen en un Estado de Derecho y en relación con el poder judicial. No es ocioso recordar, en esta dirección, que el Tribunal Constitucional ha establecido, con base en el artículo 24.2 CE²⁰⁶ —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 judicial²⁰⁷. Y no es ocioso recordarlo porque, como ya se ha indicado, el vehículo de motor no puede ser considerado, en principio, como domicilio a efectos constitucionales.

En la misma dirección, debe recordarse que la actividad empresarial (y el domicilio en la que se desarrolla) está sometida a unos controles (inspecciones y comprobaciones de carácter administrativo, laboral y fiscal) que, debiendo ser acordes con el artículo 18.2 CE, tendrían por efecto restringir, sin duda alguna, el contenido del dere-

²⁰⁶ Es posible, quizás, invocar ante tales intervenciones policiales otro buen número de derechos (unos, fundamentales —propiedad, intimidad, etc.— y otros ordinarios).

²⁰⁷ Sentencia TC 303/1993/5.A., de 25 de octubre. *Vid.*, también, las Sentencias TS Ar. 1995/9376/ún. y 1995/2871/2.

cho, incluso cuando se refiriera a moradas. Buena prueba de ello la ofrece la Sentencia 56/1973 del Tribunal Constitucional italiano²⁰⁸, donde se cuestiona la legitimidad constitucional del poder conferido —por el artículo 33 de la Ley 4/1929— a los oficiales de la policía tributaria para efectuar registros domiciliarios sin autorización judicial cuando haya noticia o fundada sospecha de presunta violación de leyes tributarias de carácter delictivo. El Tribunal Constitucional italiano estima que el precepto impugnado es plenamente constitucional porque en relación con la inviolabilidad del domicilio (artículo 14 CI), a diferencia de lo que ocurre con la libertad personal (artículo 13 CI), «subsiste una derogación expresa en base a fines económicos y fiscales, y también motivos de sanidad y seguridad pública contemplados en el artículo 14.3» CI²⁰⁹. La propia Revista *Giurisprudenza Costituzionale*, en un breve comentario concluye que «la Sentencia considera que la tutela de la libertad domiciliaria es menos intensa que la de la libertad personal»²¹⁰. Asimismo, es posible la realización de registros domiciliarios en el ordenamiento constitucional alemán y norteamericano sin intervención judicial previa.

En relación con el ordenamiento constitucional alemán es posible, en efecto, efectuar una diligencia de registro sin mandamiento judicial para el llamado caso del «oscurecimiento de pruebas»²¹¹.

En relación con el ordenamiento constitucional de los Estados Unidos, el Tribunal Supremo admite, en la actualidad²¹², que en determi-

²⁰⁸ Sentencia TCI. 56/1973, citada.

²⁰⁹ Fundamento Jurídico 6 (*ibidem*, pág. 761).

²¹⁰ *Ibidem*, pág. 759.

²¹¹ Como recuerda BERNARDO DEL ROSAL BLASCO, en «El concepto de delito flagrante en la Ley de Seguridad Ciudadana», *LL*, 3183 (año XIV), de 26 de enero de 1993, pág. 2.

²¹² La jurisprudencia del Tribunal Supremo exige, en un primer momento, que las inspecciones administrativas vayan precedidas de un mandamiento judicial previo. Ahora bien, el mismo Tribunal advierte que en relación con tales inspecciones no es necesario que tales mandamientos se apoyen en motivos verosímiles (*probable cause*, como exige la IV Enmienda de los Estados Unidos). A esta primera etapa pertenecen, entre otras, las Sentencias *Camara v. Mun. Ct.* 387 US 523 (1967) —ampliamente examinada en LAFAVE, W. R. y ISRAEL, J. H.: *Criminal...* (1992), págs. 217-218 y recogida en MILLER, F. W.; DAWSON, R. O.; DIX, G. E. y PARNAS, R. I.: *Cases...*, págs. 264-266 y ALLEN, R. J. y KUHN, R. B.: *Constitutional...* (1985), págs. 595-599— y *See v. City of Seattle* 387 US 541 (1967) —igualmente recogida en MILLER, F. W.; DAWSON, R. O.; DIX, G. E. y PARNAS, R. I.: *Cases...*, págs. 267-269—, referidas a una vivienda y un local de negocios, respectivamente. Los argumentos que eximen a tales mandamientos de la exigencia constitucional del motivo verosímil (*probable cause*) son, en resumen de JEROLD H. ISRAEL y WAYNE R. LAFAVE basado en la citada Sentencia *Camara v. Mun.*, tres: a) tales programas de inspección son secularmente aceptados por los administrados; b) existe un interés público en eliminar las condiciones peligrosas (aun cuando éstas no

nadas circunstancias se puedan realizar registros domiciliarios sin intervención judicial previa²¹³, siempre y cuando se trate de intervenciones razonables en el sentido dado a este término por la IV Enmienda.

Por ello, optar por un concepto restrictivo de domicilio impide, de alguna forma, que deban tomarse en cuenta manifestaciones del interés general u orden público que afectan a los lugares públicos: medidas de seguridad, inspecciones fiscales, laborales, de salubridad, etc..., lo que conlleva que el número de excepciones y limitaciones al derecho decrezca y que ha llevado a la afirmación de que el derecho a la inviolabilidad del domicilio es, en relación con las personas jurídicas, un derecho debilitado (Maunz, Papperman y, entre nosotros, Alejandro Nieto García).

Es claro, además (así se ha señalado en este trabajo), que los delitos de entrada de funcionario en el domicilio de un súbdito español y de allanamiento de morada protegían, en un primer momento, la libertad personal. Se ha visto, también, que dichos institutos jurídico-penales se conectan posteriormente, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con el bien jurídico intimidad. Esa modificación en relación con el bien jurídico protegido penalmente por el allanamiento de morada se muestra, también, en la Ley de 7 de abril de 1952, que tipifica como allanamiento de morada, además del entrar, el permanecer en morada ajena contra la voluntad de su morador²¹⁴, comisión por permanencia asimismo reproducida en el artículo 202 del Código Penal de 1995. Esta comisión pasiva del delito de allanamiento de morada no puede conectarse ya tan claramente con la libertad personal, sino que tiene mejor encaje con la protección de la intimidad que se revela en la morada a terceros.

Todo lo anterior aconseja equiparar la noción constitucional de domicilio a la penal de la morada e interpretar ésta, como el Tribunal

sean observables desde el exterior); y c) tales inspecciones, que recaen sobre bienes y no sobre personas, no se conectan con medidas de instrucción penal [en *Criminal...* (1988), págs. 127-128; *vid.*, también CORWIN, E. S.: *La Constitución...*, pág. 457 y ss.].

²¹³ Así, por ejemplo, en la Sentencias US v. Biswell, 406 US 311 (1972) —que puede consultarse en MILLER, F. W.; DAWSON, R. O.; DIX, G. E. y PARNAS, R. I.: *Cases...*, págs. 271-275—; Donovan v. Dewey [452 US 594 (1981)] o en la N.Y. v. Burger, 107 S.Ct. 2636 (1987), se indica que es lícita la inspección realizada en un almacén de armas y municiones, en minas, o en un negocio de piezas de recambio de coches, respectivamente, sin el amparo de un mandamiento judicial. Es conveniente recordar, con carácter general, que el Tribunal Supremo americano no examina, habitualmente, si el agente tuvo oportunidad de pedir el mandamiento judicial, sino, simplemente, si la entrada efectivamente realizada es razonable [Sentencia US v. Chadwick, 433 US 1 (1977), citada por EDWARD S. CORWIN, en *La Constitución...*, pág. 447].

²¹⁴ Y antes en el artículo 668 del Código Penal de 1928.

Supremo ha hecho, restrictivamente. Esta solución es, en efecto, la más coherente con la formulación que de la inviolabilidad del domicilio se contiene en el artículo 18.2 CE, con sus precedentes parlamentarios y con la evolución del instituto en el derecho constitucional español.

Adscribir el artículo 18.2 CE al modelo restrictivo de inviolabilidad del domicilio no conlleva suponer que las entradas ilegítimas producidas —por funcionarios o por particulares— en locales que no constituyan morada no deban ser sancionadas, sino sólo que no constituyen vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.2 CE; es decir, que si se invoca la vulneración de derecho fundamental a la intimidad (artículo 18.1 CE) no se parte de la presunción —contenida en el artículo 18.2 CE— de que la simple entrada vulnera el bien jurídico intimidad, sino que deberá demostrarse la existencia de una lesión material de la misma. De otro lado, supone, también, como ya se ha indicado, que tal derecho fundamental es más resistente frente a las intervenciones y limitaciones que pueden condicionarlo.

Ahora bien, la concepción propuesta de domicilio en sentido constitucional, que coincide con la penal de morada ofrece, también, algunas ventajas. La primera y, quizás, la más importante, es que permite diferenciar claramente los supuestos en los que se pone en entredicho la inviolabilidad del domicilio de aquellos otros en los que se pone en peligro la integridad física, la libertad o seguridad personales de un lado, o *simplemente* los derechos reales de otro. En segundo lugar, se obtiene un derecho de menor ámbito (la morada), pero también, a la vez, más contundente, más exigente en su contenido. En tercer lugar, permite entender mejor el régimen jurídico de la inviolabilidad del domicilio, al existir una correcta coordinación desde 1978 entre las disposiciones constitucionales sobre la inviolabilidad del domicilio y las penales sobre el allanamiento de morada. En cuarto lugar, la concepción propuesta del domicilio constitucionalmente protegido aclara con meridiana claridad el régimen de los domicilios a efectos constitucionales y el del resto de lugares cerrados, cosa que no ocurre si se aceptan, simplemente, las afirmaciones realizadas en la materia por el Tribunal Constitucional (que llevan, inevitablemente, a no saber realmente si un determinado lugar es o no, a efectos constitucionales, domicilio). El mismo legislador penal, que ha querido asumir los postulados del Tribunal Constitucional en la materia, ha incurrido en varias contradicciones lógicas en las disposiciones del nuevo Código Penal de 1995.

En efecto, y en primer lugar, si el legislador entiende que la inviolabilidad del domicilio es igualmente amparable en la morada y en

otros locales (domicilio de personas jurídico-públicas o privadas, establecimientos mercantiles,...), no se entiende por qué la vulneración de un mismo bien jurídico se castiga de forma más severa respecto de las moradas. ¿Quizás porque la morada y los otros locales a los que el Código Penal alude no guardan idéntica relación con el bien jurídico intimidad?

Pero es que, además, en segundo lugar, la protección ofrecida por el nuevo Código Penal para la morada y los otros locales es diferente. Mientras que la entrada de funcionario público en un domicilio (concebido en todo caso como morada, como se deduce del propio tenor literal del artículo 534.1) cuando medie causa legal por delito pero sin respetar las garantías constitucionales engendra un delito, el nuevo Código Penal no contempla ninguna tipificación similar respecto de los otros locales. ¿Quizás porque respecto de estos locales no pueden predicarse tales garantías constitucionales?

Como ya se ha afirmado, es posible entender que la inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental que tiene por único objeto la morada. El menor ámbito del derecho explica, en fin, que las intervenciones en el mismo sean, como ocurre en relación con el artículo 66 CF, mucho más limitadas²¹⁵.

En todo caso, la utilidad de la conexión entre los conceptos constitucional y penal de domicilio y morada, respectivamente, sería limitada. En efecto, como se ha señalado con anterioridad, existe un concepto constitucional de domicilio *ex* artículo 18.2 CE. El que, en este momento, coincidiera con la noción penal de morada (y consiguientemente, con la del domicilio del artículo 534.1 CP) no supone que cualquier alteración de los citados domicilios penales modifique el domicilio definido, a efectos constitucionales, en el artículo 18.2 CE²¹⁶.

²¹⁵ Es quizás conveniente recordar la afirmación realizada por el Tribunal Constitucional en relación con una entrada realizada en un local comercial: «ha de tenerse en cuenta la necesaria adaptación del artículo 18.2 CE a situaciones como la presente, de control administrativo de actividades privadas objeto de concesión o autorización, sometidas a la inspección financiera del Estado, por sus innegables repercusiones fiscales» (Auto TC 171/1989/3). Parece claro que tales límites no actuarían en ningún caso sobre los domicilios constitucionalmente entendidos como moradas.

²¹⁶ Es posible, en efecto, que el allanamiento de morada recaiga en locales que no sirvan como habitación y que excederían, de esta forma, como se ha visto, del objeto sobre el que recae el derecho a la inviolabilidad del domicilio reconocido en el artículo 18.2 CE. En un sentido general, sobre tal posibilidad, *vid.* FASO, I.: *La libertà...*, pág. 48. Con tal apuesta, el legislador podría añadir un *plus* de protección a otros bienes jurídicos (como puede ser, por ejemplo, la propiedad u otros derechos patrimoniales) (cfr., una vez más, PACE, A.: *Problematica...*, págs. 216 y 218).

Así, por ejemplo, una modificación legislativa que equipare a la morada (o incluya en ella) los despachos profesionales no implica que estos deban ser considerados, también, domicilios a efectos constitucionales. De hecho, como se acaba de indicar, el legislador penal ha incorporado en el reciente Código Penal de 1995 los delitos de entrada en el domicilio personas jurídico-públicas y privadas, en despacho profesional u oficina, en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura (artículos 203 y 204). Es evidente que tales delitos no transforman el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en su contenido. Y es que, si bien es cierto que el artículo 18.2 CE, que reconoce un derecho *erga omnes*, impone al legislador que lo proteja (incluso, posiblemente, en el plano penal), es evidente que no prohíbe al legislador ir más lejos en esa protección, amparando otros lugares (fundándose en el mismo bien jurídico, la intimidad, o en otros —por ejemplo, la propiedad—). Es en todo caso significativo, como ya se ha indicado, que el legislador penal no haya reformulado la noción penal de morada.



PARTE SEGUNDA

**LA VERTIENTE DINÁMICA
DEL DERECHO FUNDAMENTAL**

EL ORDEN PÚBLICO COMO CRITERIO DELIMITADOR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. LOS LÍMITES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO

En otro lugar de este trabajo se señalaba que los derechos fundamentales son, por definición, derechos limitados¹. El Tribunal Constitucional ha reconocido este principio en varias ocasiones. Así, por ejemplo, en el Auto 257/1985/2, el Tribunal señala que aunque «el derecho de intimidad acogiera a las personas jurídicas, estaría como el resto de los derechos fundamentales limitado en su total dimensión»². Y esto aunque el tenor literal de algunos de ellos regule un derecho ilimitado (como ocurre, por ejemplo, en relación con la inviolabilidad del domicilio). En efecto, tras señalar que el domicilio es inviolable, la propia Constitución española (y, en idéntica medida, otras de nuestro entorno)

¹ OTTO, I. DE: *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid, 1988, pág. 108 y MEDINA GUERRERO, M.: *La vinculación...*, pág. 47. ALFONSO FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR entiende, sin embargo, que algunos derechos son ilimitados. Éste es el caso, por ejemplo, del derecho fundamental de no declarar contra uno mismo o de no declararse culpable [en *El secreto profesional de los informadores*. Madrid, 1990, págs. 100-101 y «El secreto profesional de los periodistas», en *Cuadernos Lucas Mallada* 1 (1995), pág. 72]. Lo mismo ocurre con el artículo 417 LECr, cuando establece que los sacerdotes o ministros de otras confesiones no están obligados a testificar en causa criminal de los secretos conocidos en el ejercicio de su ministerio (en la última obra citada, pág. 73).

² Sobre el carácter limitado del derecho a la intimidad, *vid.*, también, las Sentencias TC 37/1989/7 y 129/1996/5, de 9 de julio. *Vid.* la afirmación realizada con carácter general en la Sentencia TC 20/1990/3, de 15 de febrero. En el plano doctrinal debe recordarse, con KLAUS STERN, que las limitaciones de los derechos individuales tienen su origen inmediato en la convivencia humana, convivencia que presupone el propio Estado [en «El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania», *RCEC*, 1 (1988), págs. 272].

establece algunos supuestos que justifican la realización de entradas domiciliarias. De la existencia de tales hipótesis se deduce que el domicilio puede ser, en ocasiones, legítimamente invadido³.

No existen, pues, derechos ilimitados. Esta afirmación no es contradictoria con otra, también realizada en la presente investigación, que aludía a que, al menos, algunos derechos fundamentales eran absolutos⁴. Con aquella afirmación se aludía al problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*), señalando que en lo que al derecho a la inviolabilidad del domicilio atañe, existe una vinculación de los particulares, que se concreta en la tipificación penal del delito de allanamiento de morada.

Ahora se insiste en otra idea diferente: la inviolabilidad del domicilio es un derecho limitado; con ello quiere significarse que el derecho no debe prevalecer (ya sea frente al Estado, ya frente a los particulares) en todo caso y en cualquier circunstancia. Al contrario, es posible que este derecho se vea limitado en favor de otro interés o derecho que deba prevalecer en un determinado supuesto.

Esta idea ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones, aunque de forma especialmente clarificadora en la Sentencia 22/1984/4. En la misma, y en referencia, precisamente, a la inviolabilidad del domicilio, el Tribunal señala que «existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales». Estos fines sociales deben constituir, a juicio del Tribunal Constitucional, valores constitucionales en sí mismos y su prioridad en relación con los derechos fundamentales debe resultar de la misma Constitución.

Es evidente que el constituyente puede prever en la misma conformación constitucional de los derechos esos posibles conflictos, y optar por soluciones concretas, como son, por ejemplo, la exigencia de que las libertades de expresión e información respeten el derecho al honor o a la intimidad (artículo 20.4 CE) o que la inviolabilidad del domicilio ceda en caso de flagrante delito (artículo 18.2 CE), entre otros muchos. No obstante, la formalización global de un determinado derecho fundamental (que debe conectarse, necesariamente, con el resto de los derechos fundamentales o con el ejercicio del mismo y de otros derechos por parte de los demás) hace pensar, en principio, en la posibilidad de un criterio de delimitación de los derechos.

³ *Vid.*, en este punto, MAUNZ, T.: *Artikel...*, pág. 13-4.

⁴ En algunos pasajes, como el contenido en la Sentencia TC 20/1990/3, el Tribunal equipara el adjetivo absoluto (esto es, *erga omnes*) al de ilimitado (es decir, en este trabajo, que deba prevalecer en todo caso).

Tal criterio de delimitación puede ser puesto de manifiesto a través de supuestos concretos, relacionados ya con el derecho fundamental en examen. Así, debe recordarse que los jueces pueden autorizar, en el curso de un proceso o como consecuencia de una petición previa de la Administración, la penetración en los domicilios a efectos constitucionales, aun en contra de la voluntad de su titular. Este hecho condiciona el ejercicio del derecho. Como es sabido, el mismo precepto constitucional contiene una limitación del derecho aún más grave: en el supuesto de delito flagrante se puede entrar directamente (es decir, sin resolución judicial previa) en un domicilio constitucionalmente amparado. No es ni siquiera necesario acudir ante el juez para obtener una autorización judicial que permita realizar dicha entrada.

Aunque la Constitución solamente contiene este supuesto en el que es posible entrar en un domicilio sin resolución judicial previa, no es difícil imaginar otras hipótesis en las que el ejercicio del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio deba ser, a todas luces, restringido. Alguna norma de nuestro ordenamiento jurídico ha asumido, implícitamente, este principio. En efecto, el viejo artículo 491 CP indicaba que no era aplicable el delito de allanamiento de morada a la persona que entraba en morada ajena (que constituye, como ya se ha indicado en este trabajo, domicilio en su sentido constitucional) para, entre otros extremos, evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero⁵. Si se piensa, por ejemplo, en una entrada domiciliaria

⁵ El precepto penal citado no excluía (ello sería impensable) la vulneración del derecho fundamental (que puede, incluso, traducirse en una responsabilidad civil de la persona que penetra en el domicilio constitucionalmente protegido), sino que, simplemente, eximía de responsabilidad penal al infractor (de esta misma opinión es JESÚS GARCÍA TORRES, en *Voz...*, pág. 2156). Un ejemplo que puede ilustrar esta idea puede ser el siguiente: una persona que, a causa de una riada, rompe una puerta para refugiarse en una morada, no puede ser considerado autor del delito de allanamiento de morada, pero ello no excluye que cargue con el coste de la reparación de la puerta. En todo caso, este precepto ha sido doctrinalmente calificado de «superfluo y perturbador», porque rige, en todo caso, la eximente del artículo 8.7 CP del Código de 1973 (JORGE BARREIRO, *Voz...*, pág. 440), lo que explica que los últimos proyectos de Código Penal (de 1983 y 1992), así como el Código Penal de 1995, lo hayan suprimido.

La jurisprudencia penal relacionada con el viejo artículo 491 CP estima que cuando concurre un estado de necesidad se excluye la antijuridicidad de la acción (Sentencias TS Ar. 1990/1358/1; 1987/8573/1 y 1976/4740/1). En todo caso, la entrada que se justifica en el artículo 491 CP (o en sus precedentes) es, evidentemente, relevante (Sentencias TS Ar. 1989/4986/2 y 1976/4740/1). Esta afirmación matiza el principio general de que la finalidad de la entrada es irrelevante para la aplicación del tipo penal del allanamiento de morada (Sentencias TS Ar. 1965/0241/ún.; Ar. 1933/2325/3 y Rec. 1887/0014/2). *Vid.*, también las Sentencia TS Ar. 1990/7639/2 y, en relación con el artículo 505 del Código Penal reformado de 1870, la Rec. 1877/0143 y, en el plano doctrinal, GARCÍA TORRES, J.: *Voz...*, pág. 2155.

producida por un particular en un domicilio ajeno en llamas que tenga por objeto salvar la vida de unos menores, parecerá lógico⁶ dar por buena, *a priori*, dicha entrada (aunque se haya afectado el derecho reconocido en el artículo 18.2 CE). Lo mismo puede ocurrir en otros casos en los que exista personas indefensas en peligro, o en los que la entrada sea primordial para garantizar la vida de otras personas (por ejemplo, la entrada que tiene por objeto el cerrar la llave del gas en una casa para preservar la seguridad del edificio y de las personas que en él habitan).

La multitud de supuestos planteados que pueden darse exige utilizar alguna noción que pueda englobarlos. Dicha noción puede ser, como se verá en las siguientes líneas, la de *orden público constitucional*.

2. LA NOCIÓN DE *ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL*

El orden público es una de las categorías más utilizadas en el campo del Derecho público. En los últimos ciento cincuenta años gobernantes, leyes y autores han acudido al orden público para explicar o, en su caso, justificar determinadas realidades y posiciones u opiniones, respectivamente.

No se pretende investigar (ni siquiera recordar con cierto detalle) las diversas concepciones doctrinales del orden público que se han dado en este siglo y medio. Tal análisis exigiría, por su extensión y alcance, un trabajo monográfico.

⁶ Por ello no puede compartirse la opinión de JOAN J. QUERALT JIMÉNEZ [expresada en su magnífico trabajo «Necesidad, legalidad y oportunidad (a propósito de la cobertura de la injerencia policial)», *RCEC*, 5 (1990), pág. 142] de que los allanamientos de morada realizados en tiempos de normalidad institucional en contra de la voluntad del morador y sin que medie flagrante delito constituyen una práctica proscrita, a tenor del artículo 18.2 CE y no pueden, por ello, *gozar de ningún tipo de cobertura constitucional*. De hecho, más adelante, el mismo autor alude a que cabe la actuación policial que pretenda proteger un derecho fundamental (como el de la vida) mediante la limitación de otro (como la inviolabilidad del domicilio), conectando esta hipótesis con el estado de necesidad, «institución que subyace a todo ordenamiento jurídico», que supone «causar el mal menor para salvar el bien jurídicamente más valioso» (pág. 150; el subrayado se debe a este trabajo). Esta afirmación se conecta con la realizada por CHRISTOPHE VIMBERT en relación con el orden público, cuando señala que éste trasciende a toda la pirámide normativa [en «L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel», *RDP*, 3 (1994), pág. 714]. También alude al estado de necesidad como supuesto de excepcionalidad del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, entre otros, GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, págs. 201-205.

Baste, por ello, con recordar que el orden público aparece constitucionalmente recogido (como tal categoría), por vez primera, en el artículo 10 DDHC (1789), que reconoce el derecho de opinión, incluso religiosa, «siempre que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la ley». Desde aquel momento⁷, el orden público se convierte en uno de los elementos sobre los que reposa el modelo liberal de Estado que, como ya se ha indicado en este trabajo, reconoce libertades públicas y no derechos fundamentales en el moderno sentido de este término⁸. En la actualidad, contra lo que pudiera pensarse, el término no sólo no ha caído en desuso, sino que, bien al contrario, goza de buena salud, como muestran los numerosos trabajos que sobre él se realizan⁹.

⁷ Sobre la evolución histórica de la noción de orden público, *vid.* MARTÍN RETORTILLO-BAQUER, L.: «Notas para la historia de la noción de orden público», *REDA*, 36 (1983), págs. 19-37. Es importante señalar que en la actualidad no puede conectarse el orden público, como en el pasado, ni con el rey (artículos 170 ó 43 de las Constituciones de 1812 y 1837, entre otras), ni con las estrictas funciones de policía.

⁸ *Vid.* la nota 13 de capítulo dedicado a los titulares del derecho fundamental. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA explica como el orden público aporta al Estado liberal la coacción precisa para conseguir la necesaria efectividad de la Ley (que sirve, precisamente, para regular las exigencias del orden público) y de las sentencias (en su obra, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, 4.^a ed. Madrid, 1994, págs. 28-34, especialmente, págs. 28 y 32).

⁹ Entre otros, a simple título de ejemplo, en nuestro país, los siguientes trabajos: MARTÍN REBOLLO, L.: «La introducción de la referencia al orden público en el Reglamento de lo Contencioso-Administrativo», *RAP*, 77 (1975), págs. 53-84 (especialmente, págs. 75-82); DE LA MORENA DE LA MORENA, L.: «Los fines de interés público como “causa” y como “límite” de la competencia y como “medio” y “medida” de control jurídicos», *RAP*, 85 (1978), págs. 151-221; CARRO, J. L.: «Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional», *REDA*, 29 (1981), págs. 287-305 (sobre la noción de policía, págs. 288-296); MARTÍN RETORTILLO-BAQUER, L.: *La cláusula de orden público como límite —impreciso y creciente— del ejercicio de los derechos*. Madrid, 1975, especialmente, págs. 33 y ss.; DE LA MORENA DE LA MORENA, L.: «La «seguridad pública» como concepto jurídico indeterminado: su concreta aplicación a los traspasos de servicios en materia de espectáculos públicos», *RAP*, 109 (1986), págs. 321-361 (especialmente, págs. 323-333), así como la bibliografía citada en la pág. 361 del mismo trabajo y en la nota 1 de la página 308 del trabajo de FEDERICO A. CASTILLO BLANCO: «Comentarios de urgencia sobre la polémica Sentencia TC 341/1993, de 18 de noviembre, sobre la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana», *PJ*, 33 (1994); IZU BELOSO, M. J.: «Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978», *REDA*, 58 (1988), págs. 233-252 y, especialmente, CASTRO, F. de: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor», *ADC*, 4 (1982), págs. 1014-1050. *Vid.* también la bibliografía citada por PEDRAZ PENALVA, E.: «Notas sobre publicidad y proceso», *PJ*, número especial XI (1986), página 116, nota 3 (publicado también en *Constitución, jurisdicción y proceso*. Madrid, 1990). En relación con el derecho italiano, aluden al orden público un buen número de los trabajos citados por ALESSANDRO PACE en «Il concetto di ordine pubblico

Nuestra propia Constitución sigue acudiendo a la categoría del orden público para configurar la libertad ideológica y religiosa, reconocida en el artículo 16.1 CE¹⁰ y el derecho de reunión en lugar de tránsito público, regulado en el artículo 21 CE¹¹.

El Tribunal Constitucional ha utilizado asimismo la categoría del orden público no sólo para interpretar cuál es el contenido de estos dos derechos fundamentales¹², sino, también, para delimitar otras nociones, como es la de seguridad pública (artículo 149.1.29 CE), a los efectos de resolver conflictos de competencia¹³. En tales pronuncia-

nella Costituzione italiana», AG, 1963, pág. 111 y ss. y, especialmente, en «Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale, ordine pubblico secondo la Corte Costituzionale», GC, 1971, pág. 1777 y ss. y, más recientemente, CORSO, G.: «Ordine pubblico (dir. pubbl.)», ED, vol. XXX. Giuffrè. Varese, 1980, esp. pág. 1084.

¹⁰ En concreto, se señala que la libertad ideológica y religiosa encuentra su límite en el orden público protegido por la ley. La LO 7/1980, de 5 de julio, sobre libertad religiosa señala que «el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática» (artículo 3.1).

¹¹ A tenor de lo dispuesto en el artículo 21.2 CE, tales reuniones podrán ser prohibidas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.

¹² En relación con la libertad ideológica, el Tribunal Constitucional ha señalado que la Constitución solamente justifica una limitación del mismo, en aras al mantenimiento del orden público protegido por la ley (Sentencia TC 20/1990/3).

Sobre el derecho de reunión en lugar de tránsito público, el Tribunal recuerda que, en los términos del artículo 21.2 CE, solamente pueden prohibirse tales reuniones «cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes» (Sentencia 59/1990/4 de 29 de marzo). El Tribunal entiende que puede darse cierto peligro físico o moral; es decir, intimidatorio (Sentencia 59/1990/5). Sobre el peligro físico, *vid.* la Sentencia TEDH «Plattform Ärzte für das Leben», de 21 de junio de 1988; sobre el moral, *vid.* la Sentencia TC 2/1982. En su jurisprudencia más reciente, el Tribunal Constitucional ha conectado un eventual colapso circulatorio con el orden público al que alude el artículo 21.2 CE (*vid.* la Sentencia TC 66/1995/3, de 8 de mayo y el lúcido comentario de IGNACIO TORRES MUÑOZ, «Limitando el derecho de reunión», REDA, 88 (1995), pág. 589 y ss. en el que se indica que el peligro indirecto no justifica la prohibición de la manifestación, en consonancia con el Voto Particular del Magistrado J. GONZÁLEZ CAMPOS, que acompaña a la Sentencia).

TERESA FREIXES SANJUÁN y JOSÉ CARLOS REMOTTI CARBONELL estiman que el orden público tiene «como única función constitucional la de servir de límite circunscrito al ejercicio» de los dos citados derechos fundamentales [en «La configuración constitucional de la seguridad ciudadana», REP, 87 (1995), págs. 148-149].

¹³ *Vid.* las Sentencias TC 117/1984, de 5 de diciembre, 4/1981, de 2 de febrero, y 56/1986/3, de 13 de mayo. Sobre la distinción entre orden público y seguridad pública, *vid.* IZU BELLOSO, M. J.: *Los conceptos...*, págs. 233 y 251. La tesis de MIGUEL J. IZU BELLOSO es que *a)* hoy ya no es posible conectar el orden público con los poderes de policía (sino la seguridad pública) y que *b)* no hay una habilitación genérica de tales

mientos, el Tribunal entiende, por lo general, que la noción de orden público es más amplia que la de seguridad pública. Mientras que aquella incluye en sí cuestiones tales como la salubridad¹⁴, ésta no integra sino la seguridad pública (entendida como actividad dirigida a la protección de personas y bienes —seguridad en sentido estricto— y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano)¹⁵.

En otras ocasiones, en fin, el Tribunal Constitucional señala que son normas de orden público aquellas de *ius cogens*, es decir, que se imponen al sujeto, limitando el principio de autonomía de la voluntad (artículo 1255 CC)¹⁶. El Tribunal ha señalado, en esta dirección, que el ejercicio de los derechos fundamentales es, en sí mismo, una componente del orden público¹⁷.

No es objeto de este trabajo el análisis dogmático de la categoría del orden público. Ello, como ya se ha indicado, exigiría una mono-

poderes policiales para la defensa del orden público. Este último extremo ha sido también subrayado por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA [en «La significación de las libertades públicas para el Derecho administrativo», *ADH*, 1 (1981), págs. 122-124] y JUAN A. SANTAMARÍA PASTOR (en *Fundamentos...*, pág. 883), entre otros. *Vid.*, también, ALONSO PÉREZ, F.: *Seguridad Ciudadana*. Madrid, 1994, especialmente págs. 13-16.

Vid., en fin, sobre la seguridad ciudadana, el artículo 104 CE y el trabajo de TERESA FREIXES SANJUÁN y JOSÉ CARLOS REMOTTI CARBONELL: *La configuración...*, especialmente págs. 153-160.

¹⁴ La moralidad puede limitar, en ocasiones, las libertades de expresión e información, en conexión con la protección de la infancia y juventud (artículo 20.4 CE) (Sentencia TC 62/1982/3, de 15 de octubre). *Vid.* MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.: «La moralidad pública como límite de las libertades públicas», en AA.VV.: *Los Derechos Fundamentales y Libertades públicas*, vol. I. Madrid, 1992, págs. 1003-1021.

¹⁵ *Vid.* la Sentencia TC 33/1982/3, de 8 de junio, que se dicta en relación con un Conflicto positivo de Competencias interpuesto por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad contra una Comunicación enviada por el Gobernador Civil de Barcelona al Consejo de Sanidad y Seguridad Social de la Generalidad, y reenviada, después, a los Alcaldes y a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

¹⁶ Así, por ejemplo, el Tribunal se ha referido frecuentemente a que «el cumplimiento de los requisitos procesales es de orden público y de carácter imperativo y escapa del poder de disposición de las partes y del propio órgano judicial» (Sentencia TC 90/1986/2, de 2 de julio). Sobre el plazo procesal para recurrir en amparo, *vid.* Sentencia TC 120/1986/1, de 22 de octubre. Sobre la compatibilidad de normas procesales con los derechos constitucionalmente reconocidos, Sentencias TC 43/1986, de 15 de abril y 39/1988/1, de 9 de marzo. En el plano doctrinal, y en esta misma línea conceptual, puede consultarse el breve trabajo de JOSÉ I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, «Orden público y orden privado en el ordenamiento jurídico», *RDN*, 1989, pág. 11.

¹⁷ Sentencias TC 59/1990/5 y, especialmente, 19/1985/1, de 13 de febrero. En relación con el artículo 24 CE y Sentencias dictadas en el extranjero, *vid.* Sentencia 199/1987/5, de 16 de diciembre. Sobre estas ideas es indispensable la lectura de ALONSO GARCÍA, E.: *La interpretación de la Constitución*. Madrid, 1984, págs. 352 y 353, y tener en cuenta la jurisprudencia y doctrina constitucional que allí se cita. *Vid.*, también, la Sentencia TC 25/1981.

grafía. Se pretende, simplemente, emplear la noción de orden público de forma instrumental, como tópico¹⁸, para resolver problemas concretos que se plantean en nuestro ordenamiento, que posibiliten explicar desde el orden público la delimitación del derecho fundamental en examen.

3. EL ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ESPECIAL REFERENCIA A LA INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO

El orden público constitucional puede concebirse en un Estado democrático como el pacífico ejercicio competencial que ciudadanos y poderes constituidos tienen. Como se recordará, los derechos fundamentales son, en acertada expresión de Juan J. Solozábal Echavarría, normas competenciales del ordenamiento jurídico porque establecen en favor de los particulares ámbitos inmunes a los poderes públicos y atribuyen al legislador, en su caso, la actividad normadora necesaria¹⁹. Por contra, los poderes constituidos deben ejercer sus competencias normalmente.

Lo que puede calificarse, en conjunto, como el normal desenvolvimiento del Estado debe realizarse en un clima de orden político y de paz social. Tales expresiones son las recogidas en el artículo 10.1 de nuestra Constitución, donde se afirma que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la

¹⁸ Sobre la tónica, *vid.*, VIEHWEG, T.: *Tónica y jurisprudencia* (traducción de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA). Madrid, 1986; PERELMAN, C.: *La lógica jurídica y la nueva retórica* (traducción de LUIS DÍEZ-PICAZO). Madrid, 1988. Sobre la argumentación jurídica (y su relación con la científica), *vid.* BACHOF, O.: *Jueces...*, especialmente pág. 65. El primer autor citado recuerda que ARISTÓTELES señalaba (en su *Tónica*) como los tónicos «nos pueden ayudar, en relación con cada problema, a obtener conclusiones dialécticas» —Top. VII, 5, 14, en *Tónica...*, pág. 43— (y no, por tanto, apodópticas). *Vid.*, también, su trabajo «Acerca de la tónica, especialmente en el ámbito jurídico, en *Tónica y Filosofía del Derecho*. Barcelona, 1991, págs. 196-201. CH. PERELMAN señala como la importancia de los lugares específicos del derecho (los tónicos jurídicos) «consiste en que suministran razones que permiten descartar las soluciones que no son equitativas o razonables» (pág. 119); su uso sirve para conciliar razón y justicia (pág. 130).

¹⁹ En *Algunas...*, pág. 88. Sobre el legislador de los derechos fundamentales *vid.*, por todos, JIMÉNEZ CAMPO, J.: «El legislador de los derechos fundamentales», en AA.VV.: *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto*. Oviedo, 1993 y CRUZ VILLALÓN, P.: *El legislador...*

personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social»²⁰.

Debe hacerse notar que la propia Constitución vincula (ello es significativo) las ideas de orden político, paz social y derechos inviolables (que deben ser, lógicamente, los fundamentales). Parecen conectarse en términos de equivalencia (de exigencia, si se prefiere) las ideas de orden político y paz social de un lado, y los derechos fundamentales de otro. Se quiere indicar así como solamente en una situación de orden político y paz social pueden ejercerse, en la práctica, los derechos fundamentales.

El orden político y la paz social pueden hacer referencia al orden público (o, si se prefiere, al orden público constitucional). El orden público no podría ya ser considerado en el marco de un Estado democrático²¹, al menos exclusivamente, una cláusula restrictiva de los de-

²⁰ En relación con la paz y el Derecho constitucional, *vid.* SORIANO DÍAZ, R.: «La paz y la Constitución española de 1978», *REP*, 45 (1985), pág. 93 y ss. y RUIZ GIMÉNEZ CORTÉS, J.: *Artículo 10*, en ALZAGA VILLAAMIL, Ó. (dir.): *Comentarios a las Leyes Políticas*, tomo II. Madrid, 1984, pág. 45 y ss.

²¹ En el Estado liberal de Derecho, como es sabido, con la excepción del caso norteamericano, la Constitución no se considera norma jurídica. De ahí que se considere que la soberanía se predica o bien del parlamento (caso inglés) o de la nación que expresa su voluntad a través de la ley (caso francés). En estos casos, la ley, que es la norma superior del ordenamiento jurídico, puede fijar libremente (esto es, sin control), las normas de orden público que limitan los derechos. De ahí que en el Estado liberal deba conectarse la idea del orden público con el principio de legalidad (que constituye la máxima garantía de los ciudadanos). *Vid.*, sobre estos problemas, y en relación con el caso francés, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Revolución...*, págs. 21-25 y 28-34. La idea de que a través de la ley se expresa el orden público en el modelo liberal se muestra con cierta claridad en el artículo 6 DDHC, que señala: «La libertad es el poder que pertenece al hombre de hacer todo lo que no dañe a los derechos de los demás: tiene como fundamento la naturaleza; como regla, la justicia; como salvaguardia, la Ley; su límite moral está en esta máxima: no hagas a los demás lo que quieras que te hagan a ti» (el subrayado pertenece a este trabajo).

Doctrinalmente, se suele conectar hasta fechas recientes el orden público y el Estado policía o los poderes de policía. Un resumen de los diferentes autores clásicos sobre la noción de policía puede estudiarse en VILLEGAS BASAVILBASO, B.: *Derecho Administrativo V. Limitaciones a la libertad*. Buenos Aires, 1954. Esta obra explica como se concibe la noción de policía (conexa, en este momento, con la de orden público) en la doctrina francesa (BERTHÉLEMY, HAURIU, ROLLAND y WALLINE), italiana (PRESUTTI, D'ALESSIO, RANELLETTI, ROMANO, MANZINI y ZANOBINI), alemana (MAYER, FLEINER y MERKL) y la visión más amplia dominante en Estados Unidos (págs. 17-52). En las páginas 60-73, el autor critica tales concepciones.

GEORGES BURDEAU indica que «así como la reglamentación no se opone al derecho individual, el orden público no se opone a la libertad. Si esto es así es porque los derechos fundamentales (*libertés*) no son absolutos. Desde el momento en que se integran en el ordenamiento jurídico positivo, su definición y garantía se subordinan implícitamente a las condiciones de este orden» (en *Les Libertés publiques*. 2.^a ed. París, 1961, pág. 32).

rechos fundamentales²². Es verdad que el orden público delimita los derechos fundamentales²³, pero es igualmente cierto que el orden público es un elemento esencial y necesario para que los ciudadanos puedan ejercer tales derechos. El orden público es por ello, a la vez, límite y garantía de los derechos fundamentales²⁴.

Esta afirmación no solamente explica cuál es la relación existente entre orden público y derechos fundamentales, sino que justifica también, en buena medida, las limitaciones que éstos deben soportar en ocasiones. En principio sólo puede restringirse el ejercicio de un derecho fundamental cuando con tal limitación se pretenda garantizar *a*) el ejercicio del mismo derecho por otras personas, *b*) el ejercicio de otros derechos por otros, o, en fin, *c*) el orden público (esto es; el orden político y la paz social), necesario para el simultáneo ejercicio de los distintos derechos fundamentales por todos sus titulares²⁵. En palabras

²² El Tribunal Constitucional español ha señalado que «los conceptos de "paz pública" y de "orden político" no son los mismos en un sistema político autocrático que en un Estado social y democrático de Derecho» (Sentencia 59/1990/4). *Vid.*, asimismo, la Sentencia TC 43/1986/4.

²³ Ésta es la visión más oscura, pero, también, más extendida del orden público. En efecto, el orden público se conecta, con harta frecuencia, con la idea de seguridad pública y, en general, con los poderes de policía. *Vid.*, así, entre otros muchos, CORSO, G.: *L'ordine pubblico*. Bolonia, 1977; LAUBADÈRE, A. de: *Traité de Droit Administratif*, 6.^a ed. París, 1973, págs. 563 y ss.; o MAREAU, F.: *Manuel de Droit Public Français II. Droit Administratif*. París, 1909, págs. 376 y ss.; RIVERO, J.: *Droit Administratif*, 5.^a ed. París, 1971, págs. 386 y 387 o VILLEGAS BASAVILBASO, B.: *Derecho...* Entre nosotros, *vid.* MARTÍN RETORTILLO-BAQUER, L.: *La cláusula...* y, especialmente, DE LA MORENA DE LA MORENA, L.: *La «seguridad pública»...*, pág. 360 (donde aboga por la existencia de un orden público policial, conectado más con el Estado liberal —esto es, abstencionista— que con un Estado social).

En todo caso, se parte de que orden público y derechos fundamentales son, en sí, términos antagonicos. Esta visión (calificada por É. PICARD de superficial —como recuerda VIMBERT, C. en *L'ordre...*, pág. 717—) olvida que si orden público y derechos fundamentales se exigen, no pueden ser, por ello, antinómicos, puesto que, como ha señalado CH. PERELMAN, «el problema de las antinomias sólo se plantea con toda su agudeza cuando dos normas *incompatibles* son *igualmente válidas* y no existen reglas generales que permitan, en el caso concreto, otorgar prioridad a una o a otra» (en *La lógica...*, pág. 59; el subrayado pertenece a este trabajo).

²⁴ VIMBERT, C.: *L'ordre...*, pág. 720. Por su parte, XAVIER PHILIPPE, en su magnífico trabajo *Le contrôle...* señala que algunos autores ven una evolución entre la Decisión CCF 76-75 DC, que habla de límites, y la Decisión CCF 80-127 DC, de 19-20 de enero de 1981, que alude a la conciliación entre dos bienes (pág. 356). Estas Decisiones pueden consultarse en FAVOREU, L. (ed.): *Recueil...*, págs. 45-46 y 91-99, respectivamente. *Vid.*, también, MEDINA GUERRERO, M.: *La vinculación...*, pág. 90.

²⁵ De hecho, se ha cuestionado en ocasiones si el legislador puede realizar una modificación *in peius* de los derechos fundamentales. En esta línea, se ha señalado en la doctrina francesa que la ley no puede volver a afectar las situaciones existentes en materia de derechos fundamentales (*libertés publiques*), salvo si tales situaciones fueron

del Tribunal Constitucional italiano, el orden público constitucional debe ser asegurado para permitir a todos el goce efectivo de los derechos inviolables del hombre²⁶.

Esta doble faz del orden público, límite-garantía de los derechos, explica como, en ciertas ocasiones, puede estimarse qué medidas limitadoras de los derechos fundamentales son contrarias a la Constitución por no servir de garantía al ejercicio de los derechos. Christophe Vimbert entiende²⁷ que esto es lo que ocurre, precisamente, en la citada Decisión 76-75 DC, sobre registros en vehículos. En aquella ocasión, el Consejo Constitucional entendió que era incompatible con la libertad individual (reconocida en el artículo 66 CF) la posibilidad de que los oficiales registraran *de forma indiscriminada* los vehículos que se encuentran en la vía pública en presencia de su conductor o propietario. El Consejo hace notar que la norma impugnada no condiciona la realización de tales registros a la existencia de un

legalmente adquiridas o si su revisión es realmente necesaria para permitir la realización de un objetivo constitucional [Decisión CCF 84-181 DC, de 10 y 11 de octubre, Considerando 47 —cfr. FAVOREU, L. (ed.): *Recueil...*, págs. 199-207—] (extraído de DEBASCH, C.; PONTIER, J.-M.; BOURDON, J. y RICCI, J.-C.: *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 2.^a ed. París, 1986, pág. 486. También lo recuerda JEAN RIVERO, en «La jurisprudence et le principe de liberté», en AA.VV.: *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*. París, 1990, págs. 286-287). El último autor citado estima, con apoyo en la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés [Decisiones 83-165 DC, de 20 de enero de 1984; 84-185 DC, de 18 de enero de 1985 y 86-210 DC, de 29 de julio —cfr. FAVOREU, L. (ed.): *Recueil...*, págs. 171-175, 219-222 y 270-273, respectivamente—]; del Tribunal Constitucional italiano (Sentencia n.º 16, dictada en febrero de 1978) y del Tribunal Supremo americano [Sentencia *Boddie v. Connecticut*, 401 US 371 (1971)], que no es posible que el legislador pueda derogar leyes que contienen garantías de los derechos fundamentales (*ibidem*, págs. 287-289).

Esta jurisprudencia comparada, que suscita cuestiones teóricas que superan con creces las planteadas en este estudio, puede comprenderse partiendo de esa doble función limitadora-garantizadora del orden público constitucional, que debe justificar que la restricción del derecho fundamental es necesaria para la preservación de una componente prevalente del orden público constitucional.

²⁶ Sentencia TCI 168/1971/3, de 5 de julio, que puede consultarse en *G.C.* 1971, págs. 1774 y ss. y que alude a la Sentencia TCI 19/1962. ALESSANDRO PACE, en un comentario jurisprudencial realizado en relación con la primera Sentencia indicada, disiente del parecer del Tribunal Constitucional. Entiende que no debe darse cobertura normativa a la exigencia de una convivencia tolerable, encontrándose ya las limitaciones de los derechos expresamente previstas en la Constitución (en *Ordine...*, págs. 1781-1782 y esp. pág. 1783 *in fine*). Estas ideas ya habían sido mantenidas por ALESSANDRO PACE en su trabajo *Il concetto...*, pág. 111 y ss.; en relación con lo indicado, pág. 114. El autor entiende que orden público y la seguridad pública son los dos lados (objetivo y subjetivo) de una misma realidad y que solamente puede hacerlo respetar la autoridad administrativa previa habilitación legislativa (*ibidem*, pág. 123 y ss.).

²⁷ En *L'ordre...*, págs. 720-721.

atentado al orden público y, por ello, la declara contraria a la Constitución²⁸. Christophe Vimbert justifica tal decisión por entender que la ley impugnada había limitado, pero no garantizado la libertad individual²⁹; es decir, la limitación no tendría como finalidad, necesariamente, la preservación de ese u otro derecho fundamental. El orden público no constituye un enemigo del derecho fundamental, sino que, al contrario, como el mismo autor indica, sirve para determinarlo; es medio de concreción de su contenido y refuerza, finalmente, su efectividad³⁰.

Esta última idea explica porque el legislador puede prever situaciones anormales (incluso no previstas constitucionalmente³¹), en las que el orden público está en juego, y establecer, para ellas, un régimen limitado de los derechos (que puede conllevar, en ocasiones, el sacrificio de un determinado derecho fundamental). Aun en ausencia de una regulación legal que garantice el orden público, es posible que los poderes públicos o los particulares deban limitar el ejercicio de determinados derechos para preservar, con ello, el orden público (necesario para el ejercicio de todos los derechos fundamentales). Puede

²⁸ Considerando 4 de la Decisión.

²⁹ *L'ordre...*, págs. 720-721.

³⁰ *Idem*.

³¹ Por ejemplo, el Consejo Constitucional francés ha entendido que el legislador podía regular un Estado de urgencia (no previsto en la Constitución y limitador de derechos fundamentales), ya que a él le compete realizar la conciliación necesaria entre el respeto de los derechos fundamentales y la salvaguarda del orden público sin la cual el ejercicio de los derechos no podría ser asegurado (Decisión 85-187 DC, de 25 de enero de 1985, Considerando 3). Esta Decisión puede consultarse en FAVOREU, L. y PHILIP, L.: *Les grandes...* (1993), págs. 615-616 (con un comentario en págs. 616-625, especialmente, págs. 621-622) o en FAVOREU, L. (ed.): *Recueil...*, págs. 223-224.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español ha estimado que el artículo 20.2 LOPSC, que regulaba la (denominada) retención policial a efectos de identificación, era constitucional. El Tribunal afirma, aunque sin aludir al orden público, que, en general, «la ley no podría, desde luego, configurar supuestos de privación de libertad que no correspondan a la finalidad de protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos...» (Fundamento Jurídico 5). Como es sabido, la Decisión del Tribunal Constitucional en este punto es criticada en los complementarios y acertados Votos Particulares de los Magistrados CARLOS DE LA VEGA BENAYAS y JULIO D. GONZÁLEZ CAMPOS. En el segundo Voto Particular citado no sólo se indica la inadecuación material de la figura de la retención en relación con la Constitución, sino la falta de garantías que la acompañan (establecimiento de una duración máxima o el deber de informar a la persona retenida, entre otras). Esta última carencia hubiera debido provocar, por sí sola en opinión del autor de estas líneas, la declaración de inconstitucionalidad del precepto legal en examen.

En esta misma dirección, THEODOR MAUNZ ha aludido a los límites inmanentes relacionados con la inviolabilidad del domicilio, que no es posible enumerar de forma tasada (en su *Artikel...*, pág. 13-13).

concurrir, en tales supuestos, una ausencia de cobertura legal (pero no constitucional)³².

El criterio que modula la actuación limitadora del derecho fundamental debe ser, en principio, examinada en un procedimiento y resuelta, en su caso, por el juez (que es, desde hace siglos, el garante de los derechos). Sin embargo, cuando existe evidente urgencia, es posible que la intervención limitadora del derecho fundamental se realice al margen de todo procedimiento previo. En efecto, cuando la lesión del orden público no es evidente ni, sobre todo, inmediata, parece lógico residenciar el acto a realizar en el órgano competente (ya sea éste administrativo o judicial). Cuando, por el contrario, cualquiera³³ se encuentra con que solamente una intervención actual en un derecho fundamental puede contribuir al mantenimiento del orden público constitucional, debe restringir aquél en favor de éste.

No es preciso que tal situación esté expresamente prevista en el ordenamiento jurídico³⁴. La limitación de un derecho fundamental que sirve al mantenimiento del orden público es, de por sí, un hecho implícitamente previsto en la Constitución, que constituye un todo sistemático³⁵. No es necesario que en nuestra Constitución se indique,

³² Como es sabido, el Convenio Europeo de Derechos Humanos suele exigir que las restricciones de los derechos sean previstas por la Ley. Sin embargo, debe recordarse como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha defendido una noción amplia de ley, que incluye no sólo el texto escrito, sino también el consuetudinario y, especialmente, el *Common law* (Sentencia Sunday Times, de 26 de abril de 1979, párrafo 47, que puede consultarse en Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *25 años...*, pág. 518).

³³ El orden público constitucional puede ser satisfecho por cualquiera. Así, hoy ya no es posible conectar la urgencia que la preservación del orden público exige con una habilitación general en favor de los poderes públicos basada en la necesidad, como ha señalado EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA (en *La significación...*, págs. 122-124) y JUAN A. SANTAMARÍA PASTOR (en *Fundamentos...*, pág. 883), entre otros. Sigue siendo cierto que, en ocasiones, la *necessitas facit ius* (o, mejor, expresa la optimización de los valores constitucionalmente reconocidos).

Por otra parte, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ aluden al estado de necesidad como supuesto en el que rige la autotutela privada (en *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 5.ª ed. Madrid, 1989, pág. 497).

³⁴ Vid. STERN, K.: *El sistema...*, pág. 273.

³⁵ En este punto se difiere, en buena medida, de la tesis expuesta por CHRISTOPHE VIMBERT de que el orden público constituye una norma de habilitación que beneficia al legislador (en *L'ordre...*, págs. 720-721). Las exigencias impuestas por el orden público pueden estar legalmente previstas (y ello es, a todas luces, conveniente) pero se imponen aun en ausencia de texto normativo alguno que las contenga (vid. MEDINA GUERRERO, M.: *La vinculación...*, págs. 70 y 89). CHARLES PERELMAN recuerda, en esta misma dirección, que «las nociones de equidad, interés público, urgencia o buenas costumbres constituyen una remisión a criterios o «standards» que el legislador no ha definido. Recurre a estas nociones a causa de su misma indeterminación y, cabalmente, para dejar al juez un poder de apreciación» (en *La lógica...*, pág. 53) y, podría añadirse, en relación

como en la alemana, que «sólo podrán adoptarse intervenciones y limitaciones [en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio] para la prevención de un peligro común o de un peligro de muerte para personas determinadas» (artículo 13.3 LFB); a la misma conclusión se llega a través de un análisis sistemático de los preceptos constitucionales.

Ello explica, en buena medida, que el control en relación con la eventual vulneración de un derecho fundamental deba relativizarse, examinando, en cada caso, el particular supuesto de hecho, y los bienes y valores en juego³⁶. Es, en definitiva, un control variable. El control constitucional se expresa así, necesariamente, como un control de proporcionalidad, en el que ya no se señala que una disposición o un acto son contrarios a la Constitución, sino que, en tanto contienen *suficientes* garantías o, por el contrario, suponen una restricción *excesiva* del derecho fundamental, son o no constitucionales³⁷.

con el ordenamiento constitucional español, al Tribunal Constitucional, para controlar los excesos de la utilización de tal habilitación constitucional. En otro lugar de su excelente trabajo, CH. PERELMAN estima posible la actuación contraria a la letra de la norma, pero no a su espíritu. Así, por ejemplo, considera pertinente que se permita el acceso de una ambulancia a un parque público para la recogida de heridos, aunque el reglamento que regule el acceso a tales recintos prohíba la entrada de vehículos rodados. Justifica el autor esta *derogación* (en el original) de la norma en casos de fuerza mayor o situaciones especiales (pág. 76).

En definitiva, la habilitación a la que en este trabajo se alude es una habilitación *ex constitutione*, que puede exigir la actuación de cualquier persona (ya sea como poder público o como particular), y que se conecta con el universo axiológico (es decir, valorativo) plasmado en la Constitución española. Y es que, como acertadamente ha señalado THEODOR MAUNZ, los límites del derecho a la inviolabilidad del domicilio configuran el propio derecho (en *Artikel...*, pág. 13-13 y, especialmente, págs. 13-25 donde examina la posibilidad de que se impongan límites al derecho fundamental no previstos legalmente). Con carácter general, algunos autores han aludido a la existencia de una jerarquía entre los distintos bienes constitucionales (así, *vid.* por todos, GONZÁLEZ RUS, J. J.: *Bien...*, pág. 42). Sobre los límites inmanentes, *vid.* OTTO, I. DE: *Derechos...*, pág. 110 y ss. y MEDINA GUERRERO, M.: *La vinculación...*, pág. 46 y ss. TERESA FREIXES SANJUÁN y JOSÉ CARLOS REMOTTI CARBONELL aluden, en *La configuración...*, págs. 141-162, al principio de interpretación unitaria de la Constitución, citando en su apoyo las Sentencias TC 63/1982, de 20 de octubre y 26/1987 (pág. 143).

³⁶ En el espléndido trabajo de CHRISTOPHE VIMBERT: *L'ordre...*, se afirma que el control que ejerce el Consejo Constitucional es reducido (ya que estima, por lo general, que es al legislador a quién le compete formalizar el régimen de los derechos fundamentales) y variable (según las circunstancias y los valores a proteger en cada caso) (págs. 734 y 737-740, respectivamente).

³⁷ En efecto, no se examina el peso de los bienes en juego, sino más correctamente, la adecuación de la medida limitativa (OTTO, I. DE: *Derechos...*, pág. 123). Respecto de la proporcionalidad y de la inviolabilidad del domicilio, *vid.*, por todos, GONZÁLEZ-TREVUJANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, págs. 203-204 y GARCÍA MACHO, R.: *La inviolabilidad...*, pág. 860. Sobre la proporcionalidad, en general, *vid.*, entre otros, PEDRAZ PENAL-

Este juicio de proporcionalidad dependerá, por ello, de las circunstancias de cada caso en concreto, y de los valores que se hallen en juego³⁸. Lo que sí parece claro es que las delimitaciones de los derechos fundamentales que pretendan basarse en el orden público deben responder (y éste es un límite de los límites de los derechos) a situaciones en las que peligre efectivamente el orden público, ya que solamente en dicho supuesto éste actúa no sólo como límite, sino también como garantía³⁹.

La restricción del derecho fundamental es posible siempre y cuando esté proporcionalmente justificada. Ésta es la posición que el mismo Tribunal Constitucional apunta en una reciente Sentencia, en la que se afirma, en relación con el derecho fundamental recogido en el artículo 23.2 CE, que «el legislador no podrá imponer restricciones a la permanencia en los mismos [cargos o funciones públicas] que, *más allá* de los imperativos del principio de igualdad, y desde la perspectiva constitucional, no se ordenen a un *fin legítimo*, en *términos proporcionados* a dicha finalidad»⁴⁰. Con esta declaración, el Tribunal Constitucional parece optar por una concepción relativa del contenido de los derechos fundamentales, en la que es preciso constatar, caso por caso, que las limitaciones de los derechos fundamentales son necesarias y proporcionadas⁴¹.

VA, E. y ORTEGA BENITO, V.: «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas»; PEDRAZ PENALVA, E.: «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad» (ambos incluidos en su libro *Constitución, jurisdicción y proceso*. Madrid, 1990); GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid, 1990; LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I.: *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*. Sevilla, 1988. *Vid.*, también, ALONSO GARCÍA, E.: *La interpretación...*, y EZQUIAGA GANUZAS, F. J.: *La argumentación en la justicia constitucional española*. Oñati, 1987 y MEDINA GUERRERO, M.: *La vinculación...*, pág. 117 y ss. El Tribunal Constitucional ha explicitado con cierto detalle en su Sentencia 55/1996/3, de 28 de marzo, que el principio de proporcionalidad es útil para verificar si el legislador ha desconocido ciertos preceptos constitucionales (en especial, los que recogen los derechos fundamentales).

En relación con el Derecho francés, *vid.*, PHILIPPE, X.: *Le contrôle...* Este último autor señala que el artículo 66 CF se opone, únicamente, a que la libertad individual sea *insuficientemente* garantizada por la ley... (pág. 543; el subrayado pertenece a este trabajo). En el plano jurisprudencial, *vid.* la Sentencia TC 76/1990/9a, de 26 de abril.

³⁸ VIMBERT, C.: *L'ordre...*, págs. 737-740.

³⁹ CHRISTOPHE VIMBERT recuerda como el Consejo Constitucional exige que la norma que restringe un derecho fundamental explicita con suficiente precisión las circunstancias o contenga garantías (en *L'ordre...*, pág. 733). A ello, añade el autor un límite formal, como es la vigilancia de un juez independiente sobre la aplicación de dicha restricción (pág. 732).

⁴⁰ Sentencia TC 71/1994/6, de 3 de marzo. Los subrayados pertenecen a este trabajo.

⁴¹ Esta idea fue expuesta por el profesor FRANCISCO RUBIO LLORENTE en el Seminario celebrado, bajo su dirección y la del profesor MANUEL ARAGÓN REYES, el día 3 de

Esta afirmación es especialmente aplicable a algunos derechos fundamentales, entre los que se encuentra la inviolabilidad del domicilio. Ello es así porque el constituyente ha decidido que esa tarea de ponderación sea realizada, en principio, por un órgano de naturaleza judicial y a través de una determinada forma (resolución judicial)⁴².

Es sin embargo posible que, en ocasiones, puedan realizarse entradas domiciliarias al margen de toda intervención judicial previa. Ello ocurre, en primer lugar, cuando se da una hipótesis de delito flagrante (expresamente prevista en el mismo artículo 18.2 CE). Tampoco es precisa una intervención judicial previa, en segundo lugar, en los supuestos de suspensión general e individual de los derechos fundamentales (que se regulan en el artículo 55 CE). Junto a estos supuestos explícitamente previstos en la Constitución, es conveniente recordar,

junio de 1995 en Sedano (Burgos), acerca de los mínimos y los máximos de los derechos fundamentales. La noción relativa del contenido esencial matiza la existencia de un contenido mínimo, absoluto, garantizado en todo caso, al que se aludió en la importante Sentencia TC 11/1981/8. Este acercamiento del Tribunal a una noción relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales no difiere, en exceso, de la tesis mantenida en este trabajo. Lo que ofrece es, simplemente, otro enfoque (el del contenido esencial relativo) del mismo problema (el carácter limitado de los derechos fundamentales). Sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales, *vid.*, PAREJO ALFONSO, L.: «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», *REDC*, 3 (1981) y, especialmente, MEDINA GUERRERO, M.: *La vinculación...*, pág. 145 y ss. El último autor citado defiende la existencia de una noción absoluta del contenido esencial (pág. 149 y ss.), aunque no es difícil de encajar esta afirmación con otras realizadas en el mismo trabajo (como es entender que tal contenido esencial impuesto en la Constitución no presenta un núcleo petrificado del derecho —pág. 156— o sugerir conectarlo de forma directa con la conciencia jurídica internacional en materia de derechos humanos —págs. 163 ó 171—). En relación con el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, SCHNEIDER, PETER: «Principi costituzionali e problematica delle libertà nella Germania Federale», en AA.VV.: *La libertà personale* (a cura de L. Elia). Turín, 1977, págs. 63-64 y, más recientemente, GAVARA DE CARA, J. C.: *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid, 1994.

Es cierto que la tesis aquí expuesta cuestiona la idea, sustentada por la mejor doctrina (*vid.*, en particular, JIMÉNEZ CAMPO, J.: *El legislador...*, pág. 506 y ss.) de que el contenido esencial juega frente al legislador y la proporcionalidad en relación con los aplicadores del Derecho. Pero no debe olvidarse, de un lado, que el Tribunal Constitucional ha examinado en ocasiones si determinadas normas con fuerza de ley eran materialmente proporcionales con los derechos fundamentales (Sentencia 196/1987/7, de 11 de diciembre), y de otro, que existen normas con fuerza de ley cuya constitucionalidad no se ha cuestionado y que desconocen, de forma muy probable, el contenido esencial del derecho fundamental que desarrollan (*vid.*, por todas, el artículo 21.3 LOPSC), pero que, sin embargo, no deben ser consideradas inconstitucionales.

⁴² *Vid.* el trabajo de quién escribe estas líneas, «Delito flagrante e inviolabilidad del domicilio (Comentario a la Sentencia TC 341/1993)», *REDC*, 42 (1994), pág. 216.

en tercer lugar, y de acuerdo con lo señalado en las anteriores páginas de este mismo capítulo, que cabe imaginar otras hipótesis en las que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio deba ser limitado para preservar, *ex constitutione*, otro bien constitucional preferente.

El objetivo más inmediato es analizar las intromisiones en el derecho fundamental que se fundan en una resolución judicial. Esta idea puede parecer sencilla, pero, como veremos a continuación, no lo es tanto.

LA RESOLUCIÓN JUDICIAL

1. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL Y EL ORDEN PÚBLICO

Como se acaba de indicar en este trabajo, es posible entender que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio solamente puede ser restringido mediante resolución judicial, salvo los casos de flagrante delito y de suspensión de los derechos fundamentales (artículos 18.2 y 55 CE, respectivamente); aparte, claro está, de los supuestos en los que motivos de urgencia basados en el orden público, sean tales que exijan la realización de entradas domiciliarias, al margen de cualquier requisito formal previo.

La resolución judicial se configura constitucionalmente, por ello, en buena medida, como el mecanismo limitador (puesto que invalida la prohibición de entrada del morador), pero también garantizador del derecho (ya que asegura la intervención del poder judicial en las materias relacionadas con la inviolabilidad del domicilio). No es ya posible que ningún particular ni ninguna Administración pública proceda, por su propia autoridad, a realizar entradas domiciliarias. Todas aquellas personas (públicas o privadas) que pretendan acceder a domicilios (en el sentido constitucional del término); deben, para ello, acudir a un órgano judicial y obtener la necesaria resolución judicial.

Esta formulación contenida en el artículo 18.2 CE es, quizás, como ya se ha apuntado en otros lugares de este trabajo, excesivamente rigurosa. La rigidez de la configuración constitucional de la inviolabilidad del domicilio en España fue ya puesta de manifiesto en los propios trabajos parlamentarios del precepto constitucional. Ello es particularmente claro si se compara con las formulaciones que de la inviolabilidad del domicilio realizan las Constituciones alemana e italiana. Con posterioridad a la aprobación de nuestra Constitución, el

rigor del precepto ha sido también puesto de manifiesto en nuestra jurisprudencia y doctrina constitucional.

Durante el proceso de elaboración del precepto constitucional el senador L. Martín-Retortillo, defendiendo una enmienda del Grupo de Progresistas y Socialistas Independientes, solicitaba que se añadiera al final del texto en aquel momento aprobado¹, la siguiente coletilla:

«Por ley orgánica podrá autorizarse con carácter excepcional el acceso al domicilio por estrictas razones de auxilio a la vida, sanitarias o de calamidad»².

El Senador apoyaba la inclusión de tal delimitación del derecho en varios argumentos³. En primer lugar, en la constatación fáctica de circunstancias excepcionales —aunque no en el sentido de las posteriormente incluidas en el artículo 55 CE, que se circunscriben a concretos supuestos y se declaran formalmente—, como son las de los incendios. En segundo lugar, el mismo parlamentario aducía argumentos de Derecho comparado. En efecto, los supuestos a los que aludía se contemplan en las Constituciones alemana e italiana.

Aunque el Senador no desarrolló esta argumentación, puede ser útil ahondar en esta idea, recordando, esquemáticamente, los perfiles de la inviolabilidad del domicilio en el Derecho constitucional alemán e italiano. El artículo 13 LFB indica que se puedan regular mediante ley intervenciones y limitaciones del derecho a la inviolabilidad del domicilio para proteger la seguridad y el orden público y, especialmente, para subsanar la escasez de viviendas, combatir el riesgo de epidemias y proteger a los menores en peligro (artículo 13.3 LFB⁴). También se permite que los registros domiciliarios que sea peligroso demorar vengan ordenados por las órganos competentes, en la forma legalmente establecida (artículo 13.2 LFB). Por su parte, el artículo 14.3 CI prevé la elaboración de leyes especiales para las comprobaciones e inspecciones domiciliarias motivadas por razones de sanidad y salubridad, o con fines económicos y fiscales. Como se observa, en un

¹ Que rezaba «el domicilio es inviolable y ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o mandamiento judicial, salvo en caso de flagrante delito».

² Extraído de SAINZ MORENO, F. (ed.): *Constitución...*, III, pág. 3248.

³ *Ibidem*, págs. 3248-3249.

⁴ Las entradas realizadas al amparo de este párrafo del artículo 13 LFB deben cumplir dos requisitos específicos, como son la de dirigirse a uno de los fines tasados allí y encontrar un fundamento inmediato en una ley (MAUNZ, T.: *Artikel...*, pág. 13-17). Además, deben respetarse otros principios generales del Derecho, como es, por ejemplo, el de la proporcionalidad (*ibidem*, págs. 13-20 y 13-21).

buen número de casos es, así, posible no someter la inviolabilidad del domicilio a una resolución judicial⁵.

El Senador estima, finalmente, que su propuesta se acompaña de suficientes cautelas para evitar los abusos que pudieran producirse sobre el derecho fundamental⁶. Tales cautelas son tres: la regulación mediante una ley orgánica, la lectura restrictiva que debe realizarse de esta delimitación, que debe ser, como indica el texto de la enmienda, excepcional y, finalmente, su conexión a estrictas razones (auxilio o vida y sanitarias o de calamidad).

Aunque el Senador fue apoyado por otro destacado jurista, el profesor y también senador Sánchez Agesta⁷, la enmienda fue rechazada por veintiún votos en contra y tres a favor.

⁵ El artículo 14.2 CI impone una reserva de jurisdicción (a la que alude la Sentencia TCI 88/1987/3. *GC*, 1987, pág. 683 y ss.). El 14.3 excepciona esa garantía judicial permitiendo entradas administrativas, de naturaleza inspectora y no penal (*vid.*, por todos, AMATO, G.: *Articolo...*, pág. 71; BARILE, P.: *Diritti...*, pág. 157 y CARETTI, P.: *Voz Domicilio...*, págs. 323-324, y la citada Sentencia TCI 56/1973/6), conectadas con determinadas materias. El artículo 13 de la Ley 689, de 24 de noviembre de 1981, de reforma del Código Penal, señala en esta misma dirección, que los órganos vinculados al control de las sanciones administrativas no pueden realizar registros «en lugares de morada privada» (discrepan PAOLO BARILE y ENZO CHELI, en *Domicilio...*, pág. 866, alegando posibles razones de urgencia y necesidad).

Aunque el Tribunal Constitucional italiano parece haber asumido esta misma distinción entre actos judiciales y administrativos en un primer momento, (Sentencia 10/1971/4, citada), pronunciamientos posteriores la cuestionan (Sentencia 173/1974, de 19 de junio, *GC*, 1974, pág. 1581 y ss.). Esta Sentencia confirma la constitucionalidad del artículo 41 de la Ley de Seguridad Pública, aprobado mediante RD núm. 773, de 18 de junio de 1931, justificándola en los artículos 14.2 (procedimiento especial) y 14.3 (la finalidad es la seguridad pública) CI. Esta doctrina, que se ha visto confirmada por la posterior Sentencia 110/1976/2, de 6 de mayo (*GC*, 1976, pág. 831 y ss.), ha sido duramente criticada por la doctrina italiana (especialmente por AMATO, G.: *Articolo...*, págs. 72 y 73; BARILE, P.: *Diritti...*, pág. 160; D'ALESSIO, R.: *Articolo...*, pág. 91 y MORTATI, C.: *Istituzioni...*, págs. 1060-1061. *Id.*, también, PACE, A.: *Problematica...*, págs. 211 y 233-234), por confundir y mezclar las entradas represivas del artículo 14.2 CI con las administrativas del 14.3 CI. Hubiera sido quizás más correcto, en opinión del autor de estas líneas, que el Tribunal Constitucional italiano hubiera justificado la legitimidad constitucional del artículo 41 de la Ley de Seguridad Pública en el orden público constitucional en supuestos de urgencia, y no en la letra del artículo 14 CI, realizando, para ello, una interpretación sistemática del precepto constitucional. En todo caso, el precepto se encuentra actualmente en vigor (en virtud del artículo 225 del Decreto legislativo 271/1989 —PACE, A.: *Problematica...*, pág. 234—). Un extenso análisis de las distintas leyes singulares dictadas al amparo del artículo 14.3 CI es el de ALESSANDRO PACE (en *Problematica...*, págs. 234-237).

⁶ Extraído de SAINZ MORENO, F. (ed.): *Constitución...*, III. Madrid, 1980, pág. 3249.

⁷ *Ibidem*, págs. 3248, y 3249-3250.

Lo cierto es que, con posterioridad a la aprobación de la Constitución, el propio Tribunal Constitucional ha hecho notar que la configuración constitucional de la inviolabilidad del domicilio en nuestro país es *rigurosa*, y se aparta, así, de las contenidas en las Constituciones alemana e italiana⁸.

Finalmente, este hecho ha sido también destacado por la doctrina que ha analizado el artículo 18.2 CE. Así, Silvio Basile señalaba, ya en 1980, que someter toda intervención en el derecho a la autoridad judicial constituye probablemente una garantía excesiva⁹. Posteriormente, Fernando López Ramón ha indicado que la protección española de la inviolabilidad es *rígida*¹⁰ y el mismo autor de estas líneas ha señalado que el reconocimiento español de la inviolabilidad del domicilio es, quizás, el que permite menor número de excepciones o limitaciones del derecho, en comparación con otras formulaciones europeas¹¹.

Esa diferente regulación constitucional de la inviolabilidad en nuestro país respecto de la reconocida en otros Estados de nuestro entorno pone de manifiesto la muy limitada utilidad del enfoque del derecho comparado en esta materia. No es posible, como ya se ha mantenido en este trabajo¹², extrapolar soluciones referidas a la formulación de la inviolabilidad del domicilio recogidas en otros ordenamientos constitucionales distintos al español. La razón es que, como se acaba de indicar, la configuración española de la inviolabilidad del domicilio permite menor número de excepciones y limitaciones del derecho. Ello justifica, en buena medida, las pocas referencias jurisprudenciales y doctrinales extranjeras que, en este capítulo, se van a utilizar.

En concreto, parece que nuestra Constitución presenta como delimitación natural del derecho la resolución judicial. Es en este sentido en el que el Tribunal Constitucional ha señalado que la inviolabilidad del domicilio «consiste sustancialmente en un derecho a que, contra la

⁸ Sentencia TC 160/1991/8. *Vid.* también la Sentencia TC 126/1995/3.

⁹ En *Los «valores superiores»...*, pág. 302; aunque sigue diciendo que no es tan excesiva como para «provocar graves inconvenientes» (*idem*).

¹⁰ En *Inviolabilidad...*, págs. 39 y ss. En idéntico sentido, BARCELONA LLOP, J.: *De la ejecución...*, pág. 177; MARTÍNEZ SOSPEDRA, M.: *Los límites...*, págs. 73-74 y CASTILLO BLANCO, F. A.: *Comentarios...*, pág. 320.

¹¹ En *Delito...*, pág. 200.

¹² *Vid.*, en esta misma obra, por todas, la referencia realizada en el subepígrafe «La inviolabilidad del domicilio de las personas jurídico-privadas y de las personas jurídico-públicas», del capítulo dedicado al examen de los titulares del derecho fundamental, que es especialmente significativa.

voluntad del titular y salvo delito flagrante, no haya penetración en el propio domicilio sin una autorización judicial»¹³.

La entrada se subordina, así, a la existencia de una resolución judicial. El artículo 18.2 CE no aclara, por el contrario, qué autoridad judicial puede autorizar tales entradas, ni a través de qué clase de resolución (sentencia, auto, providencia) debe hacerlo. Parece que la primera tarea que se impone en el presente trabajo es la de tratar de describir, aunque sea de forma somera, cuales son los diferentes órganos judiciales, procedimientos y resoluciones que pueden limitar, *de facto*, el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

En todo caso, el órgano judicial competente debe examinar los motivos que se alegan para realizar la entrada domiciliaria, o que la justifican; estudiar las normas legales de referencia, verificar la necesidad de la entrada y ponderar, finalmente, si tal necesidad debe suponer (o no) una restricción del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, autorizando entonces, en su caso, la entrada solicitada.

Este procedimiento judicial, que se esboza en una descripción meramente aproximativa, configura al órgano judicial como encargado de ponderar la necesidad de realizar entradas domiciliarias cuando el derecho fundamental reconocido en el artículo 18.2 CE entra en colisión con otros derechos, bienes o valores, que forman parte, como el mismo derecho fundamental, del orden público constitucional descrito en páginas anteriores.

Para realizar tal ponderación, el órgano judicial no debe tomar solamente en consideración el derecho fundamental afectado (esto es; el recogido en el artículo 18.2 CE), sino también las normas (necesariamente con fuerza de ley si desarrollan un derecho fundamental, *ex* artículos 53.1 y 81.1 CE) en las que se fundamenta la pretensión de que se lleve a cabo la entrada domiciliaria o en las que se justifica tal entrada.

Podría pensarse que en la medida en que el juez se limita a controlar la existencia de un concreto supuesto de hecho y anuda al mismo la consecuencia prevista en la ley, es el legislador el encargado de ponderar el conflicto inviolabilidad del domicilio *v.* orden público (en sentido lato, por el momento). Esta forma de entender las relaciones entre el poder judicial y la inviolabilidad del domicilio (y, en general, los derechos fundamentales) presenta, también algunos problemas que deben ser, cuando menos, puestos de manifiesto. El primero es que

¹³ Sentencia TC 199/1987/9.

olvida que nuestra Constitución tiene un contenido axiológico que se proyecta no sólo en la noción de orden público (como ya se ha indicado en este trabajo), sino en todas las normas constitucionales (y, especialmente, en las que recogen los derechos fundamentales). El contenido abierto de muchos de los preceptos constitucionales hace que la interpretación constitucional adquiera relieve y constituya, al menos desde un punto de vista práctico, una fuente normativa¹⁴. Debe recordarse, además, en esta dirección, que la interpretación jurídica se realiza partiendo de una lógica argumentativa y no formal, siendo, por ello, posible que una norma sea válidamente interpretada de varias formas, no coincidentes entre sí. En segundo lugar, debe también indicarse que el poder judicial, pese a encontrarse sometido al imperio de la ley (artículo 117.1 CE), está obligado a velar, también, por el respeto que todos los poderes constituidos deben a la Constitución. Participa, en concreto, en la función de control de constitucionalidad¹⁵ a través del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional cuando estima que una norma con fuerza de ley es contraria a la Constitución y ejerciendo él mismo su control frente a normas reglamentarias y actos administrativos.

Es cierto que el poder judicial carece de la libertad política que caracteriza al legislador en relación con la delimitación de los derechos fundamentales, pero ello no impide afirmar que, en términos jurídicos, la actuación judicial sea especialmente relevante en la delimitación de algunos derechos fundamentales, como es la inviolabilidad del domicilio. Ello es así porque la intervención judicial garantiza, por definición, la valoración de las medidas limitadoras (y de su justificación en la cláusula democrática del orden público), así como la intromisión que provoca en el ejercicio de un determinado derecho fundamental, valoración que realiza (y esto es, en sí mismo considerado,

¹⁴ Al menos cuando sea asumida por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo. En relación con la jurisprudencia constitucional, parece claro que sus Sentencias (en muchas ocasiones interpretativas) ocupan una posición suprallegal (*vid.*, por ejemplo, PÉREZ ROYO, J.: *Las fuentes del Derecho*, 4.^a ed. Madrid, 1993, págs. 52-55). La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en tanto haya sido reiterada, *complementa* el ordenamiento jurídico (artículo 1.6 CC).

¹⁵ Voto particular dictado por FRANCISCO RUBIO LLORENTE en relación con la Sentencia TC 4/1981, fundamento 4. Idea reiterada en su trabajo «Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional», publicado en la *REDC*, 4 (1982), págs. 35-67 [incluido ahora en su libro *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*. Madrid, 1993, por el que se cita], cuando señala que la jurisdicción constitucional, entendida como aplicación judicial de las normas judiciales, «corresponde en España a todos los órganos judiciales y no sólo al Tribunal Constitucional» (pág. 469. *Vid.*, también, págs. 473-474).

una garantía) un órgano independiente del Estado¹⁶. Todo ello justifica que se pueda explicar, al hilo de la resolución judicial, la relación entre las leyes y el orden público (que garantiza también, aunque nunca de forma ilimitada, el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio).

El órgano judicial garantiza así el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Ello no supone que pueda apreciar libremente (es decir, discrecionalmente) si las pretensiones de limitar el derecho reconocido en el artículo 18.2 CE (o cualquier otro) deban o no prosperar, ni, mucho menos, que su actividad no sea, también, controlable.

En efecto, la actuación del órgano judicial que autoriza o posibilita una entrada domiciliaria no es siempre, por definición, correcta. El Juez está sometido, en su actuación, a unos límites formales (normalmente, de naturaleza procedimental) y materiales (esto es, de contenido). Es por ello necesario intentar determinar cuales son los requisitos mínimos que su actuación, en materia de autorización de entradas en domicilios constitucionales, debe reunir.

Una vez examinados todos estos problemas, podrá entenderse, en toda su extensión, qué consecuencias conlleva afirmar que la resolución judicial limita la inviolabilidad del domicilio.

El objetivo más inmediato (y necesario para examinar las restantes cuestiones planteadas) es describir brevemente los casos en los que órganos judiciales deben valorar posibles restricciones de la inviolabilidad domiciliaria. Tal descripción exige analizar instrumentalmente, y con carácter previo, algunas cuestiones. Así, en primer lugar, puede ser útil a los fines perseguidos en este trabajo, recordar los debates parlamentarios que sobre la articulación judicial de la inviolabilidad del domicilio pueden calificarse de intensos. En segundo lugar, es también interesante examinar las afirmaciones realizadas por el Tribunal Constitucional español en relación con este problema y analizar, a su luz, las diferentes opiniones doctrinales que la intervención judicial ha suscitado. Solamente teniendo en cuenta todos estos elementos, se estará en condiciones de presentar algunas reflexiones que, a modo de conclusión, delimiten el contenido de la resolución judicial constitucionalmente exigida en el artículo 18.2 CE.

¹⁶ *Vid.*, en relación con el artículo 66 CF, LUCHAIRE, F.: *La protection...*, pág. 382 y, en relación con el artículo 18.2 CE, la implícita fundamentación del Tribunal Supremo en la Sentencia Ar. 1991/8316/1. *Vid.*, también, la Sentencia TEDH Klass y otros, de 6 de septiembre de 1978, que puede consultarse en Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *25 años...*, pág. 469 y ss.

2. LA ELABORACIÓN DEL ARTÍCULO 18.2 CE Y LAS PRIMERAS APORTACIONES DOCTRINALES

El artículo 18.2 del Anteproyecto constitucional, tras señalar que el domicilio es inviolable, rezaba: «Ninguna investigación domiciliaria podrá realizarse sin mandato judicial». Tal redacción intentó ser modificada, en el seno del Congreso de los Diputados, a través de un Voto Particular y varias enmiendas.

En efecto, el Voto Particular del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso proponía la mutación de la expresión «sin mandato judicial» por «sin previa resolución judicial motivada»¹⁷. De otro lado, la enmienda 115, presentada por el Grupo Parlamentario de la Minoría Catalana, optaba por la inclusión del término «resolución judicial motivada»¹⁸. En fin, parlamentarios del Partido de Unión de Centro Democrático (en concreto, Antonio Rosón Pérez y José María Pardo Montero), sugerían la sustitución del término «mandato», por el de «mandamiento», ya que este último «entraña un concepto más restringido en el que el Juez tiene que producirse motivadamente y con arreglo a las leyes del caso»¹⁹.

La ponencia acoge la última propuesta formulada y, en lo que interesa a la materia objeto de examen en estas líneas, modifica el término «mandato» por «mandamiento judicial». En el debate de la Comisión de Asuntos Constitucionales y de Libertades Públicas, del Congreso de los Diputados, el Grupo Parlamentario Socialista reitera su preferencia por la expresión «previa resolución judicial motiva-

¹⁷ Extraído de SAINZ MORENO, F. (ed.): *Constitución...*, I, pág. 51. A este Voto se adhirió, el Diputado del Grupo Parlamentario Mixto, D. FRANCISCO LETAMENDIA BELZUNCE (enmienda 64, *ibidem*, pág. 166), así como el mismo Grupo Parlamentario Mixto (enmienda 470, *ibidem*, pág. 320). La última enmienda citada se justificaba en que, con ella, se garantizaban mejor los derechos contemplados en el artículo 18 del Anteproyecto. *Vid.*, en idéntica dirección, la enmienda 339 del Grupo Socialista del Congreso (*ibidem*, pág. 276), y la 703, de D. TOMÁS GARCÍA GARCÍA, del Grupo Parlamentario Comunista (*ibidem*, pág. 435). La misma idea ha sido mantenida por PABLO LUCAS VERDÚ, en *Voz...*, pág. 672.

¹⁸ *Ibidem*, pág. 198. Justificaba tal enmienda en los siguientes términos: «Aun cuando todo mandato judicial debe ser el resultado de una resolución judicial motivada, es evidente que a los efectos de condicionar la interpretación de este artículo constitucional conviene dejar aclarado esta cuestión introduciendo el término o expresión “resolución judicial motivada” (*idem*).

¹⁹ Enmienda 587, *ibidem* 359. *Vid.*, en la misma dirección, aunque sin ninguna justificación en este punto, la enmienda 779, de Unión de Centro Democrático (*ibidem*, pág. 486).

da»²⁰. El Diputado Vega Escandón, en representación de Unión de Centro Democrático, rechaza la solicitud socialista²¹, apoyándose en el carácter tradicional que la fórmula «mandamiento judicial» presenta en nuestro país y en que la adopción del término resolución judicial supondría *a)* que, como toda resolución judicial, podría ser recurrida —lo que limitaría la eficacia de la actuación judicial— y *b)* que, probablemente, fuera necesario oír a las partes —lo que haría fracasar la investigación domiciliaria—. El Diputado socialista Guerra Fontana consume un turno a favor de la enmienda apoyada por su partido, para hacer notar que el fin de ésta es que se produzcan actos judiciales motivados. En lo relativo a la intervención de las partes, Guerra Fontana señala²² que «de las resoluciones judiciales no se tiene forzosamente que dar conocimiento previo a ambas partes» (como ocurre, por ejemplo, en un auto de prisión).

El centrista Vega Escandón responde²³ a esta alegación que el juez ha de tener una motivación para dictar el mandamiento, cuál es —en ausencia de oír a las partes— el hecho o hechos relatados por el agente policial o el agente de policía judicial. Por su parte, el Diputado Gastón Sanz alude a la necesidad de que haya una motivación, sobre todo, dice²⁴, «teniendo en cuenta que la suficiencia de esta motivación puede ser muy pequeña y queda siempre al arbitrio del juzgador».

La cuestión es cerrada por el Diputado socialista Peces-Barba Martínez. El Diputado quiere²⁵ «dejar claro simplemente que el mandamiento judicial es algo que no nace de la nada, y precisamente porque está protegiéndose un derecho individual [...], el mandamiento judicial

²⁰ Esta defensa la realiza el Diputado CASTELLANO CARDALLIAGUET, quién argumenta su posición en *a)* ciertas prácticas que —por rutina, eficacia o celeridad— dan lugar a entradas telefónicamente autorizadas, y que sólo después de producida la entrada, reciben constancia escrita; en *b)* un reforzamiento de la autoridad de la Magistratura y, en fin, en *c)* que posteriormente dicha resolución puede servir de pauta para poder conocer en qué forma se llevó a efecto el descubrimiento del delito y toda la investigación (*ibidem*, págs. 1061-1062).

²¹ Su argumentación puede examinarse en la obra anteriormente citada, págs. 1062-1063.

²² *Ibidem*, págs. 1063-1064.

²³ *Ibidem*, pág. 1065.

²⁴ *Idem*.

²⁵ *Ibidem*, pág. 1067. Vid. PECES-BARBA, G.: *La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y Política* (con la colaboración de LUIS PRIETO SANCHÍS). Valencia, 1981, pág. 309. Extremo compartido por MERCEDES LAFUENTE BENACHES, en «Reflexiones sobre la inviolabilidad del domicilio (a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 160/1991, de 18 de julio)», *REDA*, 73, pág. 86. Por su parte, LUIS M.ª FARIÑAS MATONI se refiere a la resolución motivada como límite a la inviolabilidad del domicilio en *El derecho...*, pág. 247.

no puede hacerse sin la previa resolución judicial motivada; o, mejor dicho, el mandamiento judicial se contiene en una resolución judicial motivada». El mismo Diputado señala²⁶ que tales resoluciones sólo pueden ser las Sentencias y los autos, ya que las providencias son utilizadas en asuntos de mero trámite; y expresa su temor de que la fórmula «mandato judicial» pueda permitir que se dicten entradas domiciliarias mediante providencias²⁷.

El texto finalmente aprobado por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas —y respaldado posteriormente por el Pleno— alude a la resolución judicial como fórmula de delimitación del derecho.

El Senador Cela y Trulock, de la Agrupación Independiente, enmendará de nuevo el precepto en examen, proponiendo, se utilice, el término «mandamiento judicial»²⁸. Tal Enmienda fue aprobada por la Comisión de Constitución del Senado, por unanimidad. El mismo texto es el mantenido por el Pleno del Senado. No obstante, la Comisión Mixta Congreso-Senado va a dar al precepto la fisonomía que hoy conocemos, en la que se dice que «el domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito».

Puede afirmarse, a modo de conclusión, que si hubo una cuestión polémica para el constituyente en materia de inviolabilidad del domicilio, fue, sin duda alguna, cómo expresar la delimitación judicial de la inviolabilidad del domicilio. Como se ha visto se proponían las fórmulas de mandato judicial, mandamiento judicial, o resolución judicial.

²⁶ *Idem.*

²⁷ No es, quizás, enteramente correcto el parecer del profesor GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ. Las Sentencias no pueden contener mandamientos judiciales, ya que mientras que aquéllas resuelven el fondo del asunto, éstos constituyen, por definición, medidas que no ponen fin al procedimiento. Así, el artículo 297 LECi indica que «se utilizará la forma de mandamiento para ordenar el libramiento de certificaciones o testimonios o la práctica de cualquier diligencia judicial...». La confusión entre mandamiento y auto se incardina en la propia práctica procesal y se justifica en la propia utilización indistinta de los términos auto y mandamiento. Su distinción, pero, también, su confusión, se muestran de forma especialmente clara en el artículo 1404 LECi, que señala que «el mismo auto en que se acuerde el embargo servirá de mandamiento al alguacil y actuario que hayan de practicarlo». El mandamiento se configura, así, como una orden dada a un subordinado (artículo 184 LECr, *in fine*).

²⁸ La enmienda 145 afecta prácticamente a todo el texto del precepto, como se puede observar en SAINZ MORENO, F. (ed.): *Constitución...*, III, pág. 2721. Debe hacerse notar que el Senador no justifica el cambio de resolución judicial por mandamiento judicial y que, ya en el debate, vuelve a cambiar el término *usuario* por *titular* (en relación con el último extremo apuntado, *ibidem*, pág. 3247).

Las discrepancias fundamentales relacionadas con los trabajos parlamentarios en materia de inviolabilidad del domicilio se centran, así, en el término que debe utilizarse para referirse a la delimitación que puede realizar el poder judicial en el derecho fundamental. En un primer momento se habla de mandato judicial y, como sabemos, se modifica tal denominación por la —más tradicional— de mandamiento judicial. Tal mutación se justifica, como ya se ha indicado, en que mandamiento es más restringido que mandato y en que debe producirse de acuerdo a derecho.

Aunque no se dice, parece deducirse que por mandato se entiende la mera orden del Juez; el simple hecho de la orden. Tal mandato no exigiría ni la forma escrita ni su imbricación en un procedimiento legalmente establecido. Curiosamente, cuando el Diputado de UCD defiende que el mandamiento no debe ser motivado, lo que pretende es no hablar más de mandamiento, sino de una mera orden judicial, al margen de cualquier requisito formal y material.

Ello es así porque el mandamiento debe derivar de una resolución judicial motivada. De hecho, cuando los parlamentarios debaten acerca del mandamiento, se están refiriendo, en realidad, a los autos judiciales en los que se prevé la realización de una entrada domiciliaria. Este auto incorporará o se acompañará de un mandamiento cuando la autoridad judicial ordene a un agente judicial que realice él la entrada.

Es cierto, además, que los debates parlamentarios sobre la configuración constitucional de la inviolabilidad del domicilio, como se ha visto, parecen vincular, en ocasiones, las limitaciones del derecho fundamental con el procedimiento criminal y ello explica que buena parte de la doctrina haya conectado, sobre todo en los primeros trabajos publicados respecto de la inviolabilidad del domicilio, el derecho con el procedimiento criminal²⁹.

En todo caso, más allá de cuestiones terminológicas, debe hacerse notar que el texto finalmente aprobado exige resolución judicial y que tal exigencia es diferente de la de mandamiento (o, más correctamente, auto) judicial. El auto judicial de entrada debe conectarse con la idea del Juez que ordena o consiente la realización de una entrada domiciliaria. La exigencia constitucional de resolución judi-

²⁹ Así, SERRANO, J. M.: *Comentario...* (1980), pág. 238 y ss. y *Comentario...* (1985), pág. 368 y ss.; GARCÍA MACHO, R.: *La inviolabilidad...*, pág. 861 y SUÁREZ ROBLEDANO, J. M.: «La salvaguarda y el control judicial de la inviolabilidad del domicilio, del control de la intervención de comunicaciones y del secuestro de publicaciones», *AP*, 36 (1987), pág. 1682.

cial previa no debe equipararse, *a priori*, con las autorizaciones judiciales, ya que es posible que, por ejemplo, una Sentencia de desahucio (civil o administrativo) afecte al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio sin que conlleve un mandamiento judicial en sentido estricto.

La cuestión puede parecer baladí, pero no lo es en absoluto. De la consideración constitucional de la intervención judicial como auto judicial (donde el Juez autoriza la realización de una entrada domiciliaria) al entendimiento de que cualquier resolución judicial puede afectar al derecho fundamental en examen hay un trecho.

De hecho, es posible apreciar en nuestra doctrina y, especialmente, en nuestra jurisprudencia constitucional esta doble concepción de la inviolabilidad del domicilio. Es por ello necesario examinar la jurisprudencia constitucional en la materia, especialmente las Sentencias 22/1984 y 160/1991 ya que en ellas se muestran claramente ambas concepciones de la intervención judicial en la inviolabilidad del domicilio.

3. LA RESOLUCIÓN JUDICIAL COMO AUTORIZACIÓN JUDICIAL (SENTENCIA TC 22/1984, DE 17 DE FEBRERO)

3.1. Origen y contenido de la Sentencia

En la Sentencia 22/1984 el Tribunal Constitucional examina, por primera vez, y en profundidad, el contenido constitucional de la resolución judicial que, en virtud del artículo 18.2 CE, limita o delimita la inviolabilidad del domicilio. La mencionada Sentencia cuestiona también el alcance de la ejecutoriedad de los actos administrativos en relación con los derechos fundamentales en general y con la inviolabilidad del domicilio en particular. En este sentido, debe señalarse ya que la Sentencia TC 22/1984 es una de las resoluciones constitucionales más criticadas por la doctrina iuspublicista. Ello aconseja sistematizar, posteriormente, tales críticas doctrinales que afectan, como veremos, a la configuración constitucional de la inviolabilidad del domicilio y realizar, finalmente, algunas consideraciones respecto de las críticas doctrinales y de la propia Sentencia TC 22/1984.

La Sentencia resuelve un recurso de amparo que tiene su origen en un acuerdo de demolición por obra extralimitada, dictado en 1980 por

la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Murcia, sobre una licencia concedida en 1977. Tal acuerdo es recurrido por el afectado mediante recurso de reposición. Ante el fallo desfavorable, el mismo interesado interpone recurso de contencioso-administrativo y solicita la suspensión del acto, pero no prospera su pretensión³⁰.

El Ayuntamiento de Murcia dicta un nuevo decreto de demolición requiriendo su ejecución. Al cumplir tal decreto, se constata que los pisos estaban ocupados por otras personas y, por éste entre otros motivos, se suspende su ejecución. El 26 de abril de 1982 se produjo la venta en escritura pública de los áticos ilegales.

En mayo de 1982, la Alcaldía dicta una resolución en la que requiere al titular de la licencia de construcción, así como a los propietarios y ocupantes de los áticos, para que procedan al total desalojo de los locales en cuarenta y ocho horas, apercibiéndoles de que, en caso contrario, se practicará una actuación subsidiaria. Aunque los actuales ocupantes se declaran adquirentes y poseedores de buena fe, el Municipio rechaza sus pretensiones ratificando el citado decreto de mayo de 1982 y lo extiende a una hija de los ocupantes del ático ilegalmente construido. El 14 de junio los áticos son desalojados y derribados.

Pero tres días antes, el 11 de junio, la citada hija interpone un recurso contencioso-administrativo, al amparo de la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, ante la Audiencia Territorial de Albacete, alegando que el decreto del Ayuntamiento vulnera sus derechos a la propiedad y a la inviolabilidad del domicilio. La Audiencia niega que el decreto del Ayuntamiento de Murcia menoscabe la inviolabilidad del domicilio. Tal parecer lo fundamenta la Audiencia en, entre otras, la idea de que «ninguna ley [existe] que, por regla general, confiera a los juzgados la función de otorgar las autorizaciones para la entrada en domicilios particulares»³¹.

La recurrente apela la Sentencia de la Audiencia ante el Tribunal Supremo, pero su Sala 3.^a desestima, una vez más, su pretensión en Sentencia de 7 de diciembre de 1982³². De los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo para confirmar la Sentencia apelada de la Audiencia Territorial de Albacete es conveniente retener dos. En pri-

³⁰ Mediante Sentencia de 22 de septiembre de 1981 de la Audiencia Territorial de Albacete.

³¹ Afirmación realizada en el Considerando 6.º de la Sentencia de 1 de noviembre de 1982.

³² Sentencia TS Ar. 1982/7911, comentada por BARTOMEU COLOM PASTOR, *Autorización...*, págs. 249-256. *Vid.* también la Sentencia TS Ar. 1982/6965.

mer lugar, se señala que el fin de la inviolabilidad es proteger la intimidad y no la propiedad³³, como la recurrente pretende. El segundo argumento, de mayor alcance, es que si el ejercicio de la facultad ejecutiva reconocida a la Administración exigiera, en todo caso, resolución judicial, esto sería, en palabras del Tribunal Supremo, «tanto como someter la legalidad del actuar administrativo al juicio valorativo de un juez carente de jurisdicción para ello»³⁴.

La recurrente, insatisfecha aún, interpone recurso de amparo. Este recurso, que se resuelve en la Sentencia 22/1984, estima, contra todo pronóstico³⁵, que la ejecución del acto administrativo vulneró el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

De esta forma el Tribunal Constitucional conecta la inviolabilidad del domicilio con la ejecutoriedad de los actos administrativos en particular y con la autotutela administrativa en general. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández han descrito la autotutela administrativa, señalando³⁶ que «la Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del *statu quo*, eximién-

³³ Considerando 3.º *Vid.*, desde un punto de vista general sobre las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional sobre inviolabilidad del domicilio para proteger intereses patrimoniales, por todos, GÓMEZ GUILLAMÓN, R.: *El artículo...*, pág. 81.

³⁴ *Idem.*

³⁵ Debe hacerse notar que FRANCISCO SOSA WAGNER ya había anticipado en 1977 que cuando «se genere una tensión entre privilegio de ejecutoriedad y derechos fundamentales, debe instrumentarse la intervención —todo lo sumaria y ágil que se estime conveniente, pero obligada— del Juez» (en *Ejecución...*, pág. 487). Lo curioso del caso es que el trabajo de SOSA WAGNER se refería al artículo 15 FE, que señalaba que «nadie podrá entrar en el domicilio de un español ni efectuar registros en él sin su consentimiento, a no ser con mandamiento de la *Autoridad competente* y en los casos y en la forma que establezcan las Leyes»; que no exigía intervención judicial alguna (el subrayado pertenece a este trabajo).

³⁶ En GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R.: *Curso...*, I (1989), pág. 497. La autotutela administrativa se extiende por el continente a partir de la revolución francesa. No se impone, por el contrario, en Inglaterra. Allí, los actos administrativos tienen la autoridad de la Ley que aplican; por ello, su incumplimiento genera responsabilidad penal del administrado. Cierto es que en tal procedimiento penal puede excepcionar la validez, formal y material, del acto administrativo. Así, en la Sentencia Stroud v. Bradbury (1952), cuyo origen se cifra en una entrada de un Inspector sanitario en un domicilio en el que es amenazado físicamente. El Tribunal estima que «cuando el Inspector sanitario municipal llegó, el apelante le resistió con todos los derechos de un ciudadano libre inglés cuya casa está siendo invadida y le desafió con una percha y una pala. *Tenia el derecho de hacer esto, salvo que el Inspector tuviese el derecho de entrar*» (*ibidem*, pág. 488; el subrayado pertenece al original citado).

Sobre la autotutela administrativa, *vid.*, también, SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Fundamentos...*, pág. 210 y ss.; LÓPEZ RAMÓN, F.: *Límites...*, pág. 2243 y ss., y BARCELONA LLOP, J.: *De la ejecución...*, pág. 172 y ss.

dose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos de recabar una tutela judicial». La administración puede no tan sólo dictar sus actos (autotutela declarativa o ejecutividad³⁷) sino, también, ejecutarlos por sus propios medios³⁸. A esto último se llama autotutela ejecutiva o ejecutoriedad de los actos administrativos. El artículo 95 LRJAPyPAC señala, en esta materia, que «las Administraciones, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales».

Debe comenzarse reseñando la posición del Tribunal Constitucional respecto de la ejecutoriedad de los actos administrativos³⁹. El Tribunal estima que la ejecutoriedad de los actos administrativos se integra en el principio de eficacia al que ha de atenerse la Administración Pública, aunque no viene exigido por él. Es un instrumento a través del cual el legislador consigue una actuación más eficaz de la Administración Pública, pero, ello sí, «con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho» (artículo 103.1 CE)⁴⁰.

Esa sumisión de la ejecutoriedad de los actos administrativos se refiere también, sin duda alguna, al respeto de los derechos fundamentales en general, y de la inviolabilidad del domicilio en particular. La Constitución exige que toda entrada se vea precedida por la preceptiva resolución judicial, cosa, que, en este caso, no ocurrió. En efecto, el Tribunal Constitucional entiende que pese a la existencia de resoluciones judiciales que confirmaron la legalidad de la actuación administrativa, no se cumplió la garantía prevista en el artículo 18.2 CE. Merece la pena retener las líneas argumentales básicas del Tribunal en este punto. Señala el mismo que «la resolución judicial o la resolución administrativa que ordenan una ejecución que sólo puede llevarse a

³⁷ La autotutela declarativa se contempla en los artículos 56, 57 y 94 LRJAPyPAC.

³⁸ SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Fundamentos...*, pág. 215. Sobre la ejecutoriedad de los actos administrativos y los derechos fundamentales, *vid.*, entre otros muchos, BARCELONA LLOP, J.: *Ejecutividad...*; LAFUENTE BENACHES, M.: *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la administración pública*. Madrid, 1991, págs. 21-29; LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, pág. 67, BALBÍN, C. F.: «La garantía de defensa en juicio y el principio de ejecutividad del acto administrativo», *RCEE*, 7 (1990), especialmente, págs. 9-19 y, en general, CANO MATA, A.: «Limitaciones al principio de ejecutividad administrativa», *REDA*, 37 (1983), especialmente, págs. 209-211.

³⁹ La Sentencia se refiere al artículo 102 LPA, de 17 de julio de 1958 (publicada en el *BOE* núm. 171, de 18 de julio de 1958), que ha sido derogado por la LRJAPyPAC (Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

⁴⁰ Sentencia TC 22/1984/4.

cabo ingresando en un domicilio privado, por sí solas no conllevan el mandato y la autorización del ingreso, de suerte que cuando éste es negado por el titular debe obtenerse una nueva resolución judicial que autorice la entrada y las actividades que una vez dentro del domicilio pueden ser realizadas»⁴¹. La autorización de entrada se contiene en una nueva resolución judicial, que toma en consideración la negativa de los moradores a la entrada y pondera el conflicto entre el acto que debe ejecutarse y el derecho a la inviolabilidad del domicilio⁴².

Ello exige diferenciar de un lado, los acuerdos ejecutivos (que son, a juicio del Tribunal Constitucional, válidamente adoptados) y la ejecución material de tales acuerdos (donde se desconoció el derecho a la inviolabilidad del domicilio de la recurrente).

El Tribunal entiende, así, que debe existir una resolución judicial específica, que autorizara la entrada domiciliaria. Debe hacerse notar que el artículo 87.2 LOPJ, que obliga a que la Administración solicite ante el Juzgado de Instrucción un mandamiento judicial para la ejecución de actos administrativos que conllevan entradas domiciliarias, fue aprobado por LO 6/1985, de 1 de julio; es decir, con posterioridad a los hechos que se describen y a la Sentencia constitucional que los resolvió.

Esta doctrina sobre la necesidad de una autorización judicial específica que autorice las entradas domiciliarias se extiende, a juicio del Tribunal Constitucional español, no sólo a los actos administrativos, sino, también, a las sentencias judiciales⁴³. La resolución judicial posterior no debería (no podría, de hecho, por la fuerza de la cosa juzgada) entrar en el fondo del asunto, sino, simplemente, conciliar el fallo de la Sentencia con el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Se trata solamente de ponderar la razonabilidad de la limitación producida en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio por la ejecución de la Sentencia y de superar, así, la oposición del morador —que solamente puede ser estimada cuando se ha intentado ejecutar la Sentencia y el morador se ha negado a que se realice la entrada domiciliaria—.

⁴¹ Sentencia TC 22/1984/5.

⁴² DÍAZ DELGADO, J.: *La autotutela...*, pág. 23 y PECES MORATE, J. E.: «La ejecución administrativa y la inviolabilidad del domicilio», *PJ*, 13 (1984), pág. 86.

⁴³ El Tribunal señala como «La regla anterior no es aplicable únicamente a los casos en que trata de una resolución tomada por la Administración en virtud de un principio de autotutela administrativa, como ocurre en el presente caso. A la misma conclusión se puede llegar cuando la decisión que se ejecuta es una resolución de la Jurisdicción ordinaria en materia civil» (Sentencia 22/1984/5).

Este es, en resumen, el contenido de la Sentencia TC 22/1984. Esta Sentencia constituye, en todo caso, un punto de partida en la preocupación doctrinal por la inviolabilidad del domicilio pues, como ya se ha señalado, origina un buen número de comentarios doctrinales, bastante críticos por lo demás, como se va a ver en las siguientes páginas.

3.2. La reacción doctrinal: la inviolabilidad del domicilio y la ejecutoriedad de los actos administrativos

Como ya se ha apuntado con anterioridad, pocas resoluciones del Tribunal Constitucional han sido doctrinalmente tan discutidas como la Sentencia TC 22/1984. Si con anterioridad a esta Sentencia, la doctrina apenas había prestado atención a la inviolabilidad del domicilio, la citada Sentencia provocó un buen número⁴⁴ de comentarios jurisprudenciales que, por lo general⁴⁵, disientían del parecer del Tribunal Constitucional⁴⁶. Pese a ello el Tribunal Constitucional va a mantener, en lo esencial, su argumentación, que solamente revisará en profundidad con la Sentencia 160/1991.

Tal disentimiento doctrinal se cifraba, en concreto, en la discutible limitación que la ejecutoriedad de los actos administrativos debía sufrir, en opinión del Tribunal Constitucional, en favor de la inviolabilidad del domicilio.

Los autores aceptan, por lo general, que los derechos fundamentales constituyan un límite a la ejecutoriedad de los actos administrati-

⁴⁴ Vid. LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*; ALFONSO BOZZO, A. de: *Sobre...*; SÁNCHEZ ISAC, J.: «La ejecución forzosa de los actos de la Administración y la inviolabilidad del domicilio, en la doctrina del Tribunal Constitucional», en AA.VV.: *Homenaje a Carlos Ruiz del Castillo*. Madrid, 1985; COLOM PASTOR, B.: *Autorización...*; DÍAZ DELGADO, J.: *La autotutela...*; PECES MORATE, J. E.: *La ejecución...*; QUINTANA LÓPEZ, T.: *La autorización...*

⁴⁵ Alaba la Sentencia, por el contrario, SUÁREZ ROBLEDANO, J. M.: *La salvaguarda...*, pág. 1687.

⁴⁶ Especialmente LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, pág. 38, mantenido, varios años después, en *Límites...*, pág. 2270, ALEJANDRO NIETO G.: en *Actos...*, y «Las autorizaciones judiciales para la ejecución de actos y acuerdos municipales que afecten a los derechos fundamentales», en AA.VV.: *Las relaciones entre Administración local y Administración de justicia* (Jornadas celebradas en Barcelona entre el 20 y el 22 de septiembre de 1988). Vol. I. Barcelona, 1990, pág. 308. Vid., también, GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*. 3.ª ed. Madrid, 1989, págs. 772-773.

vos⁴⁷. Éste es el punto de partida lógico también de este trabajo: la idea de que los derechos fundamentales son un límite infranqueable a la ejecutoriedad de los actos administrativos. Ello era claro en 1984, en relación con las disposiciones hoy derogadas de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, que regulaban dicha materia. Así, el artículo 102 LPA, derogado en 1992, señalaba que «la Administración Pública, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrá proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo cuando por Ley se exija la intervención de los Tribunales».

En su momento, fue posible plantearse si este artículo era o no respetuoso con la inviolabilidad del domicilio en particular y los derechos fundamentales en general. Era así posible mantener una interpretación constitucionalmente enriquecida del artículo 102 LPA, en conexión con el artículo 108 del mismo cuerpo legal, que subordinaba la ejecutoriedad de los actos administrativos al «respeto debido a la dignidad de la persona humana y a los derechos fundamentales...»⁴⁸. El análisis realizado en aquél trabajo sobre el artículo 102 LPA se cerraba con una afirmación que hoy sigue siendo válida; se decía, en efecto, que el artículo 102 LPA era plenamente constitucional y que en él se contiene una declaración general de respeto de los derechos fundamentales (en conexión con el artículo 108 LPA) y otra específica respecto de aquellas normas que contemplaban la intervención judicial (*vid.* el precepto analizado *in fine*)⁴⁹.

Las ideas reseñadas en relación con el artículo 102 LPA son extensibles al vigente artículo 95 LRJAPyPAC, que señala, con meridiana claridad, que «las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales». Asimismo, el vigente artículo 100 LRJAPyPAC (que retoma el contenido del viejo artículo 108 LPA), alude, ahora, al respeto debido a la dignidad y a los derechos reconocidos en la Constitución.

⁴⁷ *Vid.*, por todos, LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, pág. 70 y NAVARRO FAURE, A.: *El domicilio...*, págs. 43-44, y la doctrina allí citada.

⁴⁸ Esta idea ya fue apuntada por el autor de este trabajo en *Derecho...*, pág. 5210. *Vid.*, también, ALFONSO BOZZO, A. de: *Sobre...*, pág. 458. Con posterioridad, ofrece la misma argumentación la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (Dictamen de 27 de mayo de 1992, citado, pág. 217).

⁴⁹ *Ibidem*, pág. 5211.

Este breve análisis legal de las normas que regulan la ejecutoriedad de los actos administrativos recuerda, en la misma dirección propuesta por los autores críticos con la Sentencia TC 22/1984, el límite que tal ejecutoriedad encuentra en los derechos fundamentales. Pero es que, además, y ya en relación con la inviolabilidad del domicilio, el artículo 96.3 LRJAPyPAC, señala que «si fuese necesario entrar en el domicilio del afectado [para la ejecución forzosa de un acto administrativo], las Administraciones Públicas deberán obtener el consentimiento del mismo, o en su defecto, la oportuna autorización judicial». Este precepto, de dudoso contenido autónomo, fruto de una «anodina tramitación parlamentaria»⁵⁰, reconoce que la ejecutoriedad de los actos administrativos tiene por límite la inviolabilidad del domicilio.

La citada disidencia doctrinal en relación con la Sentencia TC 22/1984 proviene de la que se considera, por lo general, una deficiente configuración que de la inviolabilidad del domicilio realiza el Tribunal Constitucional. Este último extremo justifica el interés que deba prestarse, desde estas páginas, a tales autores.

Especialmente contundentes fueron las respuestas doctrinales de Fernando López Ramón y Alejandro Nieto García⁵¹ al parecer del Tribunal Constitucional. Ello justifica que la presentación sistemática de las críticas vertidas a la Sentencia 22/1984, partan, cuando ello sea posible, de sus valiosos trabajos.

La primera crítica realizada en relación con la configuración constitucional de la inviolabilidad del domicilio (que supera, incluso, la doctrina contenida en la Sentencia TC 22/1984) es el de constatar su rigidez respecto de las formulaciones históricas, comparadas y de derecho internacional⁵². Tanto Fernando López Ramón como Alejandro Nieto García se lamentan de que tal formulación no sea equivalente a, por ejemplo, la contenida en las Constituciones alemana e italiana. Alejandro Nieto García recuerda⁵³, en esta misma dirección que, en 1978, la inviolabilidad del domicilio se veía afectada por las disposiciones contenidas en la LECr y por los actos administrativos que podían ser ejecutados directamente por la Administración, salvo que una ley contemplase la intervención judicial previa (como ocurría con el

⁵⁰ En expresión de JAVIER BARCELONA LLOP (en *Ejecutividad...*, págs. 475 y 526).

⁵¹ Formalizada en su trabajo *Actos...*

⁵² LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, pág. 39 y ss. Del mismo autor, *Límites...*, págs. 2270-2271, y NIETO GARCÍA, A.: *Actos...*, pág. 9 y ss., y pág. 33 y ss; SANZ GAN-DASEGUI, F.: *La ejecución...*, pág. 146; FARIÑAS MATONI, L. M.^a: *El derecho...*, pág. 20.

⁵³ NIETO GARCÍA, A.: *Actos...*, pág. 37.

viejo artículo 130 LGT⁵⁴) y por el procedimiento de ejecución judicial excepcional. Debe insistirse como, al menos hasta 1978, la intervención judicial respecto de la ejecución administrativos era la excepción y la ejecutoriedad la regla general.

Es cierto, como tales autores señalan, que el artículo 18.2 CE, no es idéntico en su alcance a los contenidos en otros textos constitucionales históricos, con los recogidos en constituciones de nuestro entorno o con los incluidos en Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos. De hecho, como se recordará, esta idea ha sido ya señalada en este trabajo. Ahora bien, tal rigidez no se debe, en principio, a la interpretación del Tribunal Constitucional, sino al rigor del propio artículo 18.2 CE, que solamente contempla los supuestos ordinarios de que sea excepcionado por consentimiento⁵⁵, resolución judicial y delito flagrante.

⁵⁴ El autor aludía a la redacción dada a este precepto por la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (*BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 1963) que residenciaba el control judicial ante los Jueces de paz, comarcales o municipales. Este texto fue modificado por el artículo 110 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, de 23 de diciembre (*BOE* del 24), que atribuía la competencia, en pretendida consonancia con el artículo 87.2 LOPJ, a los Juzgados de Instrucción. Pese a las ventajas que, en opinión de AMPARO NAVARRO FAURE, presentaba esta nueva redacción (*El domicilio...*, pág. 56), el precepto fue declarado inconstitucional por incluirse en una Ley de Presupuestos (Sentencia TC 76/1992/4; *vid.*, en relación con esta formulación del artículo 130 LGT, por todos, SOLER ROCH, M. T.: *Artículo...*, págs. 276-288 y en relación con la Sentencia, CAYÓN GALIARDO, A.: *Declaración...*, págs. 101-105).

La Sentencia TC 50/1995/6, de 23 de febrero, confirma la vigencia del viejo artículo contenido en la Ley de 1963, como ya anunciara AMPARO NAVARRO FAURE (*El domicilio...*, pág. 57) y, de forma más dubitativa, CAYÓN GALIARDO, A.: *Declaración...*, pág. 104. En todo caso, el precepto ha sido recientemente derogado (*vid.* nota 243, *infra*).

⁵⁵ El consentimiento no puede considerarse, en sentido estricto, excepción del derecho fundamental (*vid.* en contra, y entre otros, ALONSO DE ANTONIO, Á. L.: *El derecho...*, pág. 114), sino, más bien, ejercicio del mismo derecho. Sus requisitos son fijados en la Sentencia TS Ar. 1990/9510.

En todo caso, y en relación con el registro procesal, el consentimiento supone «una aprobación, una aquiescencia, un asentimiento del morador» (Sentencia TS Ar. 1995/0156/6), que puede ser expreso o tácito (Sentencia TC 22/1984/3), y cuya existencia puede establecerse teniendo en cuenta la actuación del interesado antes, durante y después de la entrada. No puede preumirse tal consentimiento cuando la policía evita al titular del domicilio (Sentencia TS Ar. 1995/0156/7) o cuando la policía penetra con engaño en la casa (Sentencia TS Ar. 1992/3541/2), aunque parece concurrir cuando el afectado no invocó la vulneración del domicilio en su declaración posterior (Sentencia TS Ar. 1995/0158/2 y Auto TS Ar. 1995/5775/2).

En relación con el delito de allanamiento de morada, la existencia de consentimiento excluye la antijuridicidad de la acción (entre otras muchas, Sentencia TS Ar. 1992/10438/3). No concurre el consentimiento cuando éste no consta expresamente (Sentencias TS Ar. 1989/8683/3, entre otras) o cuando concurren diversas circunstancias: alarma

Esto no ocurre en otras normas cercanas, como son, a título de ejemplo, los artículos 13 LFB, 14 CI o 8 CEDH. Pero precisamente por ello no pueden extrapolarse al artículo 18.2 CE ni las soluciones ni los argumentos utilizados en apoyo de los primeros artículos citados.

Lo mismo ocurre con la IV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Este precepto que, como se recordará, reconoce, entre otros extremos, el derecho inviolable de los ciudadanos a la seguridad de su domicilio frente a pesquisas y embargos arbitrarios, se limita a señalar que «no se decretará entrada y registro sin motivo fundado y corroborado por palabras de honor o juramentos o sin que se determine el lugar que debe ser objeto de reconocimiento y las personas o cosas de las que haya de apoderarse»⁵⁶. Como ya se ha señalado, lo que la IV Enmienda a la Constitución de Estados Unidos prohíbe son las entradas arbitrarias; es decir, aquellas que no se fundan en un motivo razonable (*probable cause*). Tal motivo razonable puede ser constatado por el poder judicial o por la autoridad policial. Lo cierto es que, como recuerdan Jerold H. Israel y Wayne LaFave⁵⁷, el Tribunal Supremo ha expresado su preferencia por la existencia de mandamientos (ya sean estos de arresto —Sentencia Beck v. Ohio⁵⁸— o de registro —Sentencia US v. Ventresca⁵⁹—). Pero tal preferencia no supone que se consideren ilegítimas las entradas policiales simplemente basadas en un motivo razonable. Y ello es así porque, como recuerda Edward S. Corwin, el Tribunal no se cuestiona en su labor revisora si la policía tuvo oportunidad razonable de solicitar una orden judicial, sino, simplemente, si la entrada fue, o no, razonable⁶⁰.

Es frecuente que la justificación policial de tal entrada sea examinada posteriormente, si el afectado interpone una moción de supresión de las evidencias. Es entonces cuando el policía debe, mediante su

producida en el morador, resentimiento entre morador e infractor, forma o propósito de la entrada (entre otras, Sentencias TS Rec. 1904/0013/ún., Rec. 1888/0337/1, Rec. 1899/0122/1 y Ar. 1992/5406/6, respetivamente). Se parte de la presunción de que no existe consentimiento (*vid.* con carácter general, entre otras, la Sentencia TS Ar. 1993/0163/1 y Rec. 1889/0306/10). El consentimiento no puede ser, obviamente, viciado por engaño (Sentencia TS Ar. 1950/1145/ún).

En relación, en fin, con la ejecución de actos administrativos, *vid.*, por todas, la Sentencia TS Ar. 1986/7165.

⁵⁶ Trad. de GREGORIO PECES-BARBA: *Textos...*, págs. 83-84.

⁵⁷ En *Criminal...* (1988), pág. 69.

⁵⁸ 379 US 89 (1964).

⁵⁹ 380 US 102 (1965).

⁶⁰ En *La Constitución...*, pág. 447 (*vid.*, también, las notas 24 y 25 de la misma página, donde se cita la jurisprudencia que apunta en una y otra dirección) y SALTZBURG, S. A.: *American...* (1984), pág. 37.

testimonio, justificar ante el juzgado que un motivo verosímil habilitaba la realización de la discutida entrada. La constatación de ese motivo verosímil no es, en todo caso, evidente. El propio Tribunal Supremo ha señalado que «Cuando se trata con una causa probable... como el nombre mismo lo indica, lidiamos con probabilidades» (Sentencia *Brinegar v. US*⁶¹). Ello explica que el Tribunal Supremo haya desarrollado un buen número de criterios (*test*) para examinar la adecuación constitucional del motivo verosímil en general, y de cada forma de acceso a la información en particular⁶².

Mayor interés tiene, en el marco de este trabajo, la afectación de la IV Enmienda en el domicilio de los particulares; es decir, en las moradas. A este respecto, el Tribunal Supremo ha afirmado que «el registro de una morada sin mandamiento judicial es, en sí mismo, irrazonable y aberrante para nuestro derecho» y que «la creencia, sin embargo bien fundada, de que un artículo buscado se esconde en una morada, no justifica el registro de ese local sin un mandamiento judicial» (Sentencia *Agnello v. US*⁶³). Posteriormente, la Sentencia *Payton v. NY*⁶⁴ extiende tal jurisprudencia sobre el registro a la del arresto llevado a cabo en la vivienda del (presunto) delincuente. La razón es que una entrada para arrestar y una entrada para registrar y secuestrar

⁶¹ 338 US 160 (1949). La traducción es de EDWARD S. CORWIN: (*La Constitución...*, págs. 442-443). El texto extractado en inglés puede consultarse en LAFAVE, W. R. y ISRAEL, J. H.: *Criminal...* (1992), pág. 141. Debe hacerse notar, en todo caso, que el término *probable cause* ha sido traducido en el presente trabajo como *motivo verosímil*.

⁶² En general, el Tribunal Supremo ha mantenido el criterio de la mayor probabilidad (*more-probable-than-not-test*), que exige individualizar a la persona afectada por la posible injerencia —Sentencia *Mallory v. US*, 354 US 449 (1957)—.

Los Tribunales inferiores suelen ser menos exigentes [ISRAEL, J. H. y LAFAVE, W. R.: *Criminal...* (1988), págs. 72-73] y, además, los criterios se matizan respecto de cada forma de adquisición de la información en la que se basa el motivo razonable. Así, en relación con los confidentes el Tribunal Supremo ha usado primero el criterio de las dos puntas (*two-progred test*) —Sentencia *Spinelli v. US*, 393 US 410 (1969)—, relacionado con la fiabilidad del confidente —derivada, por ejemplo, de sus colaboraciones anteriores, Sentencia *McCray v. Ill.*, 386 US 300 (1967), o de su carácter autoincriminatorio, Sentencia *US v. Harry*, 403 US 573 (1971)— y con la forma de adquisición de la información. En la Sentencia *TS III. v. Gates*, 462 US 213 (1983), el Tribunal estima, sin embargo, que debe considerar todas las circunstancias del caso (*totality of the circumstances test*). Algunas de las Sentencias citadas se pueden consultar en SALTZBURG, S. A.: *American...* (1984), págs. 59, 69, 77 y ss.

Vid., sobre el motivo verosímil, por todos, LAFAVE, W. R. y ISRAEL, J. H.: *Criminal...* (1992), págs. 138-154, especialmente, págs. 139-142 y CORWIN, E. S.: *La Constitución...*, págs. 442-446 y SALTZBURG, S. A.: *American...* (1984), pág. 158 y ss.

⁶³ 269 US 20 (1925). El texto se extrae de MORELAND, R.: *Modern...*, pág. 109.

⁶⁴ 445 US 573 (1980). Un resumen de la Sentencia puede consultarse en ALLEN, R. J. y KUHN, R. B.: *Constitutional...* (1985), págs. 577-583, esp. pág. 580 y nota posterior, págs. 583-595.

propiedad cuestionan el mismo interés (preservar la *privacy* y la santidad del hogar) y justifican el mismo nivel de protección constitucional⁶⁵.

No obstante, el Tribunal Supremo estima que cuando concurren circunstancias exigentes (*exigent circumstances*), que se denominan así por imponer la actuación policial inmediata, es posible realizar entradas domiciliarias al margen de toda intervención judicial⁶⁶. Tales circunstancias exigentes han sido descritas en la Sentencia *Dorman v. US*⁶⁷, y justifican la entrada domiciliaria realizada sin mandamiento judicial cuando *a*) se trata de un delito grave⁶⁸, *b*) se piensa razonablemente que el sospechoso está armado, *c*) hay una clara muestra de motivo verosímil, *d*) se tienen fuertes razones para creer que el sospechoso está en ese local, *e*) se estima probable que el sospechoso escape si no es rápidamente detenido, *f*) se entra de forma pacífica, y *g*) se entra de noche (ya que si, de un lado, supone una mayor intromisión, de otro, puede también justificar la imposibilidad de obtener un mandamiento judicial).

El artículo 66 CF indica, como ya se ha señalado con anterioridad, que la autoridad judicial garantiza la libertad individual (la que incluye, dentro de sí, la inviolabilidad del domicilio). Tal extremo ha sido recordado recientemente por el Consejo Constitucional francés, cuando ha afirmado que «la protección de esta libertad [individual] hace necesaria la intervención de la autoridad judicial cuando puede ser cues-

⁶⁵ *Idem*. Se recoge el texto de LAFAVE, W. R. y ISRAEL, J. H.: *Criminal...* (1992), pág. 181. Ahora bien, la Sentencia sigue indicando que «un auto de detención fundado en motivo verosímil aporta, implícitamente, una limitada autoridad para entrar en la morada en la que el sospechoso vive cuando existen razones para creer que el sospechoso está dentro» (se cita mediante ALLEN, R. J. y KUHNS, R. B.: *Constitutional...* (1985), pág. 581).

⁶⁶ Existen otras hipótesis que posibilitan la realización de entradas domiciliarias, como es la doctrina de la simple vista (*the plain view doctrine*) o la orden judicial de detención (*vid. nota precedente*).

⁶⁷ 435 F.2d 385 (D.C.Cir.1970). Información extraída de LAFAVE, W. R. y ISRAEL, J. H.: *Criminal...* (1992), pág. 182. También se explicitan la naturaleza y el alcance de estas circunstancias exigentes en las Sentencias *Warden, Maryland Penitentiary v. Hayden*, 387 US 294 (1967), *Vale v. Louisiana*, 399 US 30 (1970), *Chambers v. Maroney*, 390 US 42 (1970) —en consonancia con *Carroll v. US*, 267 US 132 (1925)—; *US v. Chadwick*, 433 US 1 (1977) y *US v. Ross*, 456 US 798 (1982). Todas las Sentencias citadas en esta nota pueden consultarse en ALLEN, R. J. y KUHNS, R. B.: *Constitutional...* (1985).

⁶⁸ No ocurre esto cuando el oficial penetra en morada ajena para realizar un *test* sanguíneo del nivel de alcohol de su propietario, puesto que el delito es extremadamente menor y no conlleva prisión (como sostuvo la posición mayoritaria del Tribunal Supremo en la Sentencia *Welsh v. Wis.*, 466 US 740 (1984), a la que aluden ISRAEL, J. H. y LAFAVE, W. R.: *Criminal...* (1988), pág. 101 y *Criminal...* (1992), pág. 183).

tionada la inviolabilidad del domicilio de toda persona que reside en el territorio de la República»⁶⁹.

Ahora bien, el artículo 66 CF plantea problemas en el ordenamiento constitucional francés, en el que, como es sabido, se parte de la distinción de los tribunales judiciales y administrativos, teniendo estos últimos naturaleza administrativa. El artículo 66 CF pretende excluir las eventuales limitaciones del derecho fundamental que provengan de la jurisdicción administrativa y dotar de una competencia universal y exclusiva a la autoridad judicial. Esta idea se percibe ya claramente de la Ley constitucional de 3 de junio de 1958, que marca, además de otros cuatro principios sobre los que reposa la Constitución de 1958, el de que «la autoridad judicial debe permanecer independiente para asegurar el respeto de las libertades esenciales tal y como son definidas por el Preámbulo de la Constitución de 1946 y por la Declaración de los Derechos del Hombre, a la que se refiere»⁷⁰.

No obstante, una abundante jurisprudencia⁷¹ (incluso preconstitucional), cuestiona una y otra vez si los tribunales administrativos pueden garantizar, también, en sus funciones, la libertad individual. Algunas Sentencias de diferentes jurisdicciones francesas defienden tal posibilidad. Así, por ejemplo, la Sentencia Septfonds del Tribunal de Conflictos (de 16 de junio de 1923) señala que fuera de los casos de vía de hecho⁷², la autoridad judicial no puede apreciar la legalidad de las decisiones administrativas que originen el procedimiento (como es,

⁶⁹ Decisión 90-281 DC, citada, Considerando 4 (pág. 416).

⁷⁰ Dato aportado por BRUNO GENEVOIS, en *La jurisprudence...*, pág. 194.

⁷¹ En las siguientes líneas se intenta sistematizar las abundantes referencias jurisprudenciales realizadas en LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G.; DEVOLVÉ, P. y GENEVOIS, B.: «Observations a l'arrêt T.C. 27 mars 1952, Dame de la Murette», en *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 9.^a ed. París, 1990, págs. 486 y ss.; ROBERT, J.: *Libertés...*, pág. 9 y ss., págs. 143 y ss. y págs. 255 y ss.; FAVOREU, L. y PHILIP, L.: *Les grandes...* (1986), pág. 364 y ss.; RENOUX, T.: *Le Conseil...*, pág. 531 y ss.; ROCHE, J. y POUILLE, A.: *Libertés...*, pág. 82.

⁷² Idea que se repite en las Decisiones Veper del Consejo de Estado, de 30 de julio de 1949; Époux Jaubert del Tribunal de Conflictos, de 12 de febrero de 1953; Ponfarcy, del Consejo de Estado, de 5 de mayo de 1954 y las Sentencias Escorbiac y Societé d'Agglomérés et de Moulage et Orfila, dictadas por secciones del Consejo de Estado el 25 de junio de 1954 y el 11 de febrero de 1972, respectivamente.

Vid., ROBERT, J.: *Libertés...*, pág. 9 y ss. Pueden constituir vías de hecho, por ejemplo, la prohibición realizada a un militar de entrar en su casa (Decisión Guigon del Consejo de Estado, de 13 de julio de 1966), el embargo de una caja de un almirante poco antes de su muerte (Decisión Consorts Muselier del Consejo de Estado) o la retirada de un pasaporte (Sentencia Les petites affiches del Tribunal de Conflictos, de 25 de mayo de 1987).

en este caso, una medida administrativa de internamiento)⁷³. El mismo Consejo de Estado, en su Decisión *Alexis et Wolf* (de 7 de noviembre de 1947) se considera competente para juzgar los recursos de exceso de poder presentados contra actos administrativos que vulneran, presuntamente, la libertad individual⁷⁴. Lo mismo ocurre cuando se demanda a la colectividad (Sentencia *Dame de la Murette* del Tribunal de Conflictos⁷⁵, de 27 de marzo de 1952). De forma especialmente taxativa, la conocida Sentencia *Clément* del Tribunal de Conflictos, de 16 de noviembre de 1964, señala que la autoridad judicial no puede ni apreciar la legalidad de un acto administrativo, ni interpretar si constituye o no un acto individual, ni, aún menos, anularlo. Los recursos de anulación contra actos administrativos deben ser resueltos por la jurisdicción administrativa. Esta idea es reafirmada en la Decisión *Touchou* del Consejo de Estado francés, de 22 de abril de 1966, y se justifica en el principio de división de poderes (concretamente, en el Decreto de 16-24 de agosto de 1790). Asimismo, la jurisdicción administrativa es la encargada de reparar las consecuencias del acto administrativo inválido (Decisión *Ministre de l'Interieur v. Société de Témoignage Chrétien* del Consejo de Estado, de 4 de noviembre de 1966).

Aunque otras resoluciones han recordado que es la autoridad judicial la encargada de garantizar la libertad individual (como es la Sentencia *Hilaire* del Tribunal de Conflictos, de 18 de diciembre de 1947)⁷⁶, y pese al tenor literal de ciertas disposiciones legislativas⁷⁷, la tendencia jurisprudencial más reciente es la de reconocer que las

⁷³ Extremo confirmado por el Consejo de Estado en su Decisión *Veper*.

⁷⁴ Posición confirmada en su Sentencia de 2 de febrero de 1978.

⁷⁵ Sentencia comentada en LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G.; DEVOLVÉ, P. y GENEVOIS, B.: *Observations...*

⁷⁶ En dirección cercana, las Sentencias *Métivier c. Bodin* del Tribunal de Conflictos, de 30 de noviembre de 1953, y *Bogdan, Vuckovic* del Tribunal de Casación Penal, de 25 de abril de 1985.

⁷⁷ La derogada Ley de 7 de diciembre de 1933 daba al artículo 112 CICF la siguiente redacción: «El conflicto de atribuciones no puede ser jamás elevado y los tribunales del orden judicial son siempre exclusivamente competentes en toda instancia civil fundada sobre los hechos que constituyeran infracciones previstas por los artículos 114 a 122, y 184 CP[F]» (tales preceptos, que se incardinaban en el hoy derogado Código Penal de 1832 aludían a los delitos contra la libertad individual). La Ley de 31 de diciembre de 1975, que pretende aclarar aún más la cuestión, incorpora los apartados 3 y 4 del artículo 136 CICF. El nuevo artículo 136.4 CICF reitera lo establecido en la vieja Ley de 1933. El nuevo artículo 136.3 CICF declara la competencia judicial exclusiva en los asuntos relacionados con la inobservancia de las formalidades prescritas en relación con las mandatos de comparecencia, arresto, etc... (datos extraídos de Long, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G.; DEVOLVÉ, P. y GENEVOIS, B.: *Observations...*, págs. 485 y 487). Como en el texto se indica, el Consejo de Estado y el Tribunal de Conflictos han inter-

autoridades judicial y administrativa son competentes para garantizar la libertad individual. Así, la Sentencia Guigon del Tribunal de Conflictos, entiende que ambas jurisdicciones pueden constatar la nulidad del acto administrativo impugnado y, la posterior Decisión Consorts Muselier del Consejo de Estado, de 10 de octubre de 1969, extiende tal doble competencia a la determinación de la reparación. El propio Consejo Constitucional francés parece optar por esta dirección en su Decisión 89-261 DC, de 28 de julio, cuando estima que la disposición legislativa que declaraba únicamente competente a la autoridad judicial para juzgar la legalidad de una orden de expulsión de un extranjero en situación irregular es contraria a la Constitución⁷⁸.

En todo caso, el artículo 18.2 CE, que se analiza en el presente trabajo, no se inscribe en un ordenamiento constitucional que diferencia los tribunales judiciales y administrativos y se limita a exigir, además, que la limitación del ejercicio del derecho fundamental se realice mediante resolución judicial. Ello aconseja examinar el problema y sus posibles soluciones desde la exclusiva perspectiva del derecho español.

Antes de hacerlo, debe hacerse notar que la excesiva rigidez del artículo 18.2 CE frente a otras regulaciones constitucionales europeas (como son la alemana o italiana) no beneficia siempre al primero respecto de los segundos. Es cierto que las limitaciones que pueden operar frente al derecho fundamental son menores que las reconocidas en otros países, pero también se ha visto como, a diferencia de lo que ocurre en ellos, configura una noción estricta de domicilio y beneficia a las personas físicas pero no, en opinión de quién escribe estas líneas, a las personas jurídicas. El problema radica, en todo caso, en el precepto constitucional y no en la tantas veces citada Sentencia TC 22/1984. En este sentido Jesús E. Peces Morate ha señalado que «cualquiera que sea el juicio que merezca el texto del artículo 18.2 de la Constitución en relación con el Derecho comparado o las circunstancias históricas que determinaron su redacción, lo cierto es que resulta diáfano y no parece que permita otra interpretación que la llevada a

pretado restrictivamente esta derogación al principio de separación de poderes (*ibidem*, pág. 487).

⁷⁸ Decisión 89-261 DC, citada. *Vid.*, también, la Decisión 86-224 DC, de 23 de enero de 1987, que reconoce competencia administrativa en el ejercicio de potestades administrativas (*ibidem*, págs. 303-305).

Ya THIERRY RENOUX había defendido la unidad de jurisdicción en materia de atentados contra la libertad individual, en su *Le Conseil...*, pág. 548 (*vid.*, también, págs. 554-555).

cabo por el Tribunal Constitucional»⁷⁹, refiriéndose a la Sentencia TC 22/1984. Si el artículo 18.2 CE es excesivamente rígido en la protección que depara, la solución más correcta es, como indica el mismo autor citado, antes que someterlo a interpretaciones forzadas, modificarlo⁸⁰. La vía de la revisión constitucional es, en su caso⁸¹, la adecuada para resolver tales cuestiones, pero no la de la interpretación.

En segundo lugar, Alejandro Nieto García entiende que la configuración constitucional de la inviolabilidad del domicilio se debe conectar con la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal referida a la medida de entrada y registro en lugar cerrado (artículo 545 y ss. LECr). Tal conexión la deducen diversos autores, fundamentalmente, de dos hechos. De un lado, el artículo 545 LECr, cuando dispone 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 previstos en las leyes», copia, literalmente, el artículo 6 de la Constitución de 1876⁸² y desarrolla tales casos y formas. De otro lado, recuerdan, como en este trabajo se ha hecho, que la idea del constituyente de vedar toda entrada y registro se modificó sin ninguna justificación en entrada o registro⁸³. Ello lleva a Alejandro Nieto García a explicitar algunas de las reglas contenidas en la LECr en relación con el registro domiciliario⁸⁴.

De hecho, y en esta misma línea, José Díaz Delgado se plantea⁸⁵ si la Sentencia TC 110/1984 puede suponer una revisión de la doctrina

⁷⁹ En *La entrada...*, pág. 39. La novedad de la configuración constitucional de la inviolabilidad del domicilio fue ya apreciada por LORENZO PLAZA ARRIMADAS, en *La inviolabilidad...*, pág. 694.

⁸⁰ *Ibidem*, pág. 42.

⁸¹ A este respecto es, quizás, conveniente recordar como el profesor JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA señaló, en el Seminario celebrado el 18 de octubre de 1991 en el Centro de Estudios Constitucionales sobre el artículo 21.2 LOPSC (posteriormente declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional) y en el que participaron, también, los profesores MANUEL JIMÉNEZ DE PARGA, MANUEL ARAGÓN REYES, DIEGO LÓPEZ GARRIDO y PEDRO J. GONZÁLEZ-TREVIJANO, entre otros, que el legislador no podía rebajar el nivel de protección que los derechos tenían antes de la Constitución. Esta sugerencia fue recogida favorablemente por el resto de asistentes. *Vid.*, en todo caso, una vez más, la Decisión CCF 84-181 DC, Considerando 47, págs. 199-207 y, en el plano doctrinal, por todos, RIVERO, J.: *La jurisprudencia...*, págs. 286-287.

⁸² ALFONSO BOZZO, A. de: *Sobre...*, pág. 456 y NIETO GARCÍA, A.: *Actos...*, pág. 24.

⁸³ LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, págs. 42-45 y NIETO GARCÍA, A.: *Actos...*, pág. 12.

⁸⁴ NIETO GARCÍA, A.: *Actos...*, págs. 35-36.

⁸⁵ DÍAZ DELGADO, J.: *La autotutela...*, pág. 22 y NIETO GARCÍA, A.: *Las autorizaciones...*, págs. 310-311. Debe reiterarse, una vez más, que el artículo 18.1 CE protege una intimidad material (es decir, cuantificable), en tanto que los derechos reconocidos en los apartados 2.º y 3.º del mismo derecho contienen garantías formales de la intimidad (en

contenida en la Sentencia TC 22/1984. En la Sentencia TC 110/1984/3 se vincula, de un lado, los derechos recogidos en los artículos 18.1 y, en lo que aquí interesa, 18.2 CE. En efecto, el Tribunal indica que «la inviolabilidad del domicilio [...] tiene como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada personal y familiar, que debe quedar excluida del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás». De otro, la Sentencia más reciente señala que el derecho a la intimidad solamente prohíbe, a la luz del artículo 17.4 PIDCP (1966), las injerencias en la intimidad arbitrarias o ilegales. Es posible, a juicio de José Díaz Delgado, extrapolar esta jurisprudencia al derecho a la inviolabilidad del domicilio, superando, con ello, el estrecho formalismo contenido en la Sentencia TC 22/1984.

Tales argumentaciones deben ser, en todo caso, rechazadas. De un lado, que el artículo 545 LECr fuese, en su momento, desarrollo del artículo 6 de la Constitución de 1876 no es óbice para considerar que lo sea también del artículo 18.2 del vigente texto constitucional. Y ello porque, como se ha explicado ya en este trabajo, la inviolabilidad del domicilio es, en un primer momento, un instrumento para garantizar la libertad personal. De ahí que se conecte con normas procesales penales. No obstante, como allí también se apuntó, la configuración actual de la inviolabilidad del domicilio protege principalmente la intimidad; y ésta puede ser igualmente desconocida por una orden de entrada y registro como por la ejecución forzosa de un acto administrativo en el domicilio. Debe hacerse notar, finalmente, en esta misma dirección, que el derecho no prohíbe la realización de tales pesquisas o actuaciones forzosas de la Administración, sino que sólo las condiciona a la existencia de una resolución judicial.

De otro lado, tampoco es de recibo el argumento basado en que la Constitución donde dice entrada o registro debe decir, entrada y registro; de tal forma que las entradas que pretendan algo diferente (como son las que tienen por fin ejecutar un acto administrativo) puedan ser consideradas, en principio, compatibles con el precepto constitucional⁸⁶. El rechazo de esta argumentación no se justifica solamente en que nuestra Constitución dice, en su artículo 18.2, entrada o registro. Es que, más allá del tenor literal del artículo 18.2 CE, se ha constatado, desde un punto de vista dogmático, que la inviolabilidad del domicilio protege, en la actualidad, la intimidad. Si en otros momentos históricos, la inviolabilidad del domicilio hacía referencia explícita al

las que sólo hay entradas legítimas o ilegítimas, independientemente del nivel de lesión material que puedan provocar en la intimidad).

⁸⁶ LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, pág. 52.

registro porque ambos pretendían ser garantías de la libertad personal, en la actualidad es quizás más correcto, como ya se ha señalado en otras páginas de este mismo trabajo, conectar las garantías del registro con los derechos de defensa.

La tercera crítica a la configuración constitucional española de la inviolabilidad del domicilio tiene ya por claro destinatario al Tribunal Constitucional. Se señala (en el trabajo de Fernando López Ramón, entre otros) que la interpretación que el Tribunal realiza del artículo 18.2 CE es excesivamente literal, proponiendo, en su lugar, otra teleológica, que atienda al contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social⁸⁷ (artículo 3.1 CC). Tal interpretación hace comprender que la inviolabilidad del domicilio protege la intimidad frente a las pesquisas e *inmisiones* en el domicilio (términos, por cierto, empleados en la misma Sentencia⁸⁸). De hecho, se dice que el Tribunal incurre en un error lógico, pues, pese a su interpretación literal acude, en un momento de su disertación, al estado de necesidad⁸⁹, cuando éste no aparece citado en el artículo 18.2 CE.

Es interesante detenerse en la última parte de la fundamentación. Se ha señalado, en efecto, que el Tribunal Constitucional traiciona tal rigor interpretativo, que hay un error lógico en su alusión al estado de necesidad. Si con ello se intenta justificar que, al igual que el Tribunal Constitucional admite como límite la existencia del estado de necesidad, podría haber admitido la ejecutoriedad de los actos administrativos, se incurre en un error. La razón es bastante evidente. La ejecutoriedad de los actos administrativos está amparada, pero no exigida, por el principio de eficacia con el que debe actuar la Administración (Sentencia TC 22/1984/4); es decir, contribuye a la efectividad de la actuación administrativa, pero no es esencial a la misma. Sin embargo, la referencia hecha al estado de necesidad debe conectarse con el orden público constitucional al que ya se ha aludido en la presente investigación. Desde esta óptica debe afirmarse que tal estado de necesidad

⁸⁷ LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, pág. 58. Idea reiterada por el mismo autor en *Límites...*, pág. 2271. *Vid.*, también, NIETO GARCÍA, A.: *Actos...*, pág. 41.

⁸⁸ *Ibidem*, págs. 59 y 60. Hecho también observado, en tono crítico, en SÁNCHEZ DE LAMADRID C. y MORILLO-VELARDE DEL PESO, J. A.: «La garantía judicial de derechos concretos: la Administración, el domicilio y los interdictos», *LL*, 1 (1989), pág. 1030.

⁸⁹ LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, pág. 58, donde alude a un pasaje de la Sentencia 22/1984/5. *Vid.*, en el mismo sentido, FONT I LLOVET, T.: *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales*. Madrid, 1985, pág. 145, nota 88. Sobre el estado de necesidad, *vid.* DÍAZ DELGADO, J.: *La autotutela...*, pág. 22 y en relación al Derecho alemán, GENTZ, M.: *Die Unverletzlichkeit...*, págs. 175-176.

(entendido como garantía del orden público) es presupuesto y garantía esencial de los propios derechos fundamentales.

Si se acepta, con Fernando López Ramón, que la inviolabilidad del domicilio protege la intimidad⁹⁰, se aceptará también, como cuarto argumento crítico relacionado con la Sentencia 22/1984, que aquellos actos administrativos que no persigan *lesionar* la intimidad no pueden vulnerar la inviolabilidad del domicilio; o, de forma positiva, se atenderá contra el derecho reconocido en el artículo 18.2 cuando se pretende dañar la intimidad⁹¹. Este autor y Alejandro Nieto García advierten de la posible apoyatura en el derecho fundamental en examen para defender no la intimidad, sino la propiedad (F. López Ramón⁹²) o los intereses patrimoniales (A. Nieto García⁹³). El último autor citado estima que, en tal caso, estaríamos ante un abuso del derecho, ya que «el derecho a la inviolabilidad del domicilio no puede servir de pretexto para que el titular pretenda liberarse de deberes o para defenderse de acciones administrativas que nada tienen que ver con la vivienda»⁹⁴.

En un sentido cercano, el Magistrado Francisco Rubio Llorente finaliza su Voto Particular afirmando que «la ejecutoriedad del acuerdo administrativo de desalojo no implica contradicción alguna con el derecho a la inviolabilidad del domicilio de quien, como en el presente caso sucede, fue notificado de tal acuerdo y tuvo la posibilidad de buscar y obtener frente a él el amparo judicial»⁹⁵.

Este argumento, de indudable contenido práctico, debe ser, también, puesto en cuestión. Es cierto que, como ya advirtiera Tomás Quintana López en relación con la Sentencia TC 137/1985, es posible utilizar la inviolabilidad del domicilio para la defensa de intereses es-

⁹⁰ El autor alude a la intimidad y a la *privacidad*; es decir, no utiliza una noción estricta de intimidad, a la que se ha aludido anteriormente en este trabajo.

⁹¹ *Ibidem*, pág. 70. *Vid.* SÁNCHEZ DE LAMADRID Y AGUILAR, C. y MORILLO-VELARDE DEL PESO, J. A.: *La garantía...*, pág. 1031.

⁹² En *Inviolabilidad...*, pág. 59.

⁹³ En *Actos...*, pág. 14.

⁹⁴ *Ibidem*, pág. 15. Cita el autor, en su apoyo, los artículos 7 y 6 CC en lo referente a las nociones de buena fe y fraude de ley (de Constitución, para el autor) y el 11.2 LOPJ, que señala que los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal (*ibidem*, págs. 15-16). *Vid.*, también, GÓMEZ GUILLAMÓN, R.: *El artículo...*, pág. 81.

⁹⁵ En la misma dirección, COLOM PASTOR, B.: *Autorización...*, pág. 256 y, de forma más matizada, NIETO GARCÍA, A.: *Las autorizaciones...*, pág. 315. El último autor citado señala que «al menos podría reservarse la exigencia de mandamiento judicial para los casos en que no hubiera intervenido, por pasividad del interesado, un órgano judicial» (*idem*).

purios, distintos a la intimidad⁹⁶. Y ello con independencia de que se predique de personas físicas o jurídicas. Ahora bien, ello es así porque la inviolabilidad del domicilio, como ya se ha visto, es una garantía formal de la intimidad personal. Tal protección podría expresarse con la máxima de que todo lo que tiene que ver con el domicilio en su acepción constitucional, tiene que ver, también, *ex constitutione*, con la intimidad. Ello supone que toda entrada domiciliaria que no se ajuste a los supuestos expresamente previstos en el artículo 18.2 CE o que no se justifique en el orden público constitucional implica siempre vulneración de la intimidad, lesión que no precisa ser justificada (a diferencia de lo que ocurre en el supuesto del artículo 18.1 CE). Estas ideas aconsejan desechar la argumentación propuesta, y sostener, con Bartomeu Colom Pastor, que la inviolabilidad del domicilio protege la intimidad de la persona frente a las intervenciones de los poderes públicos o de los particulares, en el ejercicio de funciones represivas o no⁹⁷.

No parece posible tampoco equiparar la aquiescencia (que es, por definición, una situación pasiva) con el consentimiento constitucionalmente exigido en el artículo 18.2 CE (que prejuzga un acto positivo de voluntad) (como ha mantenido Alejandro Nieto García, entre otros). De hecho, es posible que el particular no recurra el asunto pero sí niegue la entrada domiciliaria. Presumir que en este caso sí existe consentimiento supone alterar el carácter voluntario del permiso. La libre negativa del titular solamente puede ser superada, en su caso, como la Constitución señala, a través de una resolución judicial.

Las dos críticas siguientes se relacionan directamente con la ejecutoriedad de los actos administrativos. Así, en quinto lugar, Fernando López Ramón es especialmente crítico con la, en su opinión, discutible separación que la Sentencia 22/1984 realiza entre el acto administrativo resolutorio, el acto administrativo que ordena su ejecución y la ejecución material del acto propiamente dicho. El Tribunal estima, como en su momento se vio, que los dos primeros son válidos, pero no la tercera. Fernando López Ramón estima que la distinción entre acto de ejecución y ejecución del acto administrativo tiene sentido cuando «las medidas materiales de ejecución modifiquen de alguna

⁹⁶ QUINTANA LÓPEZ, T.: *Un paso...*, págs. 150-151. En otros lugares de este trabajo se ha defendido, de un lado, que las personas jurídicas no pueden ser consideradas titulares del derecho fundamental por carecer de intimidad personal y, de otro, que toda invasión domiciliaria conlleva la presunción *iuris et de iure* de que la intimidad personal ha sido lesionada.

⁹⁷ En *Autorización...*, pág. 256.

manera los medios de ejecución previstos»⁹⁸. En caso contrario (como es, precisamente, el que origina el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional), hay una línea de continuidad clara entre el acto y su ejecución y, por ello, si el acto era válido la ejecución debe serlo también. Buen apoyo de sus tesis las encuentra Fernando López Ramón en el voto disidente formulado por el Magistrado Rubio Llorente que ahonda en la misma idea. Señala el Magistrado que

«Lo cierto es que el acuerdo requiriendo el desalojo y la ejecución de éste son considerados en la sentencia como partes integrantes de un sólo acto al efecto de entender cumplido el requisito de agotar la vía judicial previa que impone el artículo 43.1 LOTC, pero, por el contrario, son tratados como actos separados a la hora de calificarlos desde el punto de vista de la relación que media entre ambos y el derecho a la inviolabilidad del domicilio, que se dice preservado por el acuerdo, pero vulnerado por su ejecución».

El magistrado continúa su argumentación haciendo notar que «el acuerdo de desalojo y su ejecución son un mismo acto. Si aquél era, como la sentencia afirma, jurídicamente correcto, su ejecución ha de ser igualmente tenida por tal, en cuanto que, en su realización no se han desconocido otros derechos que aquéllos que él mismo negaba, esto es, en el presente caso, el derecho a mantener como domicilio un local cuya demolición se había ordenado...».

Lo cierto es que uno de los propios autores que disienten del parecer del Tribunal Constitucional en la materia, Alejandro Nieto García, explicita que es la propia Constitución la que impone que no opere respecto de los actos administrativos que conlleven entradas domiciliarias el principio de ejecución en línea directa⁹⁹. «Concluyendo [dice el mismo autor]: el orden lógico de un procedimiento supone una conexión indisoluble entre el acto administrativo resolutorio, el acto administrativo de ejecución y la realización material de ésta [...]. Ahora bien, cuando la ejecución material implica la entrada en un domicilio particular, entonces, y por imperativo expreso de la Constitución, ya no opera el principio anterior y, aunque parezca ilógico, se produce una desconexión en la cadena procedimental y se exige la presencia del juez para legalizar —o, mejor dicho, para constituciona-

⁹⁸ LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, pág. 63 y *Límites...*, pág. 2272. *Vid.*, ahora, SOSA WAGNER, F.: *Ejecución...*, pág. 484 y SAINZ MORENO, F.: «Sobre la ejecución “en línea directa de continuación del acto” y otros principios de la coacción administrativa», *REDA*, 13 (1977).

⁹⁹ NIETO GARCÍA, A.: *Actos...*, pág. 54.

lizar— esa ejecución material que afecta a un derecho fundamental de los ciudadanos»¹⁰⁰.

En sentido cercano, señala Javier Barcelona Llop que, pese a que la opinión disidente de Rubio Llorente acierta en lo dogmáticamente correcto, no hay que perder de vista la rigidez del precepto (aunque, para el autor, éste puede ser interpretado de forma diferente a la realizada por el Tribunal¹⁰¹).

En conclusión, este problema debe trasladarse al del rigor del artículo 18.2 CE, cuestión a la que ya se ha aludido en las páginas anteriores de este epígrafe y a la que, por ello, cabe remitirse.

La sexta y última crítica dogmática que se hace al Tribunal Constitucional, también relacionada con la ejecutoriedad de los actos administrativos, es la constatación práctica de que no existía cauce legal en el que integrar la necesaria actuación judicial respecto de la inviolabilidad del domicilio¹⁰². Debe recordarse, en efecto, como en el momento de producirse los hechos que dan origen a la Sentencia no existía ninguna norma atributiva de competencia judicial en la materia. Es además discutible el contenido de la actuación judicial en tales casos, que puede cuestionar la labor de la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁰³ y que, de existir, provocará en todo caso, como han señalado Carlos Sánchez de Lamadrid y Aguilar, y José A. Morillo-Velarde del Peso, demoras que pongan en peligro la satisfacción de perentorias necesidades públicas¹⁰⁴.

Es cierto que el Tribunal afirma, en la Sentencia TC 22/1984/3 que «la autoridad judicial está investida [*ex constitutione*] de la suficiente potestad para otorgar las autorizaciones de entrada y registro», pero esto no aclara ni cuál es el juez competente, ni mediante qué procedimiento actúa ni, finalmente, cuál es el contenido de su intervención¹⁰⁵.

¹⁰⁰ *Idem*. En este sentido, deben recordarse las palabras de LORENZO PLAZA ARRIMADAS: «lo único que la Constitución ha hecho ha sido condicionar el ejercicio legítimo de esa potestad [administrativa] al cumplimiento previo de un requisito: obtener una autorización judicial para la entrada en el domicilio ajeno, en *La inviolabilidad...*, pág. 695.

¹⁰¹ BARCELONA LLOP, J.: *De la ejecución...*, pág. 179. En parecido sentido, *vid.* SOLER ROCH, M.^a T.: *Artículo...*, pág. 280.

¹⁰² LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, págs. 70-73.

¹⁰³ *Vid.*, por todos, NIETO GARCÍA, A.: *Las autorizaciones...*, pág. 315.

¹⁰⁴ En *La garantía...*, pág. 1030.

¹⁰⁵ LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, pág. 73.

Son partidarios de que asuma tal función los jueces civiles PECES MORATE, J. E.: *La ejecución...*, págs. 86-88 y COLOM PASTOR, B.: *Autorización...*, pág. 251. Este último autor estima que si el particular recurre, entonces el asunto debe ser resuelto por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Esta argumentación debe seguir la suerte de las anteriores; es decir, ser rechazada. Cierto es que ninguna ley modulaba, hasta 1985, las relaciones entre la ejecutoriedad de los actos administrativos y la inviolabilidad del domicilio, pero de ello no cabe derivar que pueda limitarse el derecho fundamental mediante la evidente transgresión de su contenido, que, en principio, vincula directamente a todos los poderes públicos¹⁰⁶.

La solución a mantener debe ser, por lógica, la contraria, que parte de la constancia de que la inviolabilidad del domicilio condiciona el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos. Es cierto que, como ya se ha indicado, esto puede suponer demorar la efectividad de la ejecución forzosa de los actos administrativos¹⁰⁷; pero ello se hace en defensa de un derecho fundamental. Y en este sentido debe recordarse, una vez más, que la ejecutoriedad de los actos administrativos sirve a uno de los principios (el de eficacia) que debe presidir el funcionamiento de la Administración, pero no constituye en sí misma una exigencia constitucional. Por el contrario, los derechos fundamentales en general y la inviolabilidad del domicilio forman parte del orden público constitucional. Ello explica que la relación dialéctica beneficie (aunque no de forma absoluta) al derecho fundamental y condicione la ejecutoriedad de los actos administrativos que lo afecten en su ejercicio.

Tales argumentaciones dogmáticas se enriquecen, además, en el trabajo de Fernando López Ramón con dos datos referidos al caso concreto. De un lado, el versar sobre un posible domicilio simulado y

Otros autores entienden que tal función debería ser asumida por la jurisdicción contencioso-administrativa, como son DÍAZ DELGADO, J. (*La autotutela...*, págs. 23 y, en especial, 24); BARCELONA LLOP, J. (*De la ejecución...*, pág. 183 y *Ejecutividad...*, pág. 570); PECES MORATE, J. E.: (*La entrada...*, pág. 42); LÓPEZ DÍAZ, A. (*La recaudación...*, pág. 274); GÓMEZ GUILLAMÓN, R. (*El artículo...*, pág. 85) —quién recuerda que también se manejó esta propuesta de *lege ferenda* en las Jornadas que, sobre el artículo 87.2 LOPJ, organizó el Consejo General del Poder Judicial, en 1991 (*ibidem*, pág. 84)—.

Por su parte, CÉSAR ÁLVAREZ-LINERA Y URÍA entiende que la función en garantía del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio debía beneficiar a la jurisdicción penal [en «La autorización judicial para la entrada en domicilios particulares en ejecución de actos administrativos», *LL*, 1 (1989), pág. 1039].

En fin, JAVIER BARCELONA LLOP y JESÚS E. PECES MORATE critican la atribución que el artículo 87.2 LOPJ realiza en favor del Juzgado de Instrucción (en *De la ejecución...*, pág. 181 y *La entrada...*, págs. 54-55, respectivamente).

¹⁰⁶ Recuérdese, a este respecto, la Sentencia TC 15/1982/6, dictada en relación con la eficacia inmediata de la objeción de conciencia constitucionalmente recogida en el artículo 30.2 CE.

¹⁰⁷ En *La garantía...*, pág. 1030.

no real; y, de otro, la existencia de dos sentencias que confirmaron la legalidad del debatido acto administrativo¹⁰⁸.

La primera cuestión apuntada, la existencia de un domicilio simulado, alude a un problema de prueba realmente complejo y como tal argumento no puede prosperar, pues es domicilio el lugar destinado a vivienda, aunque ésta se desarrolle durante un corto espacio de tiempo (cosa que ocurre, por ejemplo, en un cuarto de hotel, o en un camarote de barco).

Sí que debe ser tomado en cuenta la segunda observación realizada por Fernando López Ramón respecto del caso concreto. El autor recuerda, también en sentido crítico, que dos sentencias judiciales confirmaron la legalidad del acto administrativo. En esta misma línea, Alfonso de Alfonso Bozzo estima plausible —aunque criticable— la jurisprudencia constitucional referida a los actos administrativos, pero considera exagerado que deban someterse de nuevo al juez penal las Sentencias civiles que impliquen entradas domiciliarias y que deban ser ejecutadas¹⁰⁹. Respecto de los actos administrativos, el mismo autor considera que la Sentencia ha modificado «el régimen del principio de autotutela del artículo 102 LPA», hoy derogado¹¹⁰. Se llega así a la idea de que toda intervención civil o administrativa en la superprotegida inviolabilidad del domicilio requiere un permiso judicial (penal) expreso¹¹¹.

Éste es, quizás, el auténtico núcleo de la cuestión: ¿Cómo puede decirse —como hace el Tribunal Constitucional— que no ha existido resolución judicial cuando dos sentencias confirmaron la legalidad del acto administrativo? La respuesta de este interrogante pasa por un defectuoso entendimiento por parte del Tribunal Constitucional de los términos en los que se reconoce, en nuestro país, la inviolabilidad del domicilio. Parte, en concreto, de la exigencia constitucional de autorización judicial para la realización de entradas domiciliarias, exigen-

¹⁰⁸ *Vid.*, en relación con el último extremo apuntado, el Voto Particular del Magistrado FRANCISCO RUBIO LORENTE a la Sentencia TC 22/1984. FERNANDO LÓPEZ RAMÓN va más lejos, señalando que «la actividad ejecutoria tanto puede referirse al acto administrativo, ordenando el derribo, como a la sentencia que considera ajustado a Derecho dicho acto. De ahí parece que el Tribunal Constitucional considere necesario —aun sin referencia expresa a la sentencia ejecutada— extender su razonamiento a la ejecución de sentencias» (en *Inviolabilidad...*, pág. 60).

¹⁰⁹ ALFONSO BOZZO, A. de: *Sobre...*, págs. 458-459.

¹¹⁰ *Ibidem*, pág. 457.

¹¹¹ *Ibidem*, pág. 461. Sobre la alusión que el autor realiza a la autorización penal debe recordarse como el Tribunal señala expresamente en la Sentencia TC 22/1984/3 que no hay por qué atribuir necesariamente al juez penal esta función.

cia que, como tratará de justificarse a continuación, no se contiene en el artículo 18.2 CE.

3.3. La resolución judicial constitucionalmente exigida concebida como autorización judicial

Como se acaba de ver, existen numerosos argumentos que contrarrestan el grueso de las críticas que diversos iuspublicistas mantuvieron sobre la Sentencia TC 22/1984. De tal afirmación no se puede colegir, sin embargo, que se comparta el parecer del Tribunal Constitucional. Al contrario, es posible entender que la tantas veces citada Sentencia 22/1984 es criticable, no por considerar que la inviolabilidad del domicilio supone un límite a la ejecutoriedad de los actos administrativos, sino porque dota de un más que discutible contenido a la garantía judicial prevista en el artículo 18.2 CE.

En efecto, lo que el Tribunal Constitucional parece exigir en la Sentencia 22/1984 es que exista un auto judicial *ad hoc* que pondere la necesidad de que la entrada domiciliaria y, en su caso, la autorice u ordene; es decir, que exista una determinada resolución judicial (un auto) con un determinado contenido: una autorización judicial de entrada.

Esta forma de entender la delimitación judicial del derecho a la inviolabilidad del domicilio, que es también la mantenida, implícita o explícitamente por una buena parte de la doctrina¹¹², tiene algunos corolarios lógicos a los que es preciso referirse.

En primer lugar, desde un punto de vista lógico, conlleva considerar que el órgano judicial actúa, en todo caso, como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (en el marco del artículo 117.4 CE), fuera de su función jurisdiccional (artículo 117.3

¹¹² ALONSO DE ANTONIO, Á. L.: *El derecho...*, pág. 114; FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *El sistema...*, pág. 223; FIGUEROA NAVARRO, M.^a C.: *Entrada y registro en domicilio*. Madrid, 1994, pág. 17; LORCA MARTÍNEZ, J.: *Una aproximación...*, pág. 3 y GARCÍA MACHO, R.: *La inviolabilidad...*, pág. 861. En dirección cercana, MARCOS F. MASSO GARROTE, alude a los mandamientos que deben revestir la forma de auto fundado (*Nota...*, págs. 164 y 166, respectivamente). Alguno de los autores citados no consideran siquiera la posible afectación del derecho fundamental que provenga de sentencias dictadas por Juzgados o Tribunales de los órdenes civiles o administrativos (pese a que el Tribunal Constitucional había dictado, ya en 1991, la importante Sentencia sobre Riaño —Sentencia 160/1991—). *Vid.*, en sentido contrario y más acorde con nuestro texto constitucional, el Auto TC 129/1990, de 26 de marzo, que se analiza *infra*.

CE¹¹³). Ello sería así porque, fuera de los casos de delito flagrante y causas urgentes de orden público, solamente la autorización judicial de entrada y/o registro podría primar frente a la negativa del morador. Así ningún acto administrativo ni Sentencia judicial sería, en puridad, título legítimo limitativo de la inviolabilidad del domicilio. Solamente el auto judicial que permitiera la efectiva realización de la entrada domiciliaria para ejecutar el acto administrativo o la sentencia judicial, dictado por el órgano judicial en su función de garante del derecho fundamental recogido en el artículo 18.2 CE (artículo 117.4 CE), podría afectar al derecho fundamental en examen. En definitiva, no sería así posible conciliar la función jurisdiccional de los jueces y tribunales (artículo 117.3 CE) con su labor de garantía del derecho fundamental en examen (*vid.* artículo 117.4 CE).

En segundo lugar, aceptar la hipótesis apuntada en la citada Sentencia constitucional haría posible centralizar la función de garantía del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en un órgano judicial concreto, que sería, así el juzgado (o, en su caso, el tribunal) encargado de velar, de garantizar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

En tercer y último lugar, consecuencia lógica de los presupuestos contenidos en la Sentencia 22/1984 sería la concepción de la autorización judicial como la orden judicial de entrada que superaría la oposición del morador a que se realizara la entrada. Solamente ante la oposición del morador al cumplimiento del fallo de la Sentencia (es decir, ante la falta del consentimiento), el perjudicado debería acudir ante el juzgado o tribunal garante del derecho fundamental para que éste, a través de la correspondiente autorización judicial, formalizada en todo caso como auto¹¹⁴, pudiera hacer prevalecer el fallo de la Sentencia sobre la inviolabilidad del domicilio. Recuérdense, a este respecto, las palabras del propio Tribunal, cuando se refiere a que cuando el ingreso contemplado por una Sentencia «es negado por el titular debe obtenerse una nueva resolución judicial»¹¹⁵.

Éste es el marco, ciertamente coherente y sistemático, de las reflexiones realizadas por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 22/

¹¹³ QUINTANA LÓPEZ, T.: *La autorización...*, pág. 546 y, en relación con el artículo 87.2 LOPJ, LAFUENTE BENACHES, M.: *La ejecución...*, pág. 86, donde alude a la Sentencia TS Ar. 1987/7051. En el mismo sentido, GARCÍA TORRES, J.: *Voz...*, pág. 2157).

¹¹⁴ *Id.*, por todos, LAFUENTE BENACHES, M.: *La ejecución...*, pág. 87, ALONSO DE ANTONIO, Á. L.: *El derecho...*, pág. 116 y PLAZA ARRIMADAS, L.: *La inviolabilidad...*, pág. 690.

¹¹⁵ Sentencia TC 22/1984/5.

1984. La Sentencia presenta, sin embargo, un problema, cual es la exigencia de que toda entrada domiciliaria se vea precedida por un auto judicial que contemple una entrada domiciliaria *ad hoc*. La Constitución alude, únicamente, a que la resolución judicial delimita el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio; pero no exige ni un determinado tipo de resolución judicial ni un determinado contenido material a tal resolución (salvo su lógica afectación al derecho fundamental). Lo cierto es que la doctrina no percibió, por lo general, esta discrepancia entre las exigencias literalmente establecidas en la Constitución y las impuestas por el Tribunal Constitucional en su Sentencia. Más bien, al contrario, la Sentencia fue duramente criticada por limitar el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos. El objetivo final de estas críticas no era, pues, discutir la delimitación doctrinal de la resolución judicial contenida en el artículo 18.2 CE, realizada por el Tribunal Constitucional, sino, simplemente, situar la ejecutoriedad de los actos administrativos como un supuesto de limitación constitucional de la inviolabilidad del domicilio, al margen de toda garantía judicial.

Va a ser el propio Tribunal Constitucional quien varíe su doctrina en la Sentencia 160/1991. Es por ello conveniente analizarla para examinar, posteriormente, el significado (y, sobre todo, el alcance) de la revisión jurisprudencial.

4. LA RESOLUCIÓN JUDICIAL COMO TAL (SENTENCIA TC 160/1991, DE 18 DE JULIO)

4.1. Origen y contenido de la Sentencia

El origen de la Sentencia TC 160/1991 se halla en el recurso de amparo interpuesto por cincuenta y cinco personas, que impugnan las actuaciones materiales producidas por agentes públicos en relación con el derribo de los edificios del casco urbano de Riaño y, alternativamente, contra el Auto de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, que desestima el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valladolid¹¹⁶, por presunta vulneración de, entre otros, el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

¹¹⁶ Por cierto, como recuerda JAVIER BARCELONA LLOP, el recurso contencioso fue presentado el mismo día de la demolición de los edificios del casco urbano de Riaño (en *De la ejecución...*, pág. 184).

El Tribunal Supremo había desestimado la pretensión de los recurrentes por considerar que no había existido ninguna violación de derechos fundamentales. Ello era así porque la doctrina contenida en la Sentencia TC 22/1984 no era aplicable al caso de Riaño, en el que «existieron las resoluciones judiciales de cara no sólo a la expropiación de las tierras, sino también a la ocupación efectiva de las edificaciones y viviendas existentes en ellas, resultando totalmente absurdo que se tuviera que obtener la autorización de entrada en domicilio» a que se refiere el artículo 87.2 LOPJ, precepto referido exclusivamente a la ejecución forzosa de los actos de la Administración¹¹⁷.

Como es sabido, la Sala Primera del Tribunal Constitucional estima que hay contradicción entre la resolución de este caso y el de la Sentencia 22/1984. Por ello, de acuerdo con el artículo 13 LOTC, acuerda someter la cuestión a la consideración del Pleno, quién decide posteriormente, en virtud del artículo 10.k) LOTC, recabar para sí el conocimiento del recurso.

El Tribunal Constitucional estima que lo que se impugna en este caso no es la realización de un acto administrativo, sino la ejecución de las resoluciones judiciales que confirmaron la legalidad de la actuación administrativa¹¹⁸. En concreto señala el Tribunal que «una decisión de los órganos jurisdiccionales relativa a expropiación de viviendas (y más aún con el fin de construir un embalse, como se señala por los recurrentes) implica, sin duda, el desalojo de los en ella habitantes, y, por tanto, una ponderación de los intereses y derechos de éstos, incluidos, desde luego, los referentes al domicilio»¹¹⁹ y, desde un punto más general, que es el que aquí interesa, que «corresponde al Juez, según lo señalado, y de acuerdo con el artículo 18.2 CE, llevar a cabo la ponderación preventiva de los intereses en juego como garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Y una vez realizada tal ponderación, se ha cumplido el mandato constitucional»¹²⁰.

«En el presente caso [añade el Tribunal] no estamos, por tanto, ante una actividad de la Administración de ejecución forzosa de sus propios actos amparada en el privilegio de la denominada autotutela administrativa, sino ante la ejecución de resoluciones judiciales firmes

¹¹⁷ Extraído de BARCELONA LLOP, J.: *De la ejecución...*, pág. 185. *Vid.* el Antecedente 2.º de la Sentencia.

¹¹⁸ Sentencia TC 160/1991/8. Esta idea es confirmada en la Sentencia 174/1993/1, de 27 de mayo.

¹¹⁹ Sentencia TC 160/1991/8. *Vid.*, también, la Sentencia TC 126/1995/3.

¹²⁰ Sentencia TC 160/1991/9. Con anterioridad, tal interpretación del artículo 18.2 CE había sido avalada por ALEJANDRO NIETO GARCÍA, en *Las autorizaciones...*, pág. 315.

que autorizaron a la Administración a desalojar y derribar las viviendas expropiatorias conforme a Derecho. Se trata, pues, de ejecución de Sentencias —y no de actos administrativos—, que en principio corresponden al órgano que hubiere dictado el acto o disposición objeto del recurso (artículo 103 LJC-A), debiendo interpretar esta competencia, tal y como hemos declarado, no como la atribución de una potestad, sino como la concreción del deber de cumplir lo decidido por las Sentencias»¹²¹.

El Tribunal entiende, así, que la pretensión de los recurrentes, que coincide con la —a su propio juicio— errónea doctrina contenida en la Sentencia TC 22/1984, conllevaría lesionar el principio de cosa juzgada y convertiría la intervención judicial en un acto puramente ritual¹²².

Esta jurisprudencia se aplica, obvio es decirlo, a los supuestos en los que se da «una identidad absoluta entre el acto de ejecución material y su título habilitante que no necesita ni permite, siquiera, que se intercale ninguna actuación intermedia de individualización y que, por ello, hace innecesaria una nueva intervención judicial, que en este caso sí sería, sin duda, huera y carente de significado, pues ninguna garantía añadiría a la protección del derecho fundamental de que se trata»¹²³ o, si se prefiere, en otra expresión utilizada en la misma Sentencia, cuando una resolución judicial «dé lugar, por su naturaleza y contenido, a una entrada domiciliaria»¹²⁴. Sí que es necesaria la preceptiva autorización judicial cuando la Administración puede escoger entre diversas formas posibles de ejecutar la sentencia y acaba optando por una de ellas que implica realizar una entrada domiciliaria. Ello es así porque, en este último caso, la sentencia no preveía la entrada (y no se había dado, por ello, la necesaria resolución judicial a los efectos del artículo 18.2 CE).

¹²¹ Sentencia 160/1991/8. Alude a la doctrina constitucional mantenida en la Sentencia TC 67/1984/3.

¹²² La razón es que una Sentencia judicial firme no puede ser revisada sin contrariar «los más elementales principios de seguridad jurídica». Si no cabe la revisión de la Sentencia firme, el control judicial posterior devendría igualmente absurdo por consistir, inevitablemente, en una reiteración automática o mecánica (Sentencia TC 160/1991/9).

¹²³ Sentencia 160/1991/9.

¹²⁴ *Idem.* MERCEDES LAFUENTE BENACHES pone el ejemplo de que la sentencia impusiera a un administrado una sanción administrativa. La Administración podría, ante el impago por parte del administrado, optar por varias vías ejecutivas, como son el embargo de cuentas corrientes o el embargo de bienes muebles localizados en el domicilio del deudor. En este último caso, deberá solicitar el oportuno mandamiento judicial (en *Reflexiones...*, pág. 85). En este mismo sentido, FRANCISCO SANZ GANDASEGUI, en *La ejecución...*, pág. 151 y ANA MARÍA JUAN LOZANO, en *Invioabilidad...*, págs. 680-681.

En todo caso, la Sentencia 160/1991 ha superado algunos de los problemas planteados por la Sentencia 22/1984. Ha modificado, en concreto, en una primera aproximación, el papel del artículo 87.2 LOPJ, que ya no es aplicable para la ejecución de todo acto administrativo, sino sólo para la ejecución de los actos administrativos cuya legalidad no ha sido jurídicamente confirmada.

La razón es que, como el Tribunal señala, en el caso de que una resolución judicial haya confirmado la legalidad del acto administrativo y ponderado su incidencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, se han cumplido las garantías previstas en el artículo 18.2 CE. Más aún, el acto de ejecución no recaería ya sobre el acto administrativo, sino sobre la misma resolución judicial. Estaríamos, en puridad, en presencia de ejecución de resoluciones judiciales.

La doctrina parte, en todos los casos, de que la Sentencia TC 160/1991 supera la discutible jurisprudencia de la anterior 22/1984¹²⁵. Ello no impide que la Sentencia TC 160/1991 haya sido también, aunque en menor medida, criticada, como se verá en las siguientes líneas.

4.2. La nueva reacción doctrinal: la confirmación judicial de los actos administrativos

La práctica totalidad de los comentaristas de la Sentencia TC 160/1991 estiman que la sentencia contencioso-administrativa no altera, cuando es confirmatoria, la naturaleza administrativa del acto recurrido. Y ello porque la Sentencia es meramente declarativa. Existe ejecución de una resolución judicial, a juicio de los mismos autores, cuando la Sentencia contencioso-administrativa revoca el acto administrativo, ya que, en este caso, la Sentencia innova el ordenamiento jurídico.

Éste es, en síntesis, el primer y principal argumento esgrimido por Javier Barcelona Llop¹²⁶ y Mercedes Lafuente Benaches¹²⁷. Por su parte, Rogelio Gómez Guillamón, aunque estima dogmáticamente difícil de aceptar la idea de que la confirmación judicial altere la naturaleza de un acto administrativo en judicial¹²⁸, entiende que pretende,

¹²⁵ Vid., por todos, FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *El sistema...*, pág. 224.

¹²⁶ BARCELONA LLOP, J.: *De la ejecución...*, págs. 193 y 194.

¹²⁷ LAFUENTE BENACHES, M.: *Reflexiones...*, pág. 81.

¹²⁸ En *El artículo...*, pág. 83.

exclusivamente, dispensar de la intervención de otro Juez distinto al que revisó y confirmó el acto¹²⁹.

Por su parte, Javier Barcelona Llop afirma que, para superar la rigidez que ha caracterizado a la doctrina constitucional (que se muestra de forma paradigmática en la Sentencia TC 22/1984) bastaba que el Tribunal hubiera dicho que, en el caso de Riaño, existió autorización judicial, pero no era necesario convertir la ejecución forzosa de actos administrativos en ejecución de resoluciones judiciales. El Tribunal da este paso suplementario, a juicio del autor, para evitar el escollo del artículo 87.2 LOPJ que exige autorización judicial que autorice la ejecución de *actos administrativos*¹³⁰. Javier Barcelona Llop concluye su argumentación opinando que la solución no le parece correcta, pero que es la única posible si se pretende modificar el criterio vigente hasta el momento en la propia jurisprudencia constitucional¹³¹.

Lo que se cuestiona es, en definitiva, la naturaleza del acto administrativo que es posteriormente confirmado (es decir, declarado conforme a Derecho) por un Tribunal contencioso-administrativo. Esta cuestión, que imbrica sus raíces en un problema mucho más complejo, como es el de las relaciones entre la administración y los tribunales¹³², no es pacífica en la doctrina iuspublicista. Es cierto que los citados Javier Barcelona Llop y Mercedes Lafuente Benaches entienden que la confirmación judicial de la legalidad del acto administrativo no altera

¹²⁹ *Ibidem*, pág. 84. Sigue el autor advirtiendo que «darle otro alcance [diferente] conduciría a consecuencias distorsionantes y sin duda no queridas en el fallo» (*idem*).

¹³⁰ BARCELONA LLOP, J.: *De la ejecución...*, pág. 195 (el subrayado pertenece a este trabajo). Esto lleva al autor a realizar algunas propuestas de *lege ferenda* (*ibidem*, págs. 200-201).

¹³¹ *Idem*.

¹³² Es conveniente, quizás, recordar la viva polémica que en relación con la discrecionalidad de la administración y la actuación de la jurisdicción contencioso-administrativo divide a TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, de un lado, y a LUCIANO PAREJO ALFONSO y MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, de otro. El primero defiende, en línea con la obra de su maestro, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, la existencia de un control efectivo de los actos administrativos discrecionales por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa. LUCIANO PAREJO ALFONSO y MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN rechazan, por su parte, que los tribunales contencioso-administrativos puedan sustituir a la Administración. TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ ha fijado su posición en los siguientes trabajos: *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Madrid, 1991; «Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor», *REDA*, 76 (1992), págs. 511-531; «De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario», *REDA*, 80 (1993), págs. 577-612 y «¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?», *REDA*, 83 (1994), págs. 381-401. LUCIANO PAREJO ALFONSO mantiene su tesis en *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Madrid, 1993 y MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN lo hace, en la misma dirección, en *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid, 1994.

ni modifica la naturaleza administrativa del acto. Pero esta posición no es pacífica en la doctrina.

En efecto, Tomás Font i Llovet, en un clásico trabajo sobre la ejecución de sentencias contencioso-administrativas, se preguntaba, en 1985, si no podría interpretarse que la resolución judicial constitucionalmente exigida «*no hubiera de ser otra que la sentencia firme del juez contencioso que había declarado la legitimidad del acuerdo de demolición*» que implicaba la realización de la entrada domiciliaria¹³³. En la misma dirección, Lorenzo Plazas Arrimadas ha señalado que la emisión de mandamientos judiciales que autorizan actos administrativos son resoluciones judiciales por su autor y administrativas por su materia o contenido y que, desde esta perspectiva, «no pertenecen al Derecho administrativo, pues el cargo imprime carácter al acto»¹³⁴. Y es que, como reconoce la propia Mercedes Lafuente Benaches, «la polémica sobre la naturaleza jurídica de la ejecución de las decisiones jurisdiccionales no está zanjada. Mientras para un sector «hacer ejecutar lo juzgado» tiene una clara naturaleza jurisdiccional, como concreción del proceso declarativo que culmina en la sentencia, para otros, la actividad de ejecución de lo declarado en un fallo jurisdiccional tiene marcada naturaleza administrativa. Sin olvidar, claro está, que existen partidarios de posturas conciliadoras o eclécticas»¹³⁵.

El problema planteado, sin duda alguna de hondo calado, no puede ser sino esbozado en estas páginas. Intentar resolverlo exigiría examinar el papel de la Administración, así como su posición respecto de los tribunales contencioso-administrativos y, desde un punto de vista más general, examinar desde nuestra Constitución el principio de separación de poderes.

Es claro que el análisis de tales materias superan el objetivo de este trabajo. Ello explica, aunque quizás no justifique, que se traslade la cuestión (la naturaleza, administrativa o judicial, del acto administrativo judicialmente confirmado) a otro interrogante que puede llevarnos, quizás con menor dificultad, al mismo lugar. Tal interrogante puede formularse así: ¿La Sentencia que confirma la legalidad del acto administrativo obliga a la Administración a ejecutar tal acto?; o, planteado en términos negativos, ¿Puede negarse la Administración a ejecutar el acto administrativo que ha sido confirmado en sede judicial?

¹³³ En *La ejecución...*, págs. 141-142. El subrayado proviene de la obra citada.

¹³⁴ PLAZA ARRIMADAS, L.: *La inviolabilidad...*, pág. 698.

¹³⁵ En *Reflexiones...*, pág. 80.

La respuesta a este interrogante no puede ser otra que la de estimar que la Administración está obligada a cumplir, en principio¹³⁶, lo decidido en sede judicial. Es posible que, como se ha indicado doctrinalmente, además, la administración tenga el derecho a ejecutar la Sentencia favorable¹³⁷, pero es que en todo caso está obligada a hacerlo.

Ello queda meridianamente claro en la Sentencia TC 160/1991, en la que el Tribunal Constitucional señala que «se trata, pues, de ejecución de Sentencias —y no de actos administrativos—, que en principio corresponden al órgano que hubiere dictado el acto o disposición objeto del recurso (artículo 103 LJC-A), debiendo interpretar esta competencia, tal y como hemos declarado [en la Sentencia TC 67/1984/3¹³⁸], no como la atribución de una potestad, sino como la concreción del deber de cumplir lo decidido por las Sentencias».

Si se admite que la sentencia contencioso-administrativa que confirma la legalidad de un acto administrativo que exige la realización de una entrada domiciliaria obliga al órgano administrativo que lo dictó a ejecutarlo (artículo 103 LJ-CA), parece claro que no es necesario ni conveniente condicionar tal ejecución a otro órgano judicial (cuya intervención relativizaría, además, en su caso, el principio de cosa juzgada).

La segunda crítica realizada a la Sentencia TC 160/1991 es atinadamente aportada por Javier Barcelona Llop. Este autor duda que la sentencia confirmatoria de la legalidad del acto administrativo valore, caso por caso, la incidencia de su sentencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Esta duda se hace más intensa respecto de las posibles resoluciones (sentencias o autos de inadmisión) en los que no se entra en el fondo del asunto¹³⁹. De hecho, en esta misma dirección, Mercedes Lafuente Benaches estima que incluso en los casos en que la legalidad del acto administrativo se haya estable-

¹³⁶ Vid. el artículo 105 LJC-A.

¹³⁷ En este sentido, señalaba TOMÁS FONT I LLOVET que «la Administración se encontraría haciendo uso de su derecho fundamental a la ejecución de una sentencia favorable y ejerciendo, en consecuencia, la competencia que en tal sentido le atribuye el artículo 103 LJ [C-A]» (en *La ejecución...*, págs. 141-142; el subrayado pertenece al original).

¹³⁸ Sentencia TC 160/1991/8. Recuerda, también, esta jurisprudencia GÓMEZ GUILLAMÓN, R.: *El artículo...*, pág. 83. Sin embargo, deben tenerse en cuenta las afirmaciones realizadas por el propio Tribunal Constitucional en la Sentencia 137/1985/5, cuando señala que «la resolución del órgano de la Jurisdicción ordinaria no es otra cosa que un eslabón más en la cadena o sucesión de actuaciones integrantes del expediente» administrativo.

¹³⁹ En *De la ejecución forzosa...*, pág. 199. Vid., también, LAFUENTE BENACHES, M.: *Reflexiones...*, pág. 84.

cido en sentencia firme del orden contencioso-administrativo, tiene sentido que exista una autorización judicial que pondere, en concreto, los derechos y libertades afectados por la ejecución del acto, la regularidad del procedimiento de ejecución y, en su caso, la proporcionalidad e idoneidad del medio de ejecución forzosa empleado por la Administración para dar cumplimiento al acto¹⁴⁰.

Esta segunda crítica parte, a juicio del autor de estas líneas, de un, al menos, discutible entendimiento de la exigencia de la resolución judicial constitucionalmente prevista en el artículo 18.2 CE. La Constitución no exige, como ya se ha señalado en páginas anteriores, que toda entrada se vea precedida por la correspondiente autorización judicial (expresada en un auto judicial y que sirva para superar la negativa del titular del domicilio); se limita a exigir, por el contrario, la existencia de una previa resolución judicial que la contemple¹⁴¹.

Esta idea es, precisamente, la que el Tribunal Constitucional desarrolla en la Sentencia 160/1991. Es posible, así, realizar una lectura de esta Sentencia del Tribunal Constitucional que sirva para describir y sistematizar la exigencia constitucional de la resolución judicial. A esta tarea se dedican, precisamente, las siguientes líneas.

4.3. La resolución judicial constitucionalmente exigida

Interesa ahora, como objetivo más cercano, destacar la adecuada construcción que el Tribunal Constitucional realiza en la Sentencia 160/1991 respecto de la más discutible doctrina contenida en la Sentencia TC 22/1984. En efecto, se ha visto en páginas anteriores, como lo que la Sentencia 22/1984 exige es que toda entrada domiciliaria vaya precedida de la oportuna autorización judicial, es decir, de una específica resolución judicial que supere la negativa del titular del domicilio relacionada con la (necesaria) entrada domiciliaria, y que se expresa, en la práctica, mediante autos judiciales. La idea es que el Juez ordena la realización material de la entrada.

Nuestra Constitución no exige que toda entrada domiciliaria se justifique en una autorización judicial; impone, simplemente, la exis-

¹⁴⁰ En *Reflexiones...*, pág. 84.

¹⁴¹ Obvio es señalar que, esa resolución habrá de ponderar, en los términos señalados en el siguiente epígrafe de este capítulo, el impacto de la medida, en su caso administrativa, sobre el derecho fundamental afectado.

tencia de una resolución judicial que la presuponga¹⁴². Así, por ejemplo, la Sentencia que confirma la legalidad del acto administrativo de derribo de una vivienda, es una resolución judicial en la que se debe haber ponderado la afectación del derecho reconocido en el artículo 18.2 CE de los habitantes de tales viviendas, y es título suficiente para que se ejecute. Con esta resolución, la Administración Pública puede (y debe) ejecutar su fallo, sin que le sea necesario —como al particular— solicitar auxilio judicial para ello.

La interpretación contenida en la Sentencia TC 160/1991 produce, respecto de las afirmaciones anteriormente reseñadas en este trabajo, dos paradojas que pueden ser puestas de manifiesto. En primer lugar, como se recordará, en el proceso de elaboración del vigente artículo 18.2 CE se mantuvo que la fórmula *resolución judicial* era más garantista que la que aludía a la del *mandamiento*. Tal idea era, quizás, como ya se ha apuntado, errada. La resolución judicial, como categoría más amplia respecto a la del mandamiento, se puede contener en sentencias materiales y, por supuesto, en autos de entrada. La opción por la fórmula resolución judicial permite, en definitiva, un mayor número de intervenciones judiciales en la inviolabilidad del domicilio.

La segunda paradoja se conecta con la doctrina sentada en la analizada Sentencia 22/1984. Esta última Sentencia, que constató la violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio, hacía notar que el ordenamiento jurídico no ofrecía ninguna vía para que la Administración solicitara la oportuna resolución judicial de entrada¹⁴³. Consecuencia de esta Sentencia es el artículo 87.2 LOPJ, aprobado mediante la LO 6/1985, que establece que la Administración deberá solicitar ante el Juzgado de Instrucción la autorización de las entradas que se consideren necesarias para la ejecución de actos administrativos, y que ha sido declarado constitucional en la Sentencia TC 76/1992¹⁴⁴. Pues

¹⁴² Que la noción de resolución judicial es más amplia que la de mandamiento u orden ha sido constatado, también, por ALEJANDRO NIETO GARCÍA, en *Actos...*, pág. 33.

¹⁴³ Sentencia 22/1984/9.

¹⁴⁴ Ya con anterioridad ROGELIO GÓMEZ GUILLAMÓN había defendido la constitucionalidad del artículo 87.2 LOPJ (en *El artículo...*, pág. 76, nota 5). Es conveniente señalar también que pese a que algunas disposiciones afirman que los órganos judiciales *autorizarán* o *deberán autorizar* (viejos artículos 130 LGT y 103 RGR, ambos derogados), éstos pueden, obviamente, conceder o denegar la autorización judicial ante ellos solicitada.

En la misma Sentencia, el Tribunal considera inconstitucional el artículo 130 LGT (en la redacción que recibió de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre), por haberse incluido en una Ley de Presupuestos (Sentencia 76/1992/4; discrepa, mediante un Voto Particular, el Magistrado LUIS LÓPEZ GUERRA). La Sentencia ha sido comentada, en este punto, por CAYÓN GALIARDO, A.: «Declaración de inconstitucionalidad del artículo 130 de la Ley

bien, en la Sentencia de Riaño, en la que la vía procesal exigida por el propio Tribunal en su Sentencia de 1984, existía, se indica que, al menos en los casos en que ha actuado la jurisdicción contencioso-administrativa, no es necesario utilizarla.

La doctrina constitucional contenida en la Sentencia 160/1991 conlleva también la aceptación de algunos corolarios lógicos.

El primero de ellos es entender que todos los jueces y tribunales son potenciales garantes del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio; o, expresado en otros términos, que los jueces y tribunales deben garantizar, también en su función jurisdiccional, el derecho a la inviolabilidad del domicilio. En efecto, el Tribunal civil que dicta una Sentencia de desahucio debe valorar las consecuencias que se derivan respecto de la inviolabilidad del domicilio del demandado. En realidad, las funciones jurisdiccional (artículo 117.3 CE) y de garantía de derechos (artículo 117.4 CE) no constituyen compartimentos estancos en la actuación de juzgados y tribunales, sino funciones interdependientes, más aún cuando se refieren en particular a los derechos fundamentales. Por ello puede afirmarse que los juzgados y tribunales garantizan también la inviolabilidad del domicilio en el marco de su función jurisdiccional.

Cuando la Constitución autoriza a que, mediante ley, se atribuyan a jueces y tribunales otras funciones para garantizar derechos (artículo 117.4 CE), lo que se pretende es la creación de vías que, fuera de las procedimentales ordinarias, permitan a los jueces y tribunales garantizar determinados derechos. Así, en relación con la inviolabilidad del domicilio, el artículo 87.2 LOPJ establece una vía para que la Administración solicite ante los Juzgados de Instrucción la oportuna autorización para la realización de actos administrativos. Cuando tal Juzgado emite, en virtud de este precepto legal, un mandamiento de entrada actúa como garante del derecho fundamental. Pero en la misma medida actúa como garante del derecho el tribunal que, en su función jurisdiccional, dicta una Sentencia que contempla la realización de una entrada domiciliaria. Y ello es así, debe reiterarse una vez más,

General Tributaria (aspectos más importantes)», *RTT*, 17 (1992) y JUAN LOZANO, A. M.^a: *Inviolabilidad... Vid.*, en relación con la categorización jurídica de la Ley de Presupuestos, entre otros muchos, ALBIÑANA GARCÍA QUINTANA, C.: «Comentario al artículo 134 de la Constitución», en ALZAGA VILLAAMIL, Ó. (dir.): *Comentarios a las Leyes políticas*, tomo X. Madrid, 1985, págs. 259-306; MENÉNDEZ MORENO, A.: *La configuración constitucional de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado*. Valladolid, 1988; ESCRIBANO LÓPEZ, F.: *Presupuesto del Estado y Constitución*. Madrid, 1981; y GONZÁLEZ GARCÍA, E.: «La Ley de Presupuestos en la Constitución española de 1978», *PGP*, 3 (1979), págs. 125-139.

porque nos encontramos en presencia de la resolución judicial que la Constitución exige para poder limitar (o, en su caso, delimitar) el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

La segunda consecuencia que se deriva de la idea de que cualquier resolución judicial puede limitar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, y no sólo los mandamientos judiciales de entrada, es que no puede atribuirse el papel de garante del derecho a ningún órgano judicial concreto. Son jueces y tribunales de la inviolabilidad del domicilio todos aquellos que pueden dictar resoluciones judiciales que impliquen entradas domiciliarias, ya sean del orden civil, penal, laboral o contencioso-administrativo¹⁴⁵.

De hecho, es constante la jurisprudencia constitucional que indica que el juez penal no es, en exclusiva, el juez de la inviolabilidad del domicilio. Ya en la tantas veces citada Sentencia TC 22/1984, el Tribunal Constitucional señala que «hay que dejar claro que el Juez a quien se confiere la protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio no es necesariamente el Juez penal encargado de una instrucción sumarial [...]. Nada permite inferir que ningún orden jurisdiccional —fuera del Juez penal— puede intervenir cuando se le solicite la autorización para la entrada en el domicilio de una persona»¹⁴⁶. Posteriormente, el Tribunal, tras reiterar expresamente esta doctrina, indica que, con la misma, «se está dando a entender que también pueden ser competentes, por ejemplo, los Jueces civiles, concretamente, en aquellos supuestos en los que no exista relación directa entre la necesidad de obtener dicha autorización y la persecución de un delito»¹⁴⁷.

Es cierto que en determinados supuestos será preciso obtener el auxilio judicial para realizar una entrada domiciliaria. Éste es el caso del arrendador, cuya acción de desahucio haya prosperado frente al arrendatario, que se encuentre con que éste se niega a ejecutar la sentencia de desahucio. El arrendador deberá acudir ante el órgano judicial para obtener el abandono efectivo de la vivienda por parte del arrendatario; es decir, el lanzamiento. Pero esta nueva actuación judicial nada tiene que ver con la garantía de la inviolabilidad del domicilio, que ya quedó afectada por la sentencia de desahucio, sino que se justifica en que el demandante carece de poder para ejecutar la sentencia por sí solo. El auto judicial que prevé el lanzamiento únicam-

¹⁴⁵ El Tribunal Constitucional parece secundar esta idea en los Autos 322/1984/3 y 272/1985/3.

¹⁴⁶ Sentencia 22/1984/3.

¹⁴⁷ Auto TC 272/1985/3.

mente presta al arrendador el respaldo físico necesario, la fuerza coactiva, para ejecutar la sentencia¹⁴⁸.

La tercera y última consecuencia que se deriva de la doctrina contenida en la Sentencia 160/1991 es que no debe concebirse la resolución judicial como un remedio para superar la negativa del morador respecto de la entrada. En este sentido, debe recordarse el Auto TC 129/1990, que inadmite un recurso de amparo sobre una inspección tributaria, autorizada judicialmente en virtud de los artículos 141.2 LGT y 39.3 RGIT. El recurrente alegaba que no había sido requerido previamente a que se produjera la entrada y que la Administración solamente podía solicitar y, en su caso, obtener el correspondiente mandamiento judicial que autorizara la entrada domiciliaria en caso de que existiera negativa del morador a la realización de la inspección.

El Tribunal recuerda como el consentimiento del titular del domicilio y la resolución judicial son dos títulos que permiten realizar entradas domiciliarias¹⁴⁹. Añade, a continuación, que el primer título habilitante citado (el consentimiento) es más débil que el segundo (la resolución judicial), pues ésta prevalece ante la falta de aquél¹⁵⁰. Pero de esta afirmación no se puede colegir que la resolución judicial sea un título habilitante subsidiario respecto del título del consentimiento¹⁵¹. De ser así, «el propio texto constitucional habría modulado de algún modo la eficacia habilitante de la autorización judicial o, al menos, no se la habría atribuido, como se sigue de la fórmula alterna-

¹⁴⁸ Este matiz no es, quizás, enteramente apreciado por el Tribunal Constitucional en su Auto 328/1982/1, de 27 de octubre. En él, el Tribunal afirma que, «en cuanto al artículo 18 sobre el que nada alega el recurrente, la supuesta vulneración parece referirse a su apartado segundo que consagra la inviolabilidad del domicilio y que sería vulnerado por el lanzamiento en ejecución de la Sentencia de desahucio; pero del mismo texto constitucional se deduce que no existe violación del domicilio cuando la entrada en él se realiza en virtud de resolución judicial, como ocurre en el presente caso». El Tribunal podría haber señalado que el derecho fundamental se vio ya afectado por la Sentencia de desahucio, constituyendo el acto de lanzamiento un mero acto de ejecución de aquella Sentencia.

¹⁴⁹ Auto TC 129/1990/3.

¹⁵⁰ *Idem*. En esta misma línea, debe recordarse como ERNESTO PEDRAZ PEÑALVA ha señalado que la resolución judicial supone un mecanismo de carácter preventivo e incondicionado (subjetivo, ya que vincula a particulares y poderes públicos, y objetivo, salvo el caso de flagrante delito), en *El registro...*, pág. 207. También ÓSCAR ALZAGA VILLAAMIL señala que es un título habilitante imperativo (en *Comentario...*, pág. 238).

¹⁵¹ Sí lo estiman subsidiario LORENZO PLAZA ARRIMADAS, en *La inviolabilidad...*, pág. 690 y ÁNGEL L. ALONSO DE ANTONIO, en *El derecho...*, pág. 116.

tiva que el artículo 18.2 utiliza, en idéntico grado en que se la ha atribuido al consentimiento del titular del domicilio»¹⁵².

La conclusión de todo lo analizado es que la Constitución española se limita a señalar que la inviolabilidad del domicilio puede ser limitada mediante resolución judicial. Como se ha visto, esta forma de concebir el derecho, que se muestra en la citada Sentencia 160/1991 es más correcta. Y ello por varias razones.

En primer lugar, porque flexibiliza el, por lo demás, riguroso, en expresión del Tribunal Constitucional, régimen constitucional español de la inviolabilidad del domicilio. Tal flexibilización, debe hacerse hincapié en ello, no es un fin deseado, sino una realidad que deriva de la propia redacción del artículo 18.2 CE¹⁵³.

En segundo lugar, tal entendimiento de las relaciones entre poder judicial e inviolabilidad del domicilio es más coherente con la restante jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, como se ha visto anteriormente, admite que el derecho fundamental recogido en el artículo 18.2 CE pueda verse afectado por la jurisdicción civil (Autos 322/1984/3b, de 30 de mayo y 272/1985/3) o contencioso-administrativa (Sentencia 160/1991/8), entre otras¹⁵⁴.

En tercer lugar, esta forma de concebir supera lo que, siguiendo la doctrina contenida en la Sentencia 22/1984, es un problema irresoluble: el respeto del principio de cosa juzgada. En efecto, la solicitud de autorización judicial de entrada ante el órgano judicial basada en una sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, hace que la actuación de tal órgano judicial sea (tenga que ser por la fuerza de cosa juzgada) meramente ritualaria, formal (lo que supone que no hay en tal actividad garantía alguna). En esta misma línea, se puede añadir que la solución propuesta es más respetuosa con el principio de economía

¹⁵² Auto TC 129/1990/6. También alude al carácter alternativo de la formulación contenida en el artículo 18.2 de la Constitución la Sentencia TS Ar. 1993/8139/1. El Tribunal Constitucional insiste en la idea de que no es requisito previo a la emisión de la resolución judicial limitadora del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio el trámite de audiencia en relación con el morador o la negativa previa de éste en relación con la entrada, en su Auto 85/1992/2. JESÚS E. PECES MORATE critica que el Tribunal no exija en el procedimiento del artículo 87.2 LOPJ la notificación y audiencia del afectado por la medida (en *La entrada...*, pág. 51).

¹⁵³ Ya advierte JAVIER BARCELONA LLOP que el artículo 18.2 CE no es tan rígido como se le supone (en *Ejecutividad...*, pág. 476).

¹⁵⁴ En el plano doctrinal, CHACÓN ORTEGA, L.: *La ejecución...*, pág. 1727. En el mismo sentido, vid. ÁLVAREZ-LINERA Y URÍA, C.: *La autorización...*, pág. 1039; SUÁREZ ROBLEDANO, J. M.: *La salvaguarda...*, pág. 1684 y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.: *Proporcionalidad...*, pág. 113.

procesal¹⁵⁵, que hace absurdo establecer una actuación judicial carente de contenido.

Todas las consideraciones que se han realizado en páginas anteriores permiten concluir que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio puede verse afectado por resoluciones judiciales. Ahora bien, tales resoluciones deben respetar, ello es obvio, el principio de proporcionalidad, en los términos que a continuación se indican.

5. RESOLUCIÓN JUDICIAL Y PROPORCIONALIDAD EN LA INTERVENCIÓN JUDICIAL

Como ya se ha indicado anteriormente, la intervención judicial debe respetar determinados requisitos en su actividad relacionada con la inviolabilidad del domicilio.

Algunos de estos requisitos, que aquí no van a ser analizados, se justifican en que la autorización de entrada y/o registro, expresada habitualmente mediante auto judicial, o la sentencia que permite la entrada, son resoluciones judiciales. Las resoluciones judiciales deben cumplir, para producir efectos válidos, requisitos formales y materiales, como son su mera existencia¹⁵⁶, haberse firmado por autoridad judicial¹⁵⁷ o la motivación que deben expresar¹⁵⁸. Tales requisitos no

¹⁵⁵ Vid. LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, pág. 77.

¹⁵⁶ Vid. las Sentencias TS Ar. 1992/10012/1; 1992/9928/3; 1991/7355/4; 1991/7355/4 y 1991/7355/4, y, muy especialmente, 1994/7082/1, entre otras.

El Tribunal Supremo adopta un criterio más discutible en su Sentencia Ar. 1993/0213/1, cuando considera que las pruebas indirectas de la existencia del auto provocan una mera nulidad en la diligencia de entrada y registro, admitiendo el testimonio de los testigos que en él participaron. Tal solución es criticable porque, como el mismo Tribunal señala, «no puede constatarse si estaba suficientemente fundado y tenía todas las previsiones legalmente establecidas» (*idem*). Ello hubiera debido provocar la nulidad radical de la diligencia (pese a que una de las procesadas hubiera reconocido la existencia de la droga, como se desprende del Considerando 3 de la Sentencia). Más rigurosa es la Sentencia TS Ar. 1991/8048/4, en la que se señala que «en el mandamiento judicial, referido a la solicitud cursada e identificada como la número 6481 (número del oficio de petición cursado por la Policía), se omitió, por parte del Juzgado, el nombre y apellidos del acusado, con lo cual vino a faltar el requisito más esencial y básico, porque no hubo tal mandamiento para la entrada y registro».

¹⁵⁷ Sentencia TS Ar. 1993/1895/1.

¹⁵⁸ Como es sabido, el Tribunal Constitucional español ha integrado la motivación de sentencias (artículo 120 CE) en el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). (*Vid.*, por ejemplo, la Sentencia TC 13/1987/3, de 5 de febrero. *Vid.*, también, la Sentencia TS Ar. 1995/3620/3). Ahora bien, el Tribunal ha estimado constitucional —y

se establecen como garantía del derecho fundamental en examen, sino que tienen su origen en la naturaleza jurídica de las mismas resoluciones judiciales. El Tribunal Supremo ha señalado, en esta línea de argumentación, que «la diligencia procesal de entrada y registro debe cumplir una serie de requisitos formales, cuya ausencia determinará la irregularidad e incluso la falta del valor probatorio que la Ley anuda genéricamente a tal diligencia, al tratarse de un acto procesal viciado»¹⁵⁹. Por ello, es necesario remitir esta cuestión, en principio, a la doctrina procesal.

Sí que debe analizarse en este trabajo, por el contrario, un requisito específico de las resoluciones judiciales (autos o sentencias) que, proviniendo del órgano judicial que sea, afectan al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en particular y a los derechos fundamentales en general: la proporcionalidad.

La proporcionalidad es, como se ha señalado en el primer capítulo de esta parte del trabajo, la auténtica clave de bóveda para entender la tensa, pero a la vez inescindible relación existente entre los derechos fundamentales (en lo que a este trabajo interesa, la inviolabilidad del domicilio) y la cláusula del orden público constitucional¹⁶⁰.

El referirnos a la proporcionalidad nos permite reiterar, una vez más, la posición nuclear que ocupan jueces y tribunales respecto de determinados derechos fundamentales, como es la inviolabilidad del domicilio. Tal *test* de proporcionalidad, que en la actualidad, como ya se ha indicado, es el utilizado respecto de los derechos fundamentales, tiene, respecto de la inviolabilidad del domicilio, dos vertientes.

La primera se refiere al enjuiciamiento de las normas que limitan el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio.

tal admisión debe extenderse a supuestos donde se cuestione la inviolabilidad del domicilio— que tal motivación sea escueta y concentrada o que se realice por remisión (entre otros, *vid.* los Autos TC 688/1986/3, de 10 de septiembre y 998/1987/2, de 16 de septiembre), aunque no la inexistente (Sentencias TC 61/1983/3c, de 11 de julio, 116/1986/5, de 8 de octubre o 232/1992/2, de 14 de diciembre, entre otras muchas).

La motivación es necesaria porque, de un lado, dota de racionalidad a la decisión judicial y de otro, hace posible el control de la actuación de los Juzgados y Tribunales a través del sistema de recursos ante instancias superiores (*vid.*, por todas, la Sentencia TC 146/1995/2, de 16 de octubre). La motivación de las resoluciones judiciales está generando un número creciente de asuntos que deben ser resueltos por el Tribunal Constitucional (*vid.*, así, las recientes Sentencias TC 41/1996/10, de 12 de marzo; 14/1996/3, de 29 de enero; 96/1995/2, de 19 de junio; 91/1995/5, de 19 de junio y 100/1987/4, de 12 de junio, entre otras).

¹⁵⁹ Sentencia TS Ar. 1993/0213/1.

¹⁶⁰ *Id.*, sobre la aplicación del control de proporcionalidad a los derechos fundamentales, PHILIPPE, X.: *Le contrôle...*, pág. 105.

De un lado, respecto de las normas con fuerza de ley que limitan los derechos fundamentales. Como ya se ha indicado, jueces y tribunales participan en el control de constitucionalidad de las leyes (y, en sentido más amplio, de las normas con fuerza de ley) a través, especialmente, de la cuestión de inconstitucionalidad. Debe además tenerse en cuenta que las restricciones de los derechos fundamentales deben estar, en principio¹⁶¹, legalmente previstas¹⁶². Pueden utilizar esta vía cuando estimen que una concreta regulación con fuerza de ley que limita la inviolabilidad del domicilio desconoce el derecho fundamental por ser desproporcionada. En relación con la inviolabilidad del domicilio, las Sentencias TC 76/1992 y 341/1993, de 18 de noviembre, que examinan la constitucionalidad de los artículos 130 LGT, 87.2 LOPJ y 21.2 LOPSC tienen su origen en una o varias cuestiones de inconstitucionalidad¹⁶³.

De otro, el Juez puede controlar él mismo las normas reglamentarias que limitan la inviolabilidad del domicilio. Es conveniente recordar en este sentido que en 1985 se dictó —en cierta medida como una respuesta a la Sentencia TC 22/1984¹⁶⁴— el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales¹⁶⁵, donde se incluye, al menos¹⁶⁶, una disposición que puede considerarse contraria al derecho fundamental recogido

¹⁶¹ Puesto que, como ya se ha indicado en las primeras páginas de la segunda parte de esta investigación, es posible que, en ocasiones, sea lícito limitar fácticamente un derecho fundamental para preservar el orden público constitucional.

¹⁶² Auto TC 85/1992/3. En la misma línea, la relevante Sentencia TS 1992/6102/1.

¹⁶³ En concreto, la Sentencia TC 76/1992, que declara la inconstitucionalidad del artículo 130 LGT (en la redacción de la Ley de Presupuestos para 1988) examina la validez de éste precepto y del artículo 87.2 LOPJ, como consecuencia de una cuestión de inconstitucionalidad referida a cada artículo. *Vid.*, en relación con la citada Sentencia, LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, J. F.: *El juez...* La Sentencia TC 341/1993, que declara inconstitucional el artículo 21.2 LOPSC, tiene su origen en tres recursos de inconstitucionalidad —uno de ellos extemporáneo— y dos cuestiones de inconstitucionalidad. Asimismo, la Sentencia TC 387/1993, de 20 de diciembre tiene su origen en la Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 1845/1993, promovida por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en relación con el artículo 21.2 LOPSC, por presunta vulneración de los artículos 14 y 18.2 CE.

¹⁶⁴ NIETO GARCÍA, A.: *Actos...*, pág. 57. Este autor alude, también, al artículo 122 RBEL (*idem*).

¹⁶⁵ Aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (*BOE* núm. 161, de 7 de julio de 1986).

¹⁶⁶ También presenta vicios de inconstitucionalidad por los mismos motivos el artículo 122 RBEL, que señala que «La competencia y el procedimiento para disponer el desahucio, fijar la indemnización y llevar a cabo el lanzamiento tendrán carácter administrativo y sumario, y la competencia exclusiva de las Corporaciones Locales impedirá la intervención de otros Organismos que no fueren los previstos en el presente título, así como la admisión de acciones o recursos por los Tribunales ordinarios excepto en los supuestos previstos en la Ley de Expropiación forzosas».

en el artículo 18.2 CE. Es el artículo 130 RBEL que dispone, en su apartado tercero, que «el día fijado para el lanzamiento la Corporación lo ejecutará *por sus propios medios* a cuyo efecto *bastará* la orden escrita del Presidente [de la Corporación], de la que se integrará copia al interesado»¹⁶⁷. Si la primera parte del texto permitiría realizar una lectura constitucionalmente adecuada¹⁶⁸, entendiendo que los propios medios son los contenidos en el artículo 87.2 LOPJ, la segunda parte (*bastará...*) hace muy difícil ajustar este precepto a lo contenido en el artículo 18.2 CE.

La segunda vertiente de la proporcionalidad que los jueces y tribunales aseguran es la adecuación del supuesto de hecho a la norma legal, y su relación con la constitucional. A estos efectos es posible distinguir, en principio, tres categorías diferentes de entradas que deben ser ponderadas por el juez o tribunal: *a*) las entradas incardinadas en el procedimiento criminal (especialmente, de entrada y registro), *b*) las resoluciones de fondo que implican la realización de entradas domiciliarias, y, en fin, *c*) las entradas realizadas para la ejecución de actos administrativos¹⁶⁹ (en sentido lato, incluyendo tanto la ejecución forzosa de actos administrativos *stricto sensu*, como los actos administrativos de inspección y recaudación, como son los de carácter tributario).

Las entradas realizadas en el curso de un procedimiento penal son normalmente dictadas por el juez o tribunal que conociere de la causa¹⁷⁰, cuando existan indicios de encontrar en tales locales al procesado o efectos o instrumentos del delito o que puedan servir para su

¹⁶⁷ El subrayado pertenece a este trabajo.

¹⁶⁸ Si que se puede hacer una lectura constitucional del artículo 59 REF, que indica que, en el caso de que «alguien opusiere resistencia a la ocupación acordada, el beneficiario se dirigirá al Gobernador civil de la provincia, quien, después de cerciorarse de que han sido cumplidos los trámites de la Ley, le prestará el auxilio de la fuerza pública para efectuar el lanzamiento y ocupación, sin perjuicio de las responsabilidades penales exigibles». La razón es que el Gobernador debe cerciorarse del cumplimiento de los trámites y, entre éstos, el recogido en el artículo 87.2 LOPJ y exigido por el artículo 18.2 CE.

¹⁶⁹ Ya en el Auto TC 258/1990/2b el Tribunal Constitucional afirma que es posible diferenciar, en materia de recursos y notificaciones, las autorizaciones judiciales de entrada dictadas para la ejecución de actos administrativos (artículo 87.2 LOPJ) y las acordadas para la realización de entradas y registros (artículo 545 y ss. LECr).

¹⁷⁰ Es también posible, como señala y justifica ampliamente la Sentencia TS Ar. 1995/3901/1, que el órgano judicial dicte el auto de entrada y registro en el marco de unas diligencias preliminares o previas. *Vid.*, también, las Sentencias TS Ar. 1995/8314/4 y la jurisprudencia en esta citada, 1995/7699/2, 1995/3907/3.b y 1993/9473/2. Se ha indicado, en otras ocasiones, que la motivación de tales autos solamente pueden basarse en dos extremos: el *periculum in mora* (urgencia) y el *fumus boni iuris* (sospecha objetada) (Sentencias TS Ar. 1995/7699/2 y 1995/3907/3.b).

descubrimiento y comprobación (artículo 546 LECr)¹⁷¹. Se dictan en todo caso mediante una determinada categoría de resoluciones judiciales: los autos judiciales¹⁷².

Las siguientes líneas van a tratar de examinar cómo se expresa la exigencia constitucional de proporcionalidad en la intervención judicial en este tipo de procedimientos¹⁷³. Para ello, es aconsejable utilizar la jurisprudencia como principal elemento de estudio¹⁷⁴.

Parece evidente que debe examinarse, en primer lugar, la intervención judicial que se expresa en el auto judicial. En este punto será preciso establecer qué elementos necesarios deben ser contenidos en el auto para que éste sea válido; entre ellos, especialmente, el de la motivación. Junto a ello, deberá examinarse si determinadas carencias del mismo auto judicial (por ejemplo, errores materiales en la determinación del domicilio a registrar o de su titular) invalidan o no éste.

Debe comenzarse recordando que el artículo 550 LECr indica que el Juez instructor puede ordenar la entrada y registro de día o de noche¹⁷⁵, si la urgencia lo hiciera necesario, en el domicilio de cualquier residente en España¹⁷⁶ (ya sea español o extranjero), mediante auto motivado. Se ha indicado, en ocasiones, que el auto judicial de entrada y registro es motivado porque así lo impone el citado artículo 550 LECr y esto no es enteramente correcto¹⁷⁷. El auto judicial de entrada debe ser, respecto de la inviolabilidad del domicilio en particular y de los derechos fundamentales, en general, motivado porque, entre otras cosas, debe resultar de una intervención proporcional sobre el derecho.

¹⁷¹ Vid. las Sentencias TC 1/1985, de 9 de enero y 290/1994, de 27 de octubre.

¹⁷² Sobre los posibles contenidos materiales de los autos, *vid.* el artículo 369 LECi. El artículo 371 del mismo cuerpo legal señala que los autos deben ser fundados tanto en los resultados como en los considerandos.

¹⁷³ Exigencias que deben respetarse en los registros realizados en el extranjero (Sentencias TS Ar. 1995/1891/1 y, especialmente, 1995/8940/1).

¹⁷⁴ En el plano doctrinal, *vid.*, por todos, PEDRAZ PENALVA, E.: *El registro...*, y GÓMEZ COLOMER, J.-L.: «Concreciones en torno al registro domiciliario en el proceso penal español», *RDPro*, 3 (1993).

¹⁷⁵ Si se demuestra la incompetencia territorial del Juzgado que acordó el auto de entrada y registro, no será anulado, por el principio de conservación de las diligencias necesarias para la comprobación del delito y de reconocida urgencia (al que alude el artículo 22 LECr). *Vid.* las Sentencias TS Ar. 1995/9033/1 y 1995/3907/3a.

¹⁷⁶ Sobre la noción procesal de domicilio, recogida en el artículo 554.2 LECr, *vid.*, el capítulo de este mismo trabajo dedicado al análisis de la noción constitucional de domicilio.

¹⁷⁷ Auto TC 129/1990/5. *Vid.*, en el plano doctrinal, GONZÁLEZ-TREVIANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, pág. 186.

Tal proporcionalidad supone, inevitablemente, entre otras cosas, la expresión de la argumentación judicial que justifique la intervención en el derecho fundamental en examen¹⁷⁸.

Es preciso recordar, de nuevo, que el Tribunal Constitucional español integra la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales (artículo 120 CE) en el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE)¹⁷⁹. Como es sabido, el Tribunal estima posible que la motivación sea escueta o concentrada¹⁸⁰, o que se realice por remisión¹⁸¹, pero no la inexistente¹⁸².

La jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada en relación con las diligencias de entrada y registro aplica estos criterios (extendiéndolos, así, a la motivación de los autos, en virtud de los artículos 248.2 LOPJ, 141 y 550 LECr). Ello le lleva a constatar la legitimidad de la motivación parca¹⁸³, concisa¹⁸⁴ o escueta¹⁸⁵.

Son más discutibles otros criterios que el Tribunal Supremo utiliza para determinar la existencia de motivación judicial. Así, en primer lugar, la idea de que la simple alusión a un delito¹⁸⁶ o a la gravedad del mismo¹⁸⁷ encierra una motivación no deja de ser sorprendente.

¹⁷⁸ El Tribunal Constitucional señaló ya en su Sentencia 26/1981/14, de 17 de julio, que «la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos». *Vid.*, también las Sentencias TC 62/1982/2 (JIMÉNEZ CAMPO, J.: *La garantía...*, pág. 66) y 181/1995/5.

¹⁷⁹ Sentencia TC 49/1996/3B, de 26 de marzo.

¹⁸⁰ Sentencias TC 13/1987/3, 184/1988, de 13 de octubre, 24/1990/4, 25/1990/5, de 19 de febrero y, especialmente, TS Ar. 1995/4486/4. Por su parte la Sentencia TS Ar. 1995/3620/4 aplica a la motivación los criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad.

¹⁸¹ Autos TC 688/1986/3 y 988/1987/2. El propio Tribunal Constitucional acude, cada vez con más frecuencia, a la utilización de la fundamentación por remisión expresa (Sentencias TC 89/1996/ún., de 23 de mayo; 88/1996/4, de 23 de mayo; 13/1996/ún., de 29 de enero; 7/1996/ún., de 18 de enero y 2/1996/ún., de 15 de enero, entre otras; en relación con las Sentencias TC 76/1996/7, de 30 de abril; 55/1996/3y4; 191/1995, de 18 de diciembre; 197/1995, de 21 de diciembre y 48/1995, de 14 de febrero, respectivamente).

¹⁸² Sentencias TC 61/1983/3c, 116/1986/5, 232/1992/2 o 181/1995/6, de 11 de diciembre. *Vid.*, también, las Sentencias TC 14/1991, de 28 de enero, 122/1991, de 3 de junio, 199/1991, de 28 de octubre, 27/1992, de 9 de marzo, 159/1992, de 26 de octubre y 175/1992, de 2 de noviembre.

¹⁸³ En la Sentencias TS Ar. 1994/7637/3, Ar. 1993/7793/3 (que alude a la TC 14/1991) y TS Ar. 1994/8982/2.

¹⁸⁴ Sentencia TS Ar. 1993/5872/4.

¹⁸⁵ Sentencias TS Ar. 1995/5436/2, 1994/8975/1 y 1993/3176/6. En la Sentencia TS Ar. 1995/3901/1, se califica la motivación del auto impugnado como escueta o lacónica, y en la Ar. 1995/1801/4, de escueta por haberse remitido al escrito policial.

¹⁸⁶ Sentencia TS Ar. 1994/3925/2 y Auto TS Ar. 1994/7236/1.

¹⁸⁷ Sentencias TS Ar. 1995/3901/1; 1995/2266/1d; 1994/6263/2 y 1994/5567/3.

Igualmente sorprendente es que el Tribunal Supremo justifique la corrección del auto judicial en la idea de que el registro efectivamente realizado fue positivo¹⁸⁸. Y ello es así porque, como el mismo Tribunal Supremo (en consonancia con el Tribunal Constitucional) ha mantenido, la motivación permite controlar la actividad jurisdiccional y convencer a la partes intervinientes en el procedimiento¹⁸⁹. Ello exige explicitar, en cada caso, la necesidad y la proporcionalidad de la entrada domiciliaria, en los términos expresados por la afortunada Sentencia de 24 de marzo de 1994, que parte de la idea de que la Autoridad judicial debe acordar la entrada cuanto tal sea necesaria porque no pudiera acudir a otros medios menos perjudiciales (requisito de la necesidad) y cuando así lo exigiera la comparación entre los bienes jurídicos en juego, el protegido por la norma penal y el que es objeto del derecho fundamental (requisito de la proporcionalidad)¹⁹⁰; o, en palabras del Tribunal Constitucional, especificar el domicilio afectado y «los motivos que llevan a registrarlo, en garantía de ese básico elemento de intimidad personal y de la estricta necesidad de la práctica del registro»¹⁹¹; lo que, cuando poco, se concreta en la descripción de los hechos y de las normas que justifican la restricción del derecho fundamental¹⁹² o, en palabras más legas, pero no por ello vacías, en explicar el porqué de lo resuelto¹⁹³.

Todas las consideraciones realizadas hasta aquí parecen, si no exigir, sí, al menos, aconsejar la redacción individualizada de los autos judiciales que versen sobre entradas y registros, desautorizando, así, la utilización de autos impresos¹⁹⁴. Como el propio Tribunal Supremo recuerda, ya la Real Orden de 13 de mayo de 1895 prohibía la utilización de fórmulas estampilladas¹⁹⁵.

¹⁸⁸ Sentencia TS Ar. 1994/3315/2.

¹⁸⁹ Sentencia TS Ar. 1993/7793/2. *Vid.*, también, la Sentencia TS Ar. 1992/6102/5.

¹⁹⁰ Sentencia TS Ar. 1994/2584/4. Esta idea ya se esbozó en la Sentencia TS Ar. 1991/8316/1, y se retomará en la Ar. 1991/8316/1. *Vid.*, también, la criticable Sentencia TS Ar. 1994/10378/1 y el artículo 552 LECr.

¹⁹¹ Sentencia TC 290/1994/3. *Vid.*, también, la Sentencia TC 126/1995/3.

¹⁹² *Vid.* las Sentencias TS Ar. 1994/5567/3; 1994/3925/2 y 1993/6721/2.

¹⁹³ Sentencias TS Ar. 1994/4478/1 y 1993/7720/3. El Tribunal Constitucional estima necesario, en diversas ocasiones, que la resolución judicial exprese «los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión» (Sentencias TC 14/1991; 153/1995/4, de 24 de octubre y 32/1996/4, de 27 de febrero).

¹⁹⁴ Se cuestiona el uso de autos total o parcialmente impresos en las Sentencias TS Ar. 1995/8314/4; 1995/1836/1.2; 1994/6263/3; 1994/5567/3; 1994/3925/2; 1994/2390/2; 1994/0701/ún.; 1993/8575/3; 1993/7793/3; 1993/7727/1; 1993/7720/3 y 1993/6721/2.

¹⁹⁵ Sentencia TS Ar. 1994/6263/2.

No obstante, el Tribunal Supremo ha justificado en ocasiones la utilización de tales autos total o parcialmente impresos en el «elevado número de oficios sustancialmente idénticos» que la oficina debe despachar o en el gran volumen de trabajo de los órganos judiciales¹⁹⁶. En tales casos, el Tribunal Supremo ha sido partidario de constatar la validez de estos autos judiciales total o parcialmente impresos alegando que contienen motivaciones escuetas (como es, por ejemplo, la simple mención del delito que se pretende investigar, o su gravedad) o, y esto es aún más preocupante, entendiendo que el auto judicial se remite al escrito policial donde se solicita la diligencia de entrada y registro.

En efecto, algunas resoluciones del Tribunal Supremo han optado por dar validez a autos judiciales impresos, entendiendo que la motivación de los mismos es la del escrito policial que se encuentra en su origen. En la Sentencia de 22 de marzo de 1994 puede extraerse, implícitamente, tal principio, cuando el Tribunal afirma que «la nulidad de la medida sólo puede ser decretada cuando la decisión, sin perjuicio de haber sido decidida mediante un impreso, carece realmente de apoyo en sospechas fundadas»¹⁹⁷; convirtiéndose el control formal sobre un escrito en control material sobre el convencimiento interno del órgano judicial de la existencia de sospechas (policiales, podría añadirse) fundadas. Otras resoluciones del Tribunal Supremo van más lejos en esta misma línea cuando señalan que la autorización judicial expresada en impresos «asume implícitamente la justificación expuesta por los funcionarios policiales que la solicitan»¹⁹⁸.

Se indica, en una reciente resolución del Tribunal Supremo¹⁹⁹, que el «Juez hace suyo implícitamente, en su resolución, el informe policial y, en virtud del mismo [...], decide la entrada y registro. Llegar a la conclusión de que, si en la resolución del Juez se transcribe el oficio de la Policía, está motivada y, si no, carece de la misma, [sigue el

¹⁹⁶ Sentencias TS Ar. 1993/8575/3 y 1993/7727/1, respectivamente. La reciente y *comprehensiva* Sentencia TS 1995/8089/2 entiende que la utilización de impresos en los Juzgados deriva de una exigencia generalizada para la rapidez y eficacia de sus actuaciones. El mismo Tribunal Constitucional ha señalado que el uso de modelos impresos de Sentencias por los Tribunales constituye una «práctica nacida del agobio», pero ha añadido, también, que es «en sí misma desaconsejable por potencialmente contraria al derecho a la tutela judicial» (Sentencia TC 125/1989/1, de 12 de junio).

¹⁹⁷ Sentencia TS Ar. 1994/2390/2.

¹⁹⁸ Sentencia TS Ar. 1993/8575/3. Se habla así del principio de congruencia con el escrito policial (Sentencia TS Ar. 1995/9033/1). *Vid.*, también, las Sentencias TS Ar. 1995/8134/3, 1995/1801/4, 1994/9143/1, 1994/7642/1 y 1993/7727/1. Debe señalarse que, en los dos últimos casos, había una remisión expresa en el auto judicial a la petición policial.

¹⁹⁹ Sentencia Ar. 1995/1552/3.

Tribunal Supremo] sería extremar las exigencias de la forma y hacer en ella una especie de caricatura, inservible para los altos fines a los que está destinada, en un primer lugar, la protección decidida e incondicionada de los derechos fundamentales».

La jurisprudencia citada en los anteriores párrafos es criticable. La razón es que toda medida limitadora de un derecho fundamental (y no cabe duda alguna de que una autorización de entrada domiciliaria —con independencia de su contenido— limita la inviolabilidad del domicilio) debe estar singularizadamente motivada y ser singularizadamente proporcionada. Ello hace cuando menos cuestionable (y el mismo Tribunal Supremo lo hace) la utilización de autos impresos.

Con mayor motivo es discutible que pueda admitirse una motivación por remisión a un escrito policial. La remisión puede producirse, en principio, en los autos de entrada y registro, como en cualquier otra resolución judicial, pero tal remisión debe referirse, por propio sentido común, a otras resoluciones judiciales²⁰⁰; e incluso tal remisión a otras resoluciones judiciales es, en este caso, discutible, ya que impide al interesado conocer la motivación en el momento mismo de la diligencia²⁰¹. Debe hacerse notar, además, que la adopción expresa del Juez de los razonamientos policiales altera la naturaleza de éstos, porque la asunción judicial imprime carácter judicial a los mismos.

Es útil recordar, en este sentido, la importantísima Sentencia dictada por la Sala de lo penal del Tribunal Supremo en el llamado caso Naseiro²⁰². Aunque en él se cuestiona la validez de una autorización

²⁰⁰ El Tribunal Constitucional parece aceptar la existencia de una motivación por remisión respecto de lo dictado por otro órgano judicial (normalmente, se refiere a la resolución del Tribunal de Instancia, que se recurre ante un nuevo órgano judicial). *Vid.*, así, Sentencias TC 98/1990/3, de 24 de mayo; 104/1990/1, de 4 de junio, 146/1990, de 1 de octubre. *Vid.*, también las Sentencias TC 184/1988/2b, 196/1988/4, de 24 de octubre y el Auto TC 411/1990, de 26 de noviembre.

²⁰¹ Es conveniente traer a colación el razonamiento seguido por el Tribunal Constitucional en su reciente Sentencia 41/1996/10: «No puede aceptarse, como sostiene el Ministerio público, que la primera providencia que denegó la libertad provisional solicitada por la defensa del recluso, al hacer suyo el dictamen con el que el Fiscal de la causa se había opuesto a modificar la situación de prisión, debe entenderse motivada por remisión a él. *El dictamen del Fiscal no fue trasladado a las partes, por lo que no se cumplió el fin básico de la exigencia constitucional de motivar la decisión sobre la prisión provisional del justiciable: la necesidad de despejar toda duda de arbitrariedad en la decisión*, poniendo en conocimiento del imputado las razones por las que se le mantiene privado de libertad, así como posibilitar el control de legalidad y de racionalidad de la decisión, mediante la interposición de los correspondientes recursos» (el subrayado pertenece a este trabajo).

²⁰² Sentencia TS Ar. 1992/6102. Un buen resumen de este Auto lo realiza la Sentencia TS Ar. 1992/8599/2.

judicial para la intervención de las comunicaciones y su incidencia en el derecho fundamental reconocido en el artículo 18.3 CE, su argumentación es enteramente trasladable al campo de nuestra investigación.

En efecto, el Tribunal Supremo va a estimar que el Auto judicial no expresa una actuación judicial proporcionada en el derecho al secreto de las comunicaciones (que debe mostrarse en el momento de ordenar la intervención en el derecho, pero también en su desarrollo y eventual cese)²⁰³.

La razón es que hay una divergencia entre el delito sometido a control judicial y el que la policía examina de hecho. Tal divergencia, en cuanto no es judicialmente controlada, supone un desconocimiento del secreto de las comunicaciones (Sentencia TEDH Kruslin, de 24 de abril de 1990). Tal crítica no podría prosperar si cuando ante la policía aparecieron elementos novedosos, diferentes a los que se contemplaban en el auto judicial, tales elementos hubieran sido transmitidos en el acto al Juzgado de Instrucción para que éste, conociendo las circunstancias concretas, decidiera lo procedente²⁰⁴. Lo cierto es que tal traslado al Juzgado se produjo tardíamente (y cuando, al fin se dio, el Juez concedió una autorización judicial verbal).

También es criticable, a juicio del Tribunal Supremo, el hecho de que cuando la policía realizó una nueva petición de intervención de las comunicaciones ante un Juzgado de Instrucción omitió el auto anterior y los resultados hasta entonces obtenidos. El Juzgado concedió como autorización lo que debió ser, en su caso, una prórroga de intervención, cuya concesión dependería, en todo caso, de los resultados obtenidos hasta entonces. Estas irregularidades, y otras menores, justifican que el Tribunal Supremo declare radicalmente nulas las pruebas obtenidas en tales intervenciones telefónicas²⁰⁵.

En definitiva, el Auto anula los resultados de las diligencias judiciales porque, de un lado, habían sido incorrectamente adoptadas (autorización verbal) y porque, de otro, la motivación de la segunda resolución judicial había sido viciada por el engaño policial, lo que impidió que el Juzgado de Instrucción se ajustara a la proporcionalidad que respecto de la intervención de los derechos fundamentales le viene constitucionalmente exigida.

²⁰³ Sentencia TS Ar. 1992/6102/4.

²⁰⁴ En este sentido es necesario recordar, críticamente, la Sentencia TS Ar. 1992/8599/2, en la que la Sala considera irrelevante la intervención de armas en el registro cuando el auto se refería exclusivamente a drogas.

²⁰⁵ Sentencia TS Ar. 1992/6102/8, 9 y 10.

El propio Tribunal Constitucional ha estimado en su Sentencia 126/1995/4 la inexistencia de motivación en un mandamiento judicial que habilitaba un registro domiciliario. El Tribunal Constitucional ha entendido que la ausencia de toda alusión concreta a la índole de la investigación penal que se persigue con el registro domiciliario es suficiente para constatar que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio se ha vulnerado²⁰⁶.

Es preciso distinguir este eventual vicio de meros errores nominales que pueden detectarse en el auto judicial. En efecto, es posible que un auto judicial de entrada y registro correctamente motivado contenga algún dato incorrecto, como pueden ser, por ejemplo, los que afectan al lugar que se debe registrar²⁰⁷ o al titular del domicilio²⁰⁸, o que carezca de fecha²⁰⁹.

El Tribunal Supremo suele estimar que tales errores materiales no conllevan la nulidad de la resolución judicial. La razón es que normalmente se muestra el origen del error y se evidencia que no alteró la voluntad judicial. Así, en relación con los errores en la individualización del local a registrar, el Tribunal ha señalado que no es relevante el error kilométrico de identificación de un Club (cuando en el Auto

²⁰⁶ Como, además, la condena penal tenía su origen en el resultado del registro, el Tribunal revoca las Sentencias penales de la Audiencia Provincial de Cáceres y la del Tribunal Supremo. Lo grave del asunto, es que la última Sentencia citada (TS Ar. 1993/5868) no se había cuestionado seriamente la falta de motivación judicial alegada por la condenada, como tampoco se hace en la Sentencia TS Ar. 1995/0264/1.2, cuando se afirma que, «constatada la existencia de una resolución judicial con las indudables carencias que ya se han puesto de manifiesto, nos encontramos ante una ejecución de la decisión adoptada, en la que concurre un refuerzo adicional, como la presencia del fedatario público que garantiza la realidad y exactitud de la diligencia en que interviene, por lo que la habilitación judicial, evidentemente escasa en razonamientos, mantiene efectividad como instrumento hábil para traer al proceso una serie de pruebas obtenidas en una diligencia de investigación de la que levanta acta el Secretario Judicial». Sí lo hace la reciente Sentencia TS Ar. 1995/2889/2.4 y 3. *Vid.*, en relación con la motivación judicial de las intervenciones en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, las Sentencias TC 85/1994/3, de 14 marzo; 86/1995/3, de 6 de junio; 181/1995/5, 49/1996/3y4 y 54/1996/7, de 26 de marzo.

²⁰⁷ En este punto deben tenerse en cuenta el Auto TC 258/1990/2a y las Sentencias TS Ar. 1994/7068/3; 1994/6825/2; 1994/3353/3; 1993/7727/1; 1993/5872/2; 1993/2332/1; 1993/2111/3 y 1992/7944/2. La Sentencia TS Ar. 1994/10161/ún. estima irrelevante que el domicilio no quedara precisado en el Acta posterior al registro, ya que sí identificó el bloque, piso y letra, así como el nombre del titular del mismo.

²⁰⁸ Sentencias TS Ar. 1995/7699/3; 1995/3944/1c; 1995/0152/1; 1994/0592/1; 1993/9011/1; 1993/6803/2; 1990/5685/4 y 1991/8048/4.

²⁰⁹ Sentencia TS Ar. 1994/0475/ún. Es igualmente irrelevante la errata corregida en el mandamiento judicial en relación con las horas en que debe realizarse la entrada (Sentencia TS Ar. 1995/0765/2).

constaba su nombre)²¹⁰; que el error de numeración de una vivienda provocado por aparecer pintada a mano no impidió que el registro se realizará en el local para el que había sido solicitado el auto²¹¹ o que el error puede tener su origen en que la identificación se realiza por una fotografía²¹², entre otros extremos²¹³.

La misma solución se aplica a los autos judiciales que omiten o confunden el nombre del titular del domicilio. El Tribunal Supremo ha señalado, con carácter general, que el error en la designación del titular del domicilio no resulta relevante ni provoca indefensión²¹⁴. En esta misma línea, se ha justificado la carencia de la nominación de los titulares de la vivienda en la urgencia y que no fue facilitada al juez, así como en la subsanación de tal carencia mediante la notificación²¹⁵.

En fin, tampoco parece relevante al Tribunal Supremo la carencia de la fecha del auto judicial. La fecha de celebración del registro debe ser —razona el Tribunal²¹⁶— la misma que la de la fecha de la resolución y, aunque ésta no estaba fechada, sí figuraba la misma en el mandamiento adjunto (y era, precisamente, la del día en que se celebró la diligencia).

Esta breve recapitulación nos permite concluir que el núcleo de la intervención judicial en el auto judicial de entrada y registro es, sin duda alguna, el de su motivación. En la misma se incluyen dos juicios: el de la necesidad —en sentido estricto, adecuación y necesidad— de realizar la entrada, donde el órgano judicial realiza la ponderación previa de intereses en juego, comprobando como la entrada es precisa para lograr el fin perseguido²¹⁷, y el de la proporcionalidad en la entrada, que persigue provocar la menor lesión posible en el ámbito íntimo de las personas.

²¹⁰ En la Sentencia TS Ar. 1994/7068/3. *Vid.*, también, la Sentencia TS 1995/0152/1.

²¹¹ Sentencia TS Ar. 1994/3353/3, 1994/6825/2 y 1992/7944/2.

²¹² Sentencia TS Ar. 1993/5872/2.

²¹³ *Vid.*, también, las Sentencias TS Ar. 1993/7727/1 y 1993/2332/1.

²¹⁴ Sentencia Ar. 1994/0592/1, que alude a los artículos 238 y ss. LOPJ.

²¹⁵ Sentencia TS Ar. 1993/9011/1. *Vid.*, también, la Sentencia TS Ar. 1993/6803/2. Finalmente, en la Sentencia TS Ar. 1990/5685/4 se alude a que el error fue policial (y no judicial) y que, en todo caso, fue subsanado en el transcurso de la diligencia.

²¹⁶ Sentencia TS Ar. 1994/0475/ún. Tampoco es relevante el error en la fecha, cuando figura una fecha posterior a la que, en realidad, se celebró la diligencia de entrada y registro (Sentencia TS Ar. 1995/4486/5), ya que es subsanable (a tenor de lo dispuesto en el artículo 267.2 LOPJ).

²¹⁷ Sentencia TC 160/1991/8.

Se ha visto como mientras que un grave defecto en la motivación conlleva la nulidad radical del auto judicial, los errores materiales no producen tal efecto.

No obstante, el Tribunal Constitucional acaba de aludir en una reciente Sentencia²¹⁸ al papel judicial en un marco cercano al de las diligencias de entrada y registro, como es el de las inspecciones tributarias. En ella se examina la validez de un auto judicial correctamente motivado que autoriza una inspección tributaria en una morada. El Tribunal Constitucional va a constatar que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio se ha conculcado. La razón es que el Auto omite, en su dimensión temporal, «una serie de circunstancias con una trascendencia constitucional evidente». Se da un mandamiento indefinido en el tiempo que beneficia a la Inspección Tributaria, que puede realizar cuantas entradas domiciliarias estime oportunas. El Tribunal Constitucional entiende que el Auto judicial «viene a configurar de alguna manera una suspensión individualizada de este derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio». El auto contiene, además, «un apoderamiento pleno a la Hacienda pública, delegando tácitamente en sus agentes la adopción de decisiones sobre aspectos esenciales de la medida restrictiva que son privativos e irrenunciables del propio Juez, como guardián de las libertades ciudadanas». El auto omite, finalmente, «cualquier referencia a la obligación de comunicar al Juez el resultado de la entrada y reconocimiento en el domicilio, dación de cuenta imprescindible para que aquél pueda cumplir con plenitud su función de garantía y corregir, en su caso, los excesos»²¹⁹.

Las causas que se acaban de describir justifican la invalidez del auto judicial y ello a pesar de que la Administración tributaria no hizo uso de las exorbitantes facultades que el impugnado Auto le concedió, porque la «integridad de los derechos fundamentales no puede quedar a la discrecionalidad unilateral de la Administración pública, la ejerza o no con prudencia»²²⁰.

Lo que el Tribunal afirma en la citada Sentencia 50/1995 es que la proporcionalidad exige no sólo motivar la resolución judicial, sino también imponer garantías y cautelas en la ejecución de la misma, para evitar comportamientos arbitrarios en su ejecución²²¹.

²¹⁸ Sentencia TC 50/1995.

²¹⁹ Sentencia TC 50/1995/7.

²²⁰ *Idem*.

²²¹ El Tribunal Constitucional conecta esta idea con tres cuestiones. La primera es el artículo 9 CE, que proclama la interdicción de la arbitrariedad. La segunda es la vieja

Esta novedosa Sentencia del Tribunal Constitucional tiene por efecto inmediato relativizar la abundantísima jurisprudencia del Tribunal Supremo²²² que defiende que, existiendo un auto judicial de entrada y registro, no puede ya producirse vulneración del artículo 18.2 CE (aunque pueda haberla, probablemente, de otros preceptos de la legalidad ordinaria). El Tribunal Supremo señala, así, que «la existencia de un legítimo y correcto mandamiento judicial inicialmente justificador *a priori*, de la invasión domiciliaria, impide, desde la legalidad constitucional, defender la vulneración del artículo 18.2 Constitucional»²²³ o que «La diligencia de entrada y registro practicada con mandamiento judicial, cumple las previsiones constitucionales y trasvasando dicha área, cualquier anomalía e irregularidad en su efectúaación, pertenece al ámbito de la legalidad e ilegalidad ordinaria»²²⁴.

Esta afirmación es solamente válida si la resolución judicial existe (es decir, cumple los requisitos mínimos para su existencia) y si en ella se contiene la necesaria proporcionalidad entre la medida limitadora y el respeto del derecho fundamental. Tal control de proporcionalidad supone, de un lado, motivar la decisión limitadora del derecho; pero también, de otro, garantizar que la intromisión en el derecho sea la menor posible. Curiosamente, es necesario volver a recordar ahora la concepción de orden público que se ha mantenido en el capítulo que abre la segunda parte de este trabajo: el orden público constituye un límite necesario de los derechos cuyo objetivo es preservar los mismos derechos fundamentales. De la misma forma, el órgano judicial limita el derecho fundamental con el objetivo de garantizar el orden público constitucional y asume que su injerencia en el derecho fundamental, para ser constitucional, tiene que rodearse de cautelas para que provoque la menor lesión posible.

Ahora bien, si el auto judicial que habilita la realización de una entrada domiciliaria es correcto (tanto por sus requisitos materiales

idea de la proporcionalidad como relación ponderada entre los medios empleados y el fin perseguido, para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales (Sentencia TC 66/1985, de 23 de mayo). La tercera es la jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo en la misma dirección (en concreto, cita las Sentencias TEDH Chappel y Niemietz) (Sentencia 50/1995/7). *Vid.*, en relación con el Derecho francés, KAYSER, P.: *La protection...*, pág. 389.

²²² Sentencias TS Ar. 1994/3656/3; 1994/7637/3; 1994/6946/2; 1994/1853/2; 1994/0692/5; 1994/0650/ún.; 1993/8484/2; 1993/7727/1; 1993/7124/3; 1993/6098/3; 1993/6060/2; 1993/5254/3; 1993/4849/1; 1993/4155/2; 1993/3837/1; 1993/3775/2; 1992/9928/3; 1992/8871/3; 1992/8342/2; 1992/8135/2 y 1991/4825/1.

²²³ Sentencia TS Ar. 1994/7637/3.

²²⁴ Sentencia TS Ar. 1993/6098/3.

como formales) y proporcionado en su contenido (lo que alude a su motivación y a la proporcionalidad *stricto sensu*), entonces la inviolabilidad del domicilio está garantizada.

Los eventuales defectos en los que se pueda incurrir durante la ejecución material de la diligencia de entrada y registro y que no tengan su origen en el auto judicial no pueden suponer una vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (pues la entrada estuvo precedida de la previa resolución judicial constitucionalmente exigida), sino de otras normas legales (o, en su caso, de otros derechos fundamentales)²²⁵.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es unidireccional en este punto; pero sólo en este punto. En el Tribunal Supremo se ha discutido mucho sobre los efectos que provocan la ausencia del acusado²²⁶, la ausencia de los dos testigos exigidos en el artículo 569.3 LECr²²⁷, la ausencia de los dos testigos exigidos en el artículo 569.4 LECr²²⁸ y,

²²⁵ En este sentido, *vid.* por todos, los Autos TC 104/1987/4 y 181/1988/3b, de 15 de febrero, y la Sentencia TS Ar. 1994/1771/2. Debe hacerse que sí procede declarar nulo el registro realizado por agente distinto al que el órgano judicial encomendó la realización de la diligencia (Sentencia TS 1995/8969/1, aunque, en el caso concreto, existían otras pruebas). *Vid.*, finalmente, sobre la delegación de un policía municipal en otro compañero, la Sentencia TS Ar. 1995/3944/2.

²²⁶ La inasistencia del acusado no es relevante cuando no provoca indefensión, cuando el propio acusado reconoce poseer los efectos incautados o cuando al registro ha asistido un familiar (Sentencias TS Ar. 1994/8176/2, 1994/6283/4 y 1993/8139/1, respectivamente). Ahora bien, la inasistencia involuntaria al registro del acusado por hallarse detenido provoca indefensión e impide que se dé la contradicción necesaria, lo que provoca su nulidad radical (Sentencia TS Ar. 1993/8484/3. *Vid.*, en la misma dirección, las Sentencias TS Ar. 1995/3622 y 1995/2266/2). Lo que ninguna norma (constitucional ni legal) exige es la presencia del letrado del acusado (Sentencias TS Ar. 1994/4950/1 y 1992/9928/2, entre otras).

²²⁷ *Vid.*, por todas, la Sentencia TS Ar. 1992/8599/6. Tal participación en la diligencia de dos testigos no es preciso cuando en la misma se encuentra presente el interesado (Sentencias TS Ar. 1995/7595/2 y 1995/6590/2).

²²⁸ Es abundante la jurisprudencia del Tribunal Supremo que recuerda que, desde la emisión del artículo 281.2 LOPJ, no es precisa la presencia de los dos testigos. *Vid.*, así, las Sentencias TS Ar. 1995/7595/2; 1995/6590/2; 1994/5557/1; 1994/3925/4; 1994/2334/1; 1993/10013/4; 1993/7793/5; 1993/6041/3; 1993/5872/3; 1993/5004/3; 1992/9342/2; 1992/8342/2; 1992/2741/1; 1992/0870/3; 1992/0869/1 y 1991/8316/1. Tales testigos pueden ser, en su caso, guardias municipales (Sentencias Ar. 1993/7793/5 y 1993/5004/3) o civiles (Sentencia TS Ar. 1991/8048/4).

Sobre registros realizados con designación de oficial habilitado (permitida por la nueva redacción que al artículo 569 LECr da la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal), *vid.* las Sentencias TS Ar. 1995/6751/3; 1994/8176/2 y 1994/3315/3 y los Autos TS Ar. 1995/6376/1 y 1994/8966/1. El legislador ha modificado, nuevamente, el artículo 569.4 LECr (a través del artículo único de la Ley 22/1995, de 17 de julio, mediante la que se garantiza la presencia judicial en los registros domiciliarios), y vuelve a exigir, en principio, la presencia del secretario judicial.

especialmente, en los efectos de la ausencia del secretario judicial en la diligencia de entrada y registro²²⁹, entre otros extremos²³⁰. Tales cuestiones, estima el Tribunal Supremo, no afectan en ningún caso al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Por ello, nuestro análisis debe detenerse aquí, en lo que respecta al control constitucional de proporcionalidad de los autos de entrada y registro²³¹.

²²⁹ Pese a la clara jurisprudencia del Tribunal Constitucional que señala que la incomparecencia del Secretario Judicial no cuestiona la inviolabilidad del domicilio ni los derechos de defensa (Sentencias 290/1994/4, 133/1995/4, Autos 349/1988/1; 58/1992/3; 223/1993/1 y 90/1994/1, de 14 de marzo, y Providencia dictada el 11 de marzo de la Sala segunda, con número de registro 2858/1990), ésta es una cuestión muy debatida por el Tribunal Supremo. Su posición en este punto más extendida actualmente es la de acreditar el resultado de la diligencia de registro por otros medios, distintos al del testimonio de los policías que adquirieron tal conocimiento en una diligencia nula, por razón de su cargo (*vid.* Sentencias Ar. 1995/9238/2, 1995/8731/3 y 1995/7920/6, entre otras muchísimas). Se parte, en efecto, de la idea de que la ausencia del secretario judicial no vulnera ni el derecho a la inviolabilidad del domicilio (Sentencia TS Ar. 1995/0875/6) ni el artículo 11 LOPJ (Sentencias TS Ar. 1995/3370/4 y 1995/0875/6).

En el plano doctrinal, y en opinión que aquí se comparte, ERNESTO PEDRAZ PENALVA ha señalado que la falta del fedatario público no vulnera el derecho fundamental en examen, pero que sí puede afectar al derecho al debido proceso (en *El registro...*, pág. 207). También ÓSCAR ALZAGA VILLAAMIL señala que es un título habilitante imperativo (en *Comentario...*, pág. 227). Disienten del parecer del Tribunal Constitucional CLIMENT DURÁN, C.: «Sobre la intervención del secretario judicial en el registro domiciliario», *PJ*, 31 (1993), pág. 44 (*vid.*, también, pág. 46) y RUIZ MIGUEL, C.: *La configuración...*, pág. 315. Lo comparte, por el contrario, JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER (en *Concreciones...*, pág. 582).

²³⁰ También se cuestiona en algunas Sentencias si la diligencia de entrada y registro contrarió el derecho constitucional por celebrarse de noche (son el Auto TC 258/1990/2c y las Sentencias TS Ar. 1995/8089/2; 1995/6751/5; 1995/3025/1; 1994/6701/9; 1994/5557/2; 1994/0592/1 y 1993/3312/2) y la falta de constancia de la notificación del auto a la acusada (que estuvo presente en el recurso, en Sentencia TS Ar. 1994/10161/ún.). *Vid.*, en relación con el artículo 87.2 LOPJ, la Sentencia TS Ar. 1987/6135/4.

²³¹ Es quizás oportuno indicar, de forma breve, que los registros que tienen un resultado positivo sobre un delito distinto al que había justificado la realización de la diligencia no deben considerarse nulos, a tenor de la jurisprudencia penal más reciente (Sentencia TS Ar. 1995/9031/5). Es cierto que algunas Sentencias habían defendido la nulidad del registro realizado salvo en el supuesto de que el Juzgado ampliara el auto por él dictado (Sentencia TS Ar. 1992/7944, por todas), pero otras, posteriores, habían ya mantenido la validez del registro (Sentencia TS Ar. 1995/2878, entre otras muchas). Es especialmente interesante la última Sentencia citada: la policía penetra en una pensión para realizar un registro investigando un atraco bancario. Una reyerta en un cuarto de la pensión atrae la atención de uno de los policías que, al penetrar en el mismo, descubre droga (Sentencia TS Ar. 1995/2878/2).

Pero es que, como ya se ha indicado, las entradas domiciliarias pueden encontrarse también previstas en resoluciones materiales (normalmente Sentencias) que ponen fin a un procedimiento. Éste es el caso de, por ejemplo, las Sentencias civiles referidas a desahucios²³² o de las Sentencias contencioso-administrativas que confirman la legalidad de un acto administrativo que implica, por definición, la realización de una entrada domiciliaria²³³. En estos casos, el juez o tribunal, en el marco de su función jurisdiccional (artículo 117.3 CE), deberá examinar, en concreto, si es necesaria la restricción del derecho fundamental en examen para la protección de los derechos de otros particulares (desahucio) o del interés general (confirmación de actos administrativos).

Debe recordarse que las posteriores actuaciones judiciales (por ejemplo, el lanzamiento) no constituyen una garantía de la inviolabilidad del domicilio, que ya quedó afectada por la Sentencia de desahucio, sino que tienen su origen en la imposibilidad de que el particular ejecute por sus propios medios la Sentencia. La Administración, como es sabido, puede, y debe, prescindir de la citada nueva resolución judicial porque, en todo caso, la ejecución de sentencias corresponde al órgano administrativo que haya dictado el acto objeto de recurso (artículo 103 LJC-A)²³⁴.

Finalmente, la ponderación judicial es más limitada en los supuestos en los que el órgano judicial actúa fuera de su función jurisdiccional (artículo 117.3 CE²³⁵), como mero —aunque no exclusivo, como ya se ha señalado— garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio²³⁶. Diversas normas atribuyen esta función a determinados órganos judiciales.

Entre ellas, deben tenerse en cuenta, al menos, los artículos 87.2 LOPJ²³⁷,

²³² Vid. el Auto TC 106/1985/2, de 13 de febrero, en relación con un desahucio motivado por falta de pago.

²³³ Sobre la ejecución sentencias por parte de la Administración Pública, *vid.*, por todos, SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Fundamentos...*, pág. 217, y los artículos 103 y ss. LJC-A.

²³⁴ Sentencia TC 160/1991/8.

²³⁵ En contra, PECES MORATE, J. E.: *La entrada...*, pág. 50.

²³⁶ *Vid.*, en este sentido, las Sentencias TC 144/1987/2 y 76/1992/3; la Sentencia TS Ar. 1987/7051/2, y los Autos TC 129/1990/5 y 85/1992/2. En el plano doctrinal, por todos, GARCÍA TORRES, J.: *El artículo...*, pág. 41.

²³⁷ Este precepto, que va a ser transcrito un poco más adelante, fue incluido en la LO 6/1985 para crear el cauce procesal exigido por el Tribunal Constitucional (Sentencia 22/1984) en relación con la ejecución de actos administrativos que pudieran afectar al derecho reconocido en el artículo 18.2 CE.

51 LEF²³⁸, 54 REF²³⁹, 141.2 LGT²⁴⁰, 115.4 RGR²⁴¹, 39.3 RGIT²⁴², 133.4 LGT²⁴³, y otros preceptos legales que pueden habilitar actos

²³⁸ «Hecho efectivo el justo precio, o consignado en la forma prevista en el artículo anterior, podrá ocuparse la finca por vía administrativa o hacer ejercicio del derecho expropiatorio, siempre que no se hubiera hecho ya en virtud del procedimiento excepcional regulado en el artículo anterior». *Id.*, también, el artículo 52 de la misma Ley de Expropiación forzosa, de 16 de diciembre de 1954 (*BOE* núm. 351, de 17 de diciembre de 1954).

²³⁹ Este precepto del Reglamento de la Ley de Expropiación forzosa, aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957 (*BOE* núm. 160, de 20 de junio de 1957) se limita a señalar que «Los desahucios y lanzamientos que exija la ocupación de las fincas expropiadas tendrán carácter administrativo».

²⁴⁰ «Cuando el dueño o morador de la finca o edificio o la persona bajo cuya custodia se hallare el mismo se opusieren a la entrada de los Inspectores, no podrán llevar a cabo éstos su reconocimiento sin la previa autorización escrita del *Delegado o Subdelegado de Hacienda*; cuando se refiera al domicilio particular de cualquier español o extranjero será preciso la obtención del oportuno mandamiento judicial». La referencia que la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (*BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 1963) hace al Delegado o Subdelegado de Hacienda debe tener en cuenta la Orden de 26 de mayo de 1986, sobre las competencias de la Dirección General de la Inspección Financiera y Tributaria (*BOE* núm. 129, de 30 de mayo; corrección de errores, *BOE* núm. 163, de 9 de julio).

²⁴¹ Comienza señalando el citado precepto del Reglamento General de Recaudación (aprobado por Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre; *BOE* núm. 3, de 3 de enero de 1991; corrección de errores, *BOE* núm. 28, de 1 de febrero de 1991) que «Finalizada la traba de bienes para la que no sea necesaria la entrada en domicilio o en los restantes edificios o lugares de acceso dependientes del consentimiento del titular, si el valor estimado de aquéllos no cubre el importe de la deuda, se solicitará del Juez de Instrucción autorización para la entrada en el domicilio en que se encuentren. A la solicitud se unirá copia del título ejecutivo y justificación de la necesidad de la misma. Las solicitudes pueden referirse a uno o más títulos».

²⁴² Señala el artículo 39.3 RGIT (aprobado por Real Decreto 939/1986, de 25 de abril —*BOE* núm. 115, de 14 de mayo de 1986; corrección de errores en los *BOE* núms. 183, de 1 de agosto, y 236, de 2 de octubre, ambos de 1986—) que «Cuando la entrada y reconocimiento se refieran al domicilio particular de una persona física será precisa la obtención del oportuno mandamiento judicial, si no mediare consentimiento del interesado». El precepto seguía señalando que «Si la misma finca se destina a casa-habitación y al ejercicio de una actividad profesional o económica con accesos diferentes y clara separación entre las partes destinadas a cada fin, se entenderá que la entrada a las habitaciones donde se desarrolle una actividad profesional o económica no lo es al domicilio particular. A estos efectos, se considerará domicilio particular no sólo a la vivienda que sirva de residencia habitual a una persona física sino, asimismo, cualquier vivienda o lugar que sirva efectivamente de morada». Ahora bien, esta última parte del precepto ha sido declarada nula en la Sentencia TS Ar. 1993/0114/21. Su inconstitucionalidad ya había sido apuntada en GARCÍA TORRES, J.: *El artículo...*, pág. 53. Debe hacerse notar que desde las afirmaciones contenidas en este trabajo no puede compartirse la inconstitucionalidad del precepto reglamentario porque la noción constitucional de domicilio coincide, en la actualidad, con la penal de morada (y ello aunque el Tribunal Supremo esté obligado a extraer consecuencias lógicas de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional; en especial de la discutible Sentencia TC 137/1985).

²⁴³ Artículo cuya redacción proviene de la Ley 25/1995 de modificación parcial de la LGT, y que indica que «cuando en el ejercicio de estas facultades o en el desarrollo

administrativos que requieran entradas domiciliarias (como, por ejemplo, el artículo 8 LPE²⁴⁴).

Todos los preceptos citados pueden condicionar, de una u otra forma, el derecho a la inviolabilidad del domicilio. El Tribunal Constitucional suele conectar todas estas intervenciones con el artículo 87.2 LOPJ²⁴⁵; precepto que, como se recordará, señala que corresponde «a los Juzgados de Instrucción la autorización en resolución motivada para la entrada en los domicilios y en los 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». La razón es que estima que este precepto tiene un carácter general respecto de las demás normas²⁴⁶. Es imaginable que en sus futuras

del procedimiento de apremio sea necesario entrar en el domicilio del afectado, o efectuar registros en el mismo, la Administración tributaria deberá obtener el consentimiento de aquél o, en su defecto, la oportuna autorización judicial».

²⁴⁴ El artículo 8 de la Ley del Patrimonio del Estado (Texto articulado aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril; *BOE* núm. 98, de 23 de abril de 1964. Corrección de errores, *BOE* núm. 110, de 7 de mayo de 1964) señala, en su comienzo, que «la Administración del Estado podrá recuperar por sí la posesión indebidamente perdida sobre los bienes o derechos del Patrimonio antes de que se cumpla un año, contado desde el día siguiente al de la usurpación...». Se ha escogido este precepto porque el Tribunal Constitucional lo ha considerado título legal suficiente para que la Administración pueda, con el auxilio judicial constitucionalmente exigido, realizar entradas domiciliarias (Auto TC 85/1992/3).

Vid. también, los artículos 141 a 144 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial (aprobado por Real Decreto 2114/1968); el viejo artículo 184 de la LRSyO, aprobado en Texto refundido mediante Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril —y en relación a este último precepto, la Sentencia TC 211/1992/3, de 30 de noviembre— y los artículos 248 y 249 del nuevo texto refundido (Real Decreto Legislativo 1/1992). *Vid.*, finalmente, el derogado artículo 51 del RDU, aprobado por Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio (*BOE* núm. 223, de 18 de septiembre) así como los artículos 10 y ss. del nuevo RDU, aprobado mediante Real Decreto 304/1993, de 26 de febrero, así como el artículo 34.1 de la LDC, de 17 de julio de 1989. Respecto de las inspecciones laborales *vid.* las normas citadas en GÓMEZ OREA, M.: *El derecho...*, pág. 117 y ss. y, en especial, el citado artículo 11 del Real Decreto 1424/1985, sobre la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

²⁴⁵ En concreto, el Tribunal Constitucional ha mantenido, en su Sentencia 76/1992/3, que el artículo 87.2 LOPJ presentaba un carácter general respecto a la concreción mantenida en el artículo 110 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988 que modificaba el artículo 130 LGT (y que fue posteriormente declarada inconstitucional en la misma Sentencia 76/1992). El Tribunal llega a decir, en esta misma dirección, que «el hecho de que el artículo 87.2 LOPJ —ya examinado en la primera parte de esta Sentencia— atribuyera ya con carácter general a los Juzgados de Instrucción y, por tanto, al que plantea la cuestión, esta competencia, no excluye que, además de innecesaria, haya de considerarse ilegítima su inclusión en la Ley de Presupuestos por exceder de las atribuciones propias de su contenido» (Sentencia 76/1992/4).

²⁴⁶ *Vid.*, también en este sentido, el trabajo de JESÚS GARCÍA TORRES, *El artículo...*, pág. 29.

decisiones conceda tal vez ese discutible, como se verá en seguida, carácter general al artículo 96.3 LRJAPyPAC, que indica que «si fuese necesario entrar en el domicilio del afectado, las Administraciones Públicas deberán obtener el consentimiento o, en su defecto, la oportuna resolución judicial», en el marco de los medios de ejecución forzosa de los actos administrativos.

Debe hacerse notar como la atribución de esta función al Juez de Instrucción no supone ni que la misma tenga una naturaleza jurídico-penal ni, consecuentemente, que sean de aplicación los preceptos contenidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal²⁴⁷. Estas ideas han sido resaltadas por el Tribunal Constitucional²⁴⁸. Estamos ante una actuación judicial que se inserta en un procedimiento administrativo, aunque sea autónoma y sea, por ello, posible que el Juez de Instrucción examine la cuestión y decida conceder la autorización o, en su caso, denegarla²⁴⁹.

²⁴⁷ Sin embargo, algunos autores insertan el supuesto del artículo 87.2 LOPJ en la explicación del procedimiento de entrada y registro de lugar cerrado (artículos 545 y ss. LECr). *Vid.*, por todos, GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, págs. 182-185.

²⁴⁸ Sentencias 76/1992/3c, 174/1993/2, y Auto 258/1990/2b. De hecho, antes de atribuirse esta función al Juez de Instrucción (en la tantas veces citada LOPJ), el Tribunal desestima el recurso de amparo interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid por la negativa del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Madrid a autorizar una entrada administrativa, arguyendo que el procedimiento de entrada regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal se refiere a supuestos donde se ha incoado una causa criminal. El Tribunal Constitucional comparte el razonamiento del Juzgado y añade, como ya hiciera en su Sentencia 22/1984/3, que el juez garante del derecho fundamental en examen respecto de los actos administrativos «no es necesariamente el Juez penal encargado de una instrucción sumarial» (Auto 272/1985/3).

²⁴⁹ Auto TC 129/1990/5. En dirección cercana, *vid.* la Sentencia TC 76/1992/3a. En relación con el artículo 87.2 LOPJ, *vid.*, entre otras, las Sentencias TS Ar. 1988/0267/3 y 1987/6135/4. Ciertamente es que la autonomía de la función que los Juzgados de Instrucción deben asumir de acuerdo con el artículo 87.2 LOPJ respecto de las normas procesales criminales plantea algunos problemas de hondo calado, como es determinar si los autos dictados al amparo de la citada norma son o no recurribles. *Vid.*, en sentido positivo, por todos, SANZ GANDESEGUI, F.: *La ejecución...*, pág. 154 y el citado dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, de 27 de mayo de 1992, que se basa en un pronunciamiento del Tribunal Constitucional —si bien con carácter de *obiter dictum*— en su Auto TC 258/1990/2b—. El Seminario que, bajo el auspicio del Consejo General del Poder Judicial, se organizara en 1991 sobre el artículo 87.2 LOPJ también incluye entre sus conclusiones sobre las normas mínimas de procedimiento ante el Juzgado de Instrucción el ofrecimiento de los recursos que procedan (queja, reforma, apelación) (extraído de PECES MORATE, J. E.: *La entrada...*, pág. 52). El mismo JESÚS E. PECES MORATE es partidario de aplicar a tales supuestos el sistema ordinario de recursos (artículos 216 a 238 LECr) (*idem*). No lo considera pertinente JESÚS GARCÍA TORRES (en *El artículo...*, págs. 46-48). Pese a todo, como indica el último autor citado, la Sentencia TC 174/1993 y el Auto 85/1992 no se oponen a la sucesiva interposición de los recursos de reforma y apelación (en *Voz...*, pág. 2158).

¿Cuál es, en este caso, el control de proporcionalidad ejercido por el Juzgado de Instrucción? En palabras del Tribunal Constitucional, «el Juez de Instrucción actúa en estos supuestos como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, lo cual significa que no es Juez de la legalidad y de la ejecutividad del acto de la Administración»²⁵⁰. Lo único que ha de ponderar el Juez de Instrucción es que la ejecución de un acto administrativo —que, *prima facie*, parece dictado por autoridad competente en ejercicio de facultades propias— hace necesaria una entrada domiciliaria, asegurando que la inevitable irrupción en el ámbito de la intimidad que tiene su origen en la entrada «se produzca sin más limitaciones [...] que aquellas que sean estrictamente indispensables para ejecutar la resolución administrativa»²⁵¹.

²⁵⁰ Sentencia TC 76/1992/3b. *Vid.*, en idéntica dirección, las Sentencias TC 22/1984/3 y 144/1987/2, así como los Autos TC 371/1991/2 y 85/1992. *Vid.*, también, el Auto TC 198/1991, de 1 de julio. Debe insistirse en la idea de que el control de legalidad de tales actos administrativos que conllevan entradas domiciliarias sigue siendo competencia específica de la jurisdicción contencioso-administrativa, que es también la única que puede acordar la suspensión de lo resuelto por la Administración (Sentencias TC 144/1987/3 y 76/1992/3b). Sobre la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo, *vid.*, por todos, GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*. Madrid, 1980, págs. 138-148.

Disiente de este parecer CÉSAR ÁLVAREZ-LINERA (en *La autorización...*, pág. 1042).

²⁵¹ Sentencia TC 144/87/2. Esta argumentación es reiterada en la Sentencias TC 76/1992/3a y 174/1993/1 y, entre otros, los Autos TC 258/1990/2d, 371/1991/2 y 85/1992/2. *Vid.*, también, las Sentencias TS TS Ar. 1987/6135 y la de 15 de marzo de 1990 citadas, respectivamente, por LAFUENTE BENACHES, M.: *La ejecución...*, pág. 91 y LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, J. F.: *El juez...*, pág. 251.

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN critica la dicción utilizada en la Sentencia TC 137/1985/5 (y reiterada en el Auto TC 129/1990/5), que extiende el control judicial a las «irregularidades trascendentes observadas en las actuaciones» reflejadas en la documentación tributaria presentada ante el juez (en *Límites...*, pág. 2276 —*vid.*, también, en este punto PECES MORATE, J. E.: *La entrada...*, págs. 48-49—). JESÚS GARCÍA TORRES es partidario de integrar la jurisprudencia constitucional, lo que lleva a señalar que el Juzgado de Instrucción «debe ante todo ejercitar un control de proporcionalidad, aunque, además, pueda denegar lícitamente la autorización cuando aprecie la existencia de graves y manifiestas ilegalidades» (en *El artículo...*, pág. 44). Es cierto que tales irregularidades trascendentes superan, quizás, el deber de ponderación exigido por el artículo 18.2 CE, aunque debe recordarse que una de las conclusiones aprobadas en las Jornadas que sobre el artículo 87.2 organizara en 1991 el Consejo General del Poder Judicial señala que deben existir unas normas mínimas de procedimiento, como son *a)* reclamar el expediente administrativo completo para comprobar «si han existido o no irregularidades relevantes cuya omisión pueda generar flagrante vulneración constitucional», *b)* audiencia a las partes y *c)* notificación de la resolución judicial (extraído de GÓMEZ GUILLAMÓN, R.: *El artículo...*, pág. 84).

De todas las resoluciones del Tribunal Constitucional citadas en la nota anterior se puede extraer una detallada imagen del contenido de la intervención judicial²⁵². El Juzgado debe verificar, en primer lugar, que se encuentra en presencia de un acto que, *prima facie*, parece dictado por la autoridad competente en el marco de sus competencias (lo que excluye la vía de hecho). En segundo lugar, ha de controlar que la ejecución del acto administrativo haga necesaria la realización de la entrada domiciliaria. En tercer lugar, debe comprobar que el acto administrativo se encuentra en fase de ejecución y que no ha sido suspendido por autoridad administrativa o judicial alguna. En cuarto y último, el Juez de Instrucción está obligado a garantizar que la irrupción domiciliaria, que va a afectar a la intimidad del morador o moradores, se produzca sin más limitación de los derechos fundamentales que aquéllas que sean estrictamente necesarias.

Nos encontramos de nuevo ante un control en el que la proporcionalidad tiene una relevancia fundamental. Como Jesús García Torres ha puesto de manifiesto²⁵³, son exigibles los controles que integran el criterio de proporcionalidad en el Derecho alemán: el control de adecuación (que exige que la entrada sea efectivamente requerida por la actividad de ejecución, siendo así idónea la entrada para el fin pretendido), el control de necesidad (que examina como los fines perseguidos solamente pueden ser alcanzados mediante la entrada domiciliaria), y la proporcionalidad en sentido estricto (que debe contribuir a ajustar la entrada al fin perseguido, evitando que las intromisiones vayan más allá de lo estrictamente necesario).

El resultado de la labor del Juez de Instrucción debe ser el de autorizar o no la entrada domiciliaria. No puede confirmar la legalidad del acto administrativo, porque, de un lado, tal actuación le corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa y, de otro, puede inducir a los afectados a pensar que las operaciones administrativas están plenamente legitimadas por la intervención judicial cuando lo único que se ha permitido es realizar la entrada. Por estas razones el Tribunal Constitucional ha criticado que un Juzgado de Instrucción dictara en el marco del artículo 87.2 LOPJ un auto de desalojo y no, como

²⁵² Adelantada, en buena medida, en LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, pág. 73; NIETO GARCÍA, A.: *Actos...*, pág. 50; QUINTANA LÓPEZ, T.: *La autorización...*, pág. 547; LÓPEZ DÍAZ, A.: *La recaudación...*, pág. 272 y LAFUENTE BENACHES, M.: *La ejecución...*, págs. 93-94. *Vid.*, también, QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *La inviolabilidad...*, pág. 49.

²⁵³ En *El artículo...*, págs. 43-44. *Vid.*, también, PEDRAZ PENALVA, E. y ORTEGA BENITO, V.: *El principio...*, págs. 294, 296 y 297 y MEDINA GUERRERO, M.: *La vinculación...*, pág. 120 y ss., que al criterio de necesidad prefieren llamarlo exigibilidad e indispensabilidad, respectivamente.

debía, un auto de entrada²⁵⁴. El Tribunal Constitucional estima que, «en puridad de términos, el Auto del Juzgado debía haberse limitado a autorizar la entrada», ya que el desalojo era estricta aplicación del derecho municipal y no de la resolución judicial. Esta distinción entre los pronunciamientos judiciales, uno autorizando la entrada para desalojar y otro, sin más, el desalojo, no es, en opinión del mismo Tribunal Constitucional, un mero tecnicismo²⁵⁵: «El riesgo de confusión es cierto, pues los operadores jurídicos (incluidos los titulares de los Juzgados y de los órganos administrativos, cuanto más los ciudadanos legos en Derecho) pueden pensar que las operaciones administrativas están legitimadas por la intervención judicial, y actuar en consecuencia. Cuando lo cierto es que, desde el prisma del artículo 18.2 CE, lo único que la intervención judicial legitima es la entrada en el domicilio; pero dejando en manos de los Tribunales contencioso-administrativos todo lo referente a la legalidad (y a la ejecución inmediata o suspensión) de los actos administrativos que constituyen el título jurídico de las operaciones materiales»²⁵⁶.

Lo dicho respecto del artículo 87.2 LOPJ puede aplicarse, *mutatis mutandis*, a juicio del Tribunal Constitucional, a otras prescripciones legales especiales, que atribuyen la función de garante del derecho a la inviolabilidad del domicilio a otros órganos judiciales, respecto, siempre, de actos administrativos. De hecho, como ya se ha hecho notar, el Tribunal Constitucional entiende²⁵⁷ que el artículo 87.2 LOPJ es la norma de referencia general respecto de la nueva redacción que el artículo 110 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988 daba al artículo 130 LGT y que, por ello, este último precepto era, en buena medida, innecesario (además de inconstitucional por regularse en una Ley de Presupuestos).

Pero tal asimilación entre el artículo 87.2 LOPJ y el artículo 130 LGT (en cualquiera de sus versiones anteriores a la actual) no es,

²⁵⁴ Los recurrentes estiman, en resumen de la propia Sentencia, «que la autorización dada por el Juzgado el 19 de julio de 1989 (literalmente: «Se autoriza el desalojo de las viviendas siguientes: ...») vulnera el artículo 18.2 de la Constitución. Pues viene a servir de mandamiento de desalojo, entrando encubiertamente a hacer un juicio sobre el fondo del asunto, sin previo proceso y excediendo la competencia de la jurisdicción penal. Y permite convalidar una actuación administrativa gravemente ilegal, pues la parte recurrente es ajena a cualquier legajo o documento que haya sido emitido por el Municipio y merezca el nombre de procedimiento administrativo» (Auto TC 371/9191/2).

²⁵⁵ Auto TC 371/9191/3.

²⁵⁶ *Idem*.

²⁵⁷ Sentencia TC 76/1992/3y4, respectivamente. Ya en el Auto TC 129/1990/5, el Tribunal pareció vincular el artículo 87.2 LOPJ con los preceptos que regulan la inspección de tributos (artículo 141.2 LGT y artículo 39.3 y 4 del RGIT).

quizás, atinada. Para justificar tal idea es, quizás, conveniente recordar sumariamente las disposiciones fiscales recogidas sucesivamente en el artículo 130 LGT (a excepción de la actual que, paradójicamente, no guarda ninguna relación con el problema que aquí se examina), aunque las conclusiones de tal análisis puedan extenderse a otras disposiciones de la misma ley y de los reglamentos que la desarrollan.

Como se recordará, el originario artículo 130 LGT, señalaba que, «previa exhibición del documento acreditativo del crédito tributario o, en su caso, de la relación de deudores debidamente providenciados de apremio, los Jueces de paz, comarcales o municipales, según sea el que exista en cada localidad, autorizarán, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la solicitud, la entrada del recaudador en el domicilio de los deudores responsables»²⁵⁸.

Este precepto, que fue considerado constitucional en la Sentencia TC 137/1985/4y5, fue derogado por la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988. La razón de tal modificación no es difícil de imaginar. De un lado, la LO del Poder Judicial había refundido los Jueces comarcales y municipales en la figura de los Jueces de Distrito. Pero es que, además, esta misma ley —recogiendo la doctrina de la Sentencia TC 22/1984— atribuía al Juez de Instrucción la función de garante del derecho a la inviolabilidad del domicilio respecto de los actos administrativos. La pretensión de equiparar el régimen de intervención judicial en los casos de recaudación fiscal²⁵⁹, respecto de los demás actos administrativos, explica la nueva redacción que en el artículo 110 de la citada Ley de Presupuestos se daba al artículo 130 LGT, que era la siguiente: «previa exhibición del documento, individual o colectivo, acreditativo de la deuda tributaria, los Jueces de Instrucción autorizarán, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la solicitud, la entrada en el domicilio del deudor, siempre que se manifieste por los órganos de recaudación haber perseguido cuantos bienes sea posible trabar sin necesidad de aquella entrada».

²⁵⁸ Este precepto fue declarado constitucional en relación con la inviolabilidad del domicilio en la Sentencia TC 137/1985/4y5. Pese a que el texto legal señale que el órgano judicial *autorizará* la entrada, es también posible que el Juzgado la deniegue (*vid.*, la Sentencia TC citada y, en el plano doctrinal, por todos, SOLER ROCH, M.^a T.: *Artículo...*, pág. 283, GARCÍA TORRES, J.: *El artículo...*, págs. 49-50 y NAVARRO FAURE, A.: *El domicilio...*, págs. 47 y 48).

²⁵⁹ Sobre la relación entre los actos de recaudación tributaria en vía de apremio y la inviolabilidad del domicilio, *vid.*, el documentado y completo trabajo de ANTONIO LÓPEZ DÍAZ (*La recaudación...*, —en especial, págs. 264-280—).

Este precepto va a ser posteriormente declarado inconstitucional, pero no porque vulnere materialmente el contenido del derecho a la inviolabilidad del domicilio, sino por su tramitación parlamentaria en una Ley de Presupuestos. Curiosamente, su invalidez no es especialmente grave para los órganos recaudatorios fiscales, ya que pueden utilizar, a juicio del propio Tribunal Constitucional²⁶⁰, a falta de un procedimiento especial, el regulado en el artículo 87.2 LOPJ.

Y ello es, quizás, como ya se ha apuntado, criticable. La razón es sencilla: los artículos 87.2 LOPJ y las dos versiones citadas del artículo 130 LGT son materialmente respetuosas con la inviolabilidad del domicilio. Ello no implica, esto es claro, que el contenido de la actuación judicial, objeto de estas páginas, deba ser, en ambos casos, idéntico.

El artículo 87.2 LOPJ, que disciplina la actuación judicial en los casos de ejecutoriedad de actos administrativos que implican entradas tiene como premisa necesaria, establecida en el artículo 95 LRJAPy-PAC, el *previo apercibimiento* que la Administración debe hacer al interesado. Ello explica que la propia Dirección General del Servicio Jurídico del Estado haya estimado, en su dictamen de 27 de mayo de 1992²⁶¹, que es necesario para la aplicación del artículo 87.2 LOPJ, entre otros requisitos²⁶², «la notificación de tal acto al interesado, requiriendo su cumplimiento voluntario» y, en caso de negativa o silencio, el «apercibimiento de la ejecución forzosa del acto, mediante la notificación correspondiente». Sólo tras estos requisitos pueden llevarse a cabo las «actuaciones materiales de ejecución, si se reiterara la negativa del interesado, habilitadas por previa autorización judicial»²⁶³.

Por su parte, el seminario que, en relación con el artículo 87.2 LOPJ, organizara el Consejo General del Poder Judicial en junio de 1991, va aún más lejos en sus conclusiones sobre las normas mínimas

²⁶⁰ Sentencia 76/1992/4.

²⁶¹ Citado, págs. 226-227.

²⁶² Como es la constatación de que existe un acto administrativo que sirva de fundamento jurídico a la ejecución.

²⁶³ Está claro que esta notificación previa no es precisa en otro tipo de procedimientos, como son los judiciales de entrada y registro (como muestra, con meridiana claridad, la Sentencia TS Ar. 1994/3656/1). *Vid.*, también, la Sentencia TS Ar. 1989/9800/2, entre otras. Además, el Tribunal Constitucional ha señalado que no es preciso que el Juzgado, garante del derecho fundamental, realice indagaciones para establecer si se ha dado tal notificación, porque sería examinar la legalidad administrativa. Si tal infracción existe, deberá ser dilucidada por los Tribunales Contencioso-Administrativos (en el Auto TC 258/1990/2d).

de procedimiento ante el Juzgado de Instrucción, ya que considera requisitos mínimos, entre otros²⁶⁴, la «comparecencia o audiencia de las partes o interesados (con expresa tutela de los derechos reconocidos en el artículo 24 CE)» y la existencia de «notificación de la resolución judicial conforme a las formas previstas en el ordenamiento jurídico»²⁶⁵.

En definitiva, debe señalarse que, respecto de la ejecutoriedad de los actos administrativos, la autorización judicial de entrada *debe* dictarse después de haber requerido al interesado el cumplimiento voluntario del acto en cuestión, y superando su pasividad o negativa mediante un apercibimiento sobre la ejecución forzosa del acto administrativo. Estos requisitos derivan del tenor de los artículos 87 LOPJ y 95 LRJAPyPAC.

Por ello es, quizás, criticable la jurisprudencia mantenida por el Tribunal Constitucional en su Auto 129/1990, y a la que ya se ha hecho referencia en este trabajo. Como se recordará el citado Auto TC desestima un recurso de amparo interpuesto por un particular contra un Auto judicial que autoriza una entrada en el domicilio del recurrente al amparo de los artículos 141.2 LGT y 39.3 RGIT, sin requerirle ni notificárselo. El recurrente alega, entre otros extremos, que la autorización judicial no se compadece de las exigencias contenidas en el artículo 87.2 LOPJ (como son, por ejemplo, la ausencia de un procedimiento tributario abierto contra él o de notificaciones o requerimientos).

El Tribunal Constitucional afirma que la Administración tributaria requiere de la autoridad judicial, según lo dispuesto en la legalidad vigente (artículo 141.2 LGT y artículo 39.3 y 4 RGIT, en conexión con el artículo 87.2 LOPJ)²⁶⁶. Posteriormente, el Tribunal recuerda toda la jurisprudencia dictada en relación con la actuación judicial respecto del artículo 87.2 LOPJ (fundamento jurídico 5.º) y termina afirmando que la legalidad tributaria (en concreto, los artículos 141.2 LGT, 39.3 y 39.4 RGIT) no imponen necesariamente que la autorización judicial deba condicionarse a *una suerte de trámite de audiencia y contradicción* (fundamento jurídico 6.º).

²⁶⁴ Además de las normas mínimas citadas en el texto, se prevén otras que pueden ser consultadas en PECES MORATE, J. E.: *La entrada...*, págs. 51 y 52. Es discutible, como ya se ha indicado más arriba, que el órgano judicial deba realizar un control sobre la existencia de eventuales irregularidades trascendentes. Igualmente polémica es la cuestión a la que también ya se ha aludido de si es necesario que tales autorizaciones judiciales puedan, o no, ser recurridas.

²⁶⁵ *Idem.*

²⁶⁶ Auto TC 129/1990/5.

No hay discrepancia en el presente trabajo respecto de la solución dada al caso (esto es, la desestimación del recurso); pero sí en relación con la argumentación esgrimida en el mismo. La razón es que el Tribunal mezcla en esta resolución (y, confunde posteriormente, en la Sentencia 76/1992) dos tipos de normas diferentes: unas, referidas a la ejecución forzosa de los actos administrativos; otras, conectadas con los actos administrativos de inspección y recaudación tributaria.

Cierto es que todas las normas se refieren a actos administrativos y que en todos estos supuestos el órgano judicial actúa como garante de los derechos fundamentales. Pero no es menos cierto, como Ana María Juan Lozano ha señalado, que «las actuaciones inspectoras no son propiamente ejecución forzosa de ningún acto administrativo»²⁶⁷. Aquí radica la raíz del problema y, también, la razón de la discrepancia respecto de la argumentación esgrimida en el Auto TC 129/1990. Hubiera sido extremadamente útil que el Tribunal hubiera señalado en él que la Constitución solamente prevé que toda entrada se vea precedida de resolución judicial (lo que no es poco, en comparación con otros textos constitucionales de nuestro entorno), y que es posible que la intervención judicial relacionada con tal resolución judicial varíe en función de las circunstancias de cada caso.

No es que, en supuestos de ejecución forzosa de actos administrativos puedan dictarse autorizaciones judiciales sin dar traslado al afectado, o sin que previamente haya sido apercibido el interesado. Es que, en este caso, la legislación tributaria impone, para ser eficaz, una actuación judicial en la que no es necesario (ni, quizás, conveniente) realizar requerimientos y notificaciones previas al interesado, que pondrían en eventual peligro los resultados de la propia diligencia inspectora. Es posible así considerar, por ejemplo, que el artículo 130 LGT contemplaba en el pasado un medio de gestión tributaria, más que un supuesto de ejecución forzosa de actos administrativos²⁶⁸.

El Tribunal Constitucional opta por entender, en la Sentencia TC 50/1995, que el auto que posibilita la realización de una entrada domiciliaria para realizar una inspección tributaria «no está contemplado en esa norma [artículo 87.2] de la LO del Poder Judicial que, sin em-

²⁶⁷ En *Inviolabilidad...*, pág. 687. PEDRO J. GONZÁLEZ-TREVIJANO parece intuir tal distinción entre los contenidos materiales de los artículos 87.2 LOPJ y 130 LGT, cuando, al examinar la Sentencia TC 137/1985, referida al último precepto citado en su original redacción, señala que la Sentencia tiene un presupuesto y un alcance distinto a otras, conectadas, a su vez, con la ejecución forzosa de actos administrativos (en *La inviolabilidad...*, pág. 198). *Vid.*, respecto de los poderes de verificación e inspección en locales, QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *La inviolabilidad...*, págs. 57-58.

²⁶⁸ JUAN LOZANO, A. M.ª: *Inviolabilidad...*, pág. 684.

bargo, ha sido utilizada como cobertura de la decisión del Juez, en una lectura por analogía»²⁶⁹. La razón es que el «procedimiento de la inspección tributaria tiene una naturaleza inquisitiva y cumple, en su ámbito, la función de investigar y documentar el resultado de las pesquisas o averiguaciones, como medio de prueba en un procedimiento posterior, que normalmente será el de liquidación pero que muy bien pudiera desembocar en otro sancionador e incluso penal por delito fiscal». Ello justifica que no sea inadecuada la atribución de tales asuntos a los Juzgados de Instrucción, teniendo en cuenta el silencio de los artículos 141 LGT y 39 RGIT en lo que respecta del juez competente y el procedimiento aplicables al caso. El Tribunal termina su argumentación señalando que «para aquel procedimiento administrativo [previsto en el artículo 87.2 LOPJ] hemos considerado acorde con la Constitución que se atribuyera a los Jueces de Instrucción la competencia de expedir o negar el mandamiento correspondiente. Tanta o más razón existe para que se extienda el ámbito de la norma, por vía analógica ante el silencio de la Ley, al procedimiento de la inspección tributaria, con una semejanza tan notable a la de instrucción sumarial en los aspectos que tocan al casi inevitable desencadenamiento de la potestad sancionadora o del tanto de culpa a la propia jurisdicción penal»²⁷⁰.

La conclusión que pueden extraerse de las últimas reflexiones realizadas en este trabajo es que la intervención judicial en garantía del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio conectada con los actos administrativos no tiene por qué ser, en todos los casos, idéntica. En concreto, existen evidentes diferencias en la actuación judicial cuando se ventila la ejecución forzosa de un acto administrativo y cuando se trata de ejercer funciones tributarias de inspección y recaudación. Lo más probable es que quepan supuestos diferentes que maten, en su caso, el contenido de la intervención judicial.

Debe finalizarse este apartado insistiéndose en que nuestra Constitución exige que toda entrada domiciliaria se vea precedida de una resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. Lo que no exige nuestra Constitución es que el Juez esté obligado a actuar siempre de la misma forma; es decir, con los mismos requisitos, respecto de las entradas domiciliarias solicitadas por la Administración. Es, por el contrario, evidente que la clase de acto administrativo de que se trate

²⁶⁹ Sentencia TC 50/1995/6. En relación con el Derecho francés, *vid.* FRANGI, M.: *Constitution...*, págs. 136-137.

²⁷⁰ *Idem.* Respecto de las inspecciones fiscales y de la inviolabilidad del domicilio en Italia, *vid.* la citada Sentencia TCI 56/1973 y AMATO, G.: *Articolo...*, pág. 77.

condiciona la actividad del órgano judicial en orden a autorizar o, en su caso, denegar la entrada domiciliaria. Puede, por ello, concluirse, parafraseando al profesor Ángel Garrorena Morales, que respecto de la inviolabilidad del domicilio rige, en nuestro ordenamiento constitucional, y en relación con el poder judicial, el principio de precedencia de la resolución judicial²⁷¹.

²⁷¹ Se alude al clásico trabajo de ÁNGEL GARRORENA MORALES, *El lugar de la ley en la Constitución española* (Madrid, 1980), donde se indica que los reglamentos administrativos que organizan los diferentes órganos deben verse precedidos por la ley, por la que deben crearse y coordinarse, a tenor de lo dispuesto en el artículo 103.2 CE. A tal principio lo denomina el autor *principio de precedencia de la ley* (págs. 57-58, y 103).

EL DELITO FLAGRANTE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³ *Idem*.

⁴ *Vid., ibidem*, pág. 517.

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

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

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

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

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

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

⁷ Artículo 7.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹² Artículo 352.1 CPCI.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²¹ 427 US 38 (1976).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es también interesante recordar, también, el supuesto de la persecución *de cerca* o *reciente* (*hot pursuit*). Así, la Sentencia TSEEUU *Warden, Maryland Penitentiary v. Hayden*²⁹ da por buena la entrada domiciliaria realizada por la policía al margen de toda intervención judicial, y que se justificaba porque ésta había sido informada de que un presunto ladrón a mano armada se había refugiado, tras la comisión de un delito, en una casa, cinco minutos antes³⁰. La razón es que si, durante la persecución, el sospechoso entra en un edificio, los funcionarios policiales no tienen por qué arriesgarse a perderlo de vista, sino que pueden entrar y arrestarlo, sobre todo cuando existe un peligro potencial para las vidas de los policías o de terceros³¹. El mismo criterio es aplicable a la detención producida en una casa en cuyo vestíbulo la sospechosa deja caer varios sobres de droga: hubo en aquél momento motivo verosímil, y la entrada posterior de la policía fue una persecución *de cerca*³².

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. LA NOCIÓN PROCESAL DE DELITO FLAGRANTE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁸ *Ibidem*, págs. 67-68.

³⁹ *Ibidem*, pág. 68.

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

⁴¹ *Ibidem*, pág. 68.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁶ *Ibidem*, pág. 99.

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

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

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

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

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

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

⁴⁹ *Ibidem*, pág. 95.

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

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

⁵² *Ibidem*, pág. 88.

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

⁵⁴ *Ibidem*, págs. 96-97, nota 102.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁸ *Idem*.

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

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

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

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

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

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

⁷³ En *Delito...*, pág. 210.

⁷⁴ Sentencia TS Ar. 1994/8180/1.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. LA NOCIÓN CONSTITUCIONAL DE DELITO FLAGRANTE

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

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

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

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

⁸⁵ Auto TC 223/1993/1.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁹⁵ *Ibidem*, Antecedente 6.º

⁹⁶ Sentencia TC 94/1996/4.

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

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

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

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

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

⁹⁸ Sentencia TC 94/1996/5B.

⁹⁹ *Idem*.

¹⁰⁰ *Idem*.

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

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

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

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

¹⁰¹ *Idem.*

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

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

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

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

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

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

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

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

4.1. La legislación antiterrorista de 1978

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

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

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

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

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

¹⁰³ BOC 1978 104, de 8 de junio.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, castiga el Código Penal, siempre que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹¹⁹ *Ibidem*, pág. 35 y ss.

¹²⁰ *Ibidem*, pág. 39.

¹²¹ *Idem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹²⁴ Sentencia TS Ar. 1993/6707.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹²⁸ El subrayado corresponde a este trabajo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹³⁵ Sentencia TS Ar. 1994/0667.

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

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

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

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

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

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

¹³⁷ *Idem.*

¹³⁸ Sentencia TS Ar. 1994/10321.

¹³⁹ Sentencia TS Ar. 1994/10321/1.

¹⁴⁰ *Idem.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁴⁴ Sentencia TS Ar. 1994/6996/3.

¹⁴⁵ Auto TC 223/1993/1.

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

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

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

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

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

¹⁴⁸ Sentencia TC 341/1993/8c. El Tribunal concluye que «El artículo 21.2 LOPSC no es, en suma, contrario a la Constitución en lo que tiene de intento de descripción de la flagrancia para determinados tipos delictivos, sino por su parcial inadecuación, ya vista, al concepto mismo de flagrante delito presente en el artículo 18.2 CE».

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

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

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

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

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

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

¹⁵¹ Sentencia TS Ar. 1990/9510/3.

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

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

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

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

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

¹⁵² *Idem.*

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁵⁸ Sentencia TS Ar. 1993/5912/1.

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

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

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

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

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

OTRAS INTERVENCIONES LEGÍTIMAS EN EL DERECHO FUNDAMENTAL

1. LA SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO

1.1. Delimitación del objeto de estudio

El artículo 55.1 CE establece que la inviolabilidad del domicilio, entre otros derechos, puede ser suspendida cuando se declaren los estados de excepción o sitio (suspensión general del derecho). El artículo 55.2 CE también contempla la suspensión, individual en este caso, del derecho reconocido en el artículo 18.2 CE que puede afectar a las personas integradas en bandas armadas o a elementos terroristas (suspensión individual).

Analizar estos supuestos de suspensión general e individual del derecho fundamental en examen supone estudiar las citadas previsiones constitucionales y las normas de desarrollo. No es, por el contrario, necesario (ni, quizás, conveniente) realizar un análisis exhaustivo de las instituciones de suspensión general e individual de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, pero sí puede ser útil, sin embargo, realizar unas breves consideraciones introductorias.

La suspensión general de derechos no es una novedad introducida por la Constitución española de 1978, sino que aparece frecuentemente en nuestra historia constitucional¹. El artículo 55.1 CE señala, en lo

¹ *Vid.*, así, los artículos 38 CE 1808; 308 CE 1812; 7 del Proyecto de Constitución de la Monarquía española de 1836; 8 CE 1837; 8 CE 1845; 11 del Proyecto de Ley sobre la Seguridad de las personas, de Bravo Murillo (1852); 9 de la no promulgada de 1856; 31 CE 1869; 33 del Proyecto de Constitución federal de 1873; 17 CE 1876; 31 del Anteproyecto de Constitución de la Monarquía española, de 1929 y 42 CE 1931. En

que aquí interesa², que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio puede ser suspendido con ocasión de la declaración de un Estado de excepción o de sitio³. Pese a que tal precepto ha sido desarrollado ya en 1981 (a través de la LO 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de alarma, excepción y sitio), hasta el momento no ha sido dictado ningún Estado de excepción ni de sitio, por lo que en las siguientes páginas se va a realizar una mera exégesis del artículo 17 LOEAEyS, que describe el régimen del derecho (suspendido) a la inviolabilidad del domicilio.

El artículo 55.2 CE, que regula la suspensión individual de derechos en relación con las personas integradas en bandas armadas y con los elementos terroristas, supone una innovación introducida por nuestra norma fundamental en nuestra trayectoria constitucional⁴. Si bien

relación con el análisis histórico-español de la suspensión de los derechos son ineludibles FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *El Estado de excepción en el Derecho Constitucional español*. Madrid, 1978, págs. 73-408, y del mismo autor, «Suspensión de los derechos y libertades (comentario introductorio al capítulo V), en AA.VV.: *Comentarios a las leyes políticas* (dirigidos por Ó. ALZAGA VILLAAMIL), vol. IV. Madrid, 1984, págs. 556-558 y «Naturaleza y régimen general de la suspensión general de los derechos fundamentales, en RDP (UNED), 18-19 (1983), págs. 31-58; LAFUENTE BALLE, J. M.ª: «Los Estados de alarma, excepción y sitio, RDP (UNED), 30 (1989), págs. 34-41.

Vid., también, los artículos 3 y 4 del Proyecto de Ley de Orden Público de Bravo Murillo (1852), 10 de la Ley de Orden Público de 23 de abril de 1870, los artículos 11 y, especialmente, 12 del Anteproyecto de Ley de Orden Público de 1929, 16.2 de la Ley de Orden Público de 1933 y 11 y 30 de la Ley de Orden Público de 1959 (BOE núm. 182, de 31 de julio de 1959). Los preceptos citados pueden consultarse en ESTEBAN, J. de: *Constituciones...*; SAINZ DE VARANDA, R.: *Colección...*; SEVILLA ANDRÉS, D.: *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, 2 vols. Madrid, 1969 y GARRIDO FALLA, F.: *Leyes Políticas de España*. Madrid, 1969. Son especialmente útiles las referencias legales relacionadas con la inviolabilidad del domicilio contenidas en *Libertades Públicas*. Madrid, 1979 (págs. 175-189).

² Dejando así de lado otros importantes efectos (organizativos y competenciales) de la declaración de los Estados anormales que, aunque de gran importancia, escapan al objeto del presente trabajo.

³ La bibliografía sobre la suspensión general de los derechos es abundante. Son especialmente interesantes las tempranas aportaciones de P. CRUZ VILLALÓN (*El Estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878)*). Madrid, 1980, y «La protección extraordinaria del Estado, en AA.VV.: *la Constitución española de 1978* (estudio sistemático dirigido por los profesores A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA), 2.ª ed. Madrid, 1981 y FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO (*El Estado...*). Ya en relación con el Derecho vigente, *vid.*, entre otros, CRUZ VILLALÓN, P.: *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Madrid, 1984, págs. 45-141; FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «La Ley Orgánica de los Estados de alarma, excepción y sitio», RDP (UNED), 11 (1981) y, del mismo autor, «Comentario al "artículo 55"», AA.VV.: *Comentarios a las leyes políticas* (dirigidos por Ó. ALZAGA VILLAAMIL), vol. IV. Madrid, 1984; y LAFUENTE BALLE, J. M.ª: *Los Estados...*

⁴ No obstante, es preciso hacer notar, como ya se ha hecho en otros lugares del trabajo en relación con la inviolabilidad del domicilio, que en otros ordenamientos cons-

con anterioridad a la Constitución, diversas normas con rango de ley se habían ocupado del tema, parece claro que sólo con posterioridad a la misma tales regulaciones adquieren mayor relevancia. En concreto, el artículo 55.2 CE señala que una ley orgánica podrá regular los casos en los que el derecho a la inviolabilidad del domicilio, entre otros, podrá ser suspendido, de forma individual, respecto de las personas integradas en bandas armadas y de elementos terroristas, siempre con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario.

A diferencia del pacífico desarrollo legislativo de la suspensión general de derechos, el referido a la suspensión individual de los derechos se ha visto acompañado por una permanente polémica. Así, la primera Ley de desarrollo (la 11/1980⁵) ha sido impugnada por el Parlamento vasco. Esta Ley fue derogada por la LO 9/1984⁶, que fue igualmente impugnada por el Parlamento vasco (al que, en esta ocasión, se le sumó su homónimo catalán). El vigente régimen jurídico de suspensión individual de los derechos fundamentales se regula mediante las Leyes Orgánicas 3 y 4/1988⁷. Recientemente, el Tribunal Constitucional ha resuelto un recurso de inconstitucionalidad del Parlamento vasco respecto de la citada LO 4/1988.

Debe hacerse notar que el parámetro de validez y, también, de referencia no va a ser el artículo 18.2 CE (que regula el régimen normal del derecho), sino el establecido en el artículo 55.2 CE. Y es que,

titucionales de nuestro entorno se recogen formulaciones menos estrictas de estos derechos fundamentales [como señala, atinadamente, E. VÍRGALA FORURIA, en «La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español», *REDC*, 40 (1994), pág. 66]. En relación con el artículo 55.2 CE y el Derecho comparado, *vid.* LÓPEZ GARRRIDO, D.: *Terrorismo, política y Derecho*. Madrid, 1987 y FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales», en *REP*, 35 (1983), págs. 125-129.

Quizás la novedad constitucional del problema del terrorismo explica la buena cantidad de bibliografía sobre este tema. *Id.*, entre otros muchos y además de los trabajos que acaban de citarse, CRUZ VILLALÓN, P.: *Estados excepcionales...*, págs. 143-193; FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *Comentario...*, págs. 573-665 y BOBILLO, F. J.: «Constitución y legislación antiterrorista», *REP*, 48 (1985), pág. 47 y ss. Se refieren en concreto a la inviolabilidad del domicilio GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, págs. 207-211 y, especialmente, ALONSO DE ANTONIO, Á. L.: *El derecho...*, págs. 128-135.

⁵ LO de 1 de diciembre, que regula los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución. La LOSPA55 se publicó en el *BOE* núm. 289, de 2 de diciembre.

⁶ LO de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución. Publicada en el *BOE* núm. 3 de 1985, de 3 de enero. Corrección de errores en los *Boletines Oficiales del Estado* núms. 10 y 65 del mismo año, de 11 de enero y 16 de marzo, respectivamente.

⁷ La LO 3/1988, de reforma del Código Penal y la 4/1988, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal fueron dictadas el 25 de mayo y publicadas en el *BOE* núm. 126, de 26 de mayo.

como acertadamente ha señalado Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo⁸, la suspensión supone no la desaparición del derecho, sino la suspensión de las garantías añadidas al mismo. Debe por ello concluirse, como él mismo hace, que «junto a los derechos y libertades en la normalidad, hay unos derechos y libertades en la anormalidad, dotados estos últimos de carácter fundamental [...], pero alterados en su contenido y en sus garantías»⁹.

Conviene realizar una última observación. Es evidente que con la previsiones contenidas en los apartados primero y segundo del artículo 55 CE, el constituyente pretende amparar el orden público constitucional¹⁰, ya sea frente a graves alteraciones del orden público que dificulten el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas o el de los servicios públicos esenciales (presupuesto de hecho del Estado de excepción), frente a agresiones dirigidas contra la soberanía, contra la integridad territorial o contra el ordenamiento constitucional o la independencia de la nación (presupuesto de hecho del Estado de sitio) o, en fin, frente a actividades terroristas. Todas ellas cuestionan, en definitiva, el orden público constitucional (especialmente en lo que afecta al normal ejercicio de los derechos fundamentales por todos).

En estas ideas se inscribe, sin duda alguna, el criterio de necesidad (siempre fáctica, como a continuación se verá) y el de proporcionalidad que deben operar en su concreta puesta en marcha.

Desde esta perspectiva, es incluso discutible si, aun en el silencio de la Constitución, sería legítimo al legislador configurar un régimen especial de determinados derechos fundamentales, más restrictivo, para hipótesis o supuestos excepcionales. Como ya se ha indicado en otro lugar, el Consejo Constitucional francés sí ha estimado constitucional la previsión legislativa de un Estado de Urgencia en Nueva Caledonia¹¹. Aunque el problema teórico no deja de presentar cierta importancia, no es necesario abordarlo en este trabajo porque, como se acaba de indicar, en nuestro país se prevén constitucionalmente tanto la suspensión general como la individual de los derechos. Es por ello

⁸ En su magnífico trabajo sobre «La naturaleza de los derechos fundamentales en situaciones de suspensión», *ADH* 2 (1983), págs. 434 y 454 y ss.

⁹ *Ibidem*, pág. 459.

¹⁰ Utilizan este mismo término P. CRUZ VILLALÓN (en *El Estado de sitio...*, págs. 58-120) y T. DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (en *La naturaleza...*, pág. 434).

¹¹ Decisión 85-187 DC, ya citada.

quizás más útil pasar a examinar, sin más dilación, los desarrollos legislativos relacionados con el artículo 55 CE.

1.2. El régimen jurídico del derecho a la inviolabilidad del domicilio sometido a suspensión general (el artículo 17 LOEAEyS)

Como ya se ha indicado, la Constitución española de 1978 contempla la suspensión general del derecho a la inviolabilidad del domicilio para los supuestos en los que se declaren los Estados de excepción o de sitio (artículos 55.1 y 116 CE¹²). La Constitución remite, asimismo, el desarrollo normativo de tales Estados anormales (en el que se incluye, también, el de alarma) a una ley orgánica posterior, reteniendo, para sí, el procedimiento de declaración de cada uno de esos Estados anormales (artículo 116 CE).

El procedimiento de declaración de los distintos Estados anormales les hace configurarse en una línea de ascendente gravedad y correlativa importancia. Así, en primer lugar, el Estado de alarma es decretado por la exclusiva voluntad del Gobierno, pero no puede conllevar en ningún caso la suspensión de ningún derecho fundamental. El Estado de excepción es también decretado por el Gobierno, pero es precisa la previa autorización del Congreso de los Diputados. Su declaración puede, eventualmente, suspender alguno o todos los derechos reconocidos en los artículos 17 (libertad personal, pero gozando el detenido de los derechos reconocidos en el apartado 3), 18.2 (inviolabilidad del domicilio), 18.3 (secreto de las comunicaciones), 19 (libertad de residencia y circulación), 20.1.a) (libertad de expresión), 20.1.d) (libertad de información), 20.5 (prohibición de secuestro de publicaciones), 21 (derecho de reunión), 28.2 (derecho de huelga) y 37.2 (derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo) CE. En fin, el Estado de sitio solamente puede ser decretado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta (exclusiva) del Gobierno. Puede prever la suspensión de los derechos fundamentales afectados por la declaración de un Estado de excepción, más los derechos del detenido (artículo 17.3 CE).

¹² Un acercamiento doctrinal al tema en GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, págs. 206-207 y, especialmente, ALONSO DE ANTONIO, Á. L.: *El derecho...*, págs. 124-128.

La LO 4/1981 que, como ya se ha indicado, desarrolla los artículos 55.1 y 116 CE, confirma esa hipótesis de que los tres Estados anormales se prevén para situaciones de distinta necesidad, y de creciente importancia¹³. Así, el Estado de alarma puede ser decretado para hacer frente a catástrofes, calamidades o desgracias públicas —como inundaciones, incendios urbanos o forestales o accidentes de gran magnitud—; crisis sanitarias (epidemias o contaminaciones graves); paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad y en situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad (artículo 4 LOEAEyS). Como ya se ha indicado, su implantación no puede conllevar suspensión de ningún derecho fundamental en general ni de la inviolabilidad del domicilio, en particular.

La declaración del Estado de excepción se realiza para atajar graves alteraciones del orden público (que dificultan el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas o el de los servicios públicos esenciales). En fin, las agresiones dirigidas contra la soberanía o la independencia española, así como los ataques contra su integridad territorial o su ordenamiento constitucional podrán ser afrontadas mediante el Estado de sitio, cuando no haya otro medio menos gravoso de hacerlas frente.

Debe hacerse notar que el criterio de la necesidad, delimitador de los derechos fundamentales, solamente permite la restricción del derecho a la inviolabilidad del domicilio cuando, al menos (esto es, en el supuesto menos importante cualitativa y cuantitativamente) están en juego componentes esenciales del orden público constitucional como son los mismos derechos fundamentales o el normal funcionamiento de las instituciones democráticas y de los servicios públicos esenciales. El artículo 1.2 LOEAEyS confirma esta idea (y, en cierta manera, profundiza en ella) cuando afirma que las medidas adoptadas en virtud de esta ley, así como su duración, serán las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad.

Pero es que, además, hay un doble y estricto control de proporcionalidad. En efecto, y como principio general, aplicable a todos los derechos que pueden ser suspendidos en virtud del artículo 55.1 CE, la declaración de uno de estos Estados anormales no conlleva, automáticamente, la suspensión de los derechos fundamentales. La citada Declaración debe señalar expresamente qué derechos quedan suspen-

¹³ Es cierto, como afirma PEDRO CRUZ VILLALÓN, que la concepción de tales estados es pluralista (en cuanto se trata de estados cualitativamente distintos), pero no lo es menos que presentan una intensidad gradual (en *Estados excepcionales...*, págs. 51-52).

didados, así como el ámbito temporal y territorial de la suspensión¹⁴. En esa misma declaración se debe contener una correcta ponderación entre los hechos que justifican la adopción de un determinado Estado de excepción y sitio, y las medidas limitadoras de derechos que pretenden hacerles frente. De otra parte, y ya respecto de los derechos suspendidos, el mismo artículo 1.2 LOEAEyS señala, *in fine*, que «la aplicación [de las medidas limitadoras] se realizará en forma proporcionada a las circunstancias», exigiéndose, así, una correcta utilización de las medidas limitadoras.

En concreto, el artículo 17 LOEAEyS¹⁵ formaliza el régimen del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio cuando se da un supuesto de suspensión general de derechos que le afecta expresamente¹⁶. Tal régimen se caracteriza, en lo que aquí interesa¹⁷, por las siguientes notas:

a) La intervención judicial no desaparece totalmente. El juez es informado de las inspecciones y registros efectuados, de las causas que los motivaron y de sus resultados. Recibe también acta de la misma diligencia gubernativa (artículo 17.7 LOEAEyS).

b) La entrada y registro es realizada por la autoridad gubernativa. Ahora bien, la Ley impone algunas cautelas. Así, en primer lugar, las entradas y eventuales registros deben ser necesarios para el esclareci-

¹⁴ Así, la duración de la declaración gubernamental del Estado de alarma no puede superar los 15 días. Si se pretende prorrogar dicha duración es precisa la previa autorización del Congreso de los Diputados (artículo 116.2 CE). El Estado de excepción pueden dictarse para un plazo máximo de 30 días (aunque es prorrogable por un plazo de igual duración). El Estado de sitio no tiene un límite temporal máximo, pero el Congreso debe fijar un plazo en su misma Declaración.

Por otra parte, la Declaración de los distintos Estados deberán indicar el territorio afectado por la misma. Cuando los presupuestos que permiten la Declaración de un Estado de alarma se den en el territorio (entero, o parcial) de una Comunidad Autónoma, el Presidente de la misma podrá solicitar del Gobierno la Declaración del oportuno Estado de alarma (artículo 5 LOEAEyS).

¹⁵ No afecta a la inviolabilidad del domicilio, de acuerdo con lo examinado en el capítulo dedicado a la noción constitucional de domicilio, y en consonancia con las normas constitucionales de referencia, el artículo 11 LOEAEyS que, en el marco del Estado de alarma, prevé la intervención y ocupación de industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados.

¹⁶ Aunque el artículo 17 se incluye dentro del capítulo III, dedicado al Estado de excepción, es razonable pensar que es igualmente aplicable al Estado de sitio. La razón es que en el capítulo que la ley dedica a este último estado, el IV, nada se dice sobre el régimen del derecho fundamental suspendido del artículo 18.2 CE.

¹⁷ Otras garantías legales, que aquí no van a ser analizadas, amparan los derechos de defensa. En concreto son las que imponen las normas que deben seguirse en el momento de desarrollarse efectivamente la diligencia gubernativa (artículo 17, apartados 3 a 6 LOEAEyS).

miento de los hechos presuntamente delictivos o el mantenimiento del orden público (artículo 17.1 LOEAEyS) (criterio de necesidad). En segundo lugar, a la entrada o/y registro debe preceder una orden formal y escrita que lo autorice (artículo 17.2 LOEAEyS).

La presente regulación no ha provocado hasta el momento demasiadas polémicas acerca de su interpretación o de su eventual inconstitucionalidad. Suele afirmarse, por el contrario, que el precepto está correctamente redactado en casi todos sus puntos¹⁸. La única cuestión que puede ser, quizás, discutible es cual es el sentido de la actuación judicial que sigue a la entrada¹⁹. Aunque el artículo 17.6 LOEAEyS es, en este punto, parca, parece claro que el Juez ordinario (y, en su caso, el Tribunal Constitucional) puede actuar contra la ilegítima actuación de los poderes públicos, ya sea en el plano administrativo, civil o penal y reponiendo, en todo caso, el derecho fundamental efectivamente vulnerado²⁰ o, al menos, haciendo cesar, si ello es posible, la ilegítima intervención sobre el mismo.

1.3. El régimen jurídico del derecho a la inviolabilidad del domicilio sometido a suspensión individual (el nuevo artículo 553 LECr, incorporado por el artículo 1 LRLECr)

El artículo 55.2 CE afirma que «una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas». El precepto constitucional señala, a continuación, que «la utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes».

¹⁸ *Vid.*, en este punto, CRUZ VILLALÓN, P.: *Estados excepcionales...*, págs. 98-99.

¹⁹ F. FERNÁNDEZ SEGADO, con apoyo en la dicción literal del precepto legal en examen, señala que la intervención judicial en él prevista es pasiva, como garantía frente a la posible arbitrariedad gubernativa (en *La Ley...*, pág. 108). Posteriormente, el mismo autor indica que el artículo 17 LOEAEyS prevé una cierta intervención de la autoridad judicial (en *Comentario...*, pág. 602 *in fine*).

²⁰ *Vid.*, a este respecto, el propio artículo 3 LOEAEyS.

La Constitución contempla, así, en el segundo apartado del artículo 55 CE, una suspensión individual de los derechos relacionada con las personas integradas en bandas armadas y con elementos terroristas. La incorporación de esta disposición en nuestra Constitución no puede explicarse al margen de la actividad terrorista que, en los primeros años de la transición, ponían en peligro la propia pervivencia del sistema democrático²¹.

Existe una crucial diferencia entre el contenido del artículo 55.1 y el del 55.2 CE. Mientras que para la suspensión general de derechos es preciso, en primer lugar, una Ley orgánica que desarrolle los artículos 55.1 y 116 CE y, en segundo lugar, la correspondiente declaración de un Estado de excepción o sitio, no ocurre lo mismo respecto de la suspensión individual de los derechos. Esta se activa, directamente, con la aprobación de la ley orgánica que desarrolla el artículo 55.2 CE.

Ello explica que el artículo 55.2 CE sea mucho más restrictivo que el 55.1 CE. En efecto, en primer lugar, los derechos suspendibles son solamente tres: la detención preventiva (artículo 17.2 CE), la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 CE) y el secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE). En segundo lugar, el constituyente subordina la delimitación legislativa al cumplimiento de dos garantías específicas: la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario que deben acompañar su regulación. Lo que no aclara la Constitución es cómo debe configurarse «la “necesaria intervención judicial” [...] para asegurar la posibilidad de la suspensión»²². En tercer lugar, la Constitución no deja dudas sobre la responsabilidad penal que puede exigirse respecto de la utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica.

El criterio de necesidad se justifica en la alteración de la vida democrática producida por una erosión continua y organizada: el terrorismo. El criterio de proporcionalidad en los particulares actos limitadores de derechos se conecta, en este contexto, con la correcta ponderación de las circunstancias previstas en la propia ley orgánica que desarrolla el artículo 55.2 CE.

En páginas anteriores se ha hecho notar, precisamente, como el desarrollo legislativo de la suspensión individual de los derechos no

²¹ En este sentido, no es ocioso recordar, con E. VÍRGALA FORURIA, que desde 1975 es creciente el número de personas que son asesinadas en actos terroristas. Especialmente cruento es el balance entre los años 1978 y 1980: 250 muertos. Desde 1980 hasta 1988 la media de víctimas anuales por el terrorismo es de 40 personas y, desde 1988, se sitúa en las 30 personas (en *La suspensión...*, pág. 65, nota 19).

²² Sentencia TC 199/1987/7.

puede calificarse de pacífico. En tres ocasiones el legislador ha formalizado tal régimen de suspensión y en tantas ocasiones las leyes han sido impugnadas por el Parlamento vasco²³ (al que se le ha sumado, en una ocasión, su homónimo catalán²⁴).

La última configuración legislativa del régimen de la inviolabilidad del domicilio en supuestos de suspensión individual se contiene en la LO 4/1988, que da una nueva redacción al artículo 553 LECr, en los siguientes términos:

«Los agentes de policía podrán, asimismo, proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas [...], en casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como el registro que, con ocasión de aquélla, se efectúa en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido.

Del registro efectuado, conforme a lo establecido en el párrafo anterior, se dará cuenta inmediata al Juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron y los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieran practicado. Asimismo, se indicarán las personas que han intervenido y los incidentes ocurridos».

²³ Es obligado recordar aquí la evolución del Tribunal Constitucional en relación con la legitimación de las Comunidades Autónomas para interponer este tipo de recursos. En la Sentencia 25/1981/5, el Tribunal Constitucional afirma que «la LO 11/1980, por su contenido y ámbito nacionales, no afecta específicamente a la autonomía de las Comunidades Autónomas en cuanto tales». Ello le impide al Tribunal entrar en el fondo del asunto. Cuatro magistrados (TOMÁS Y VALIENTE, DÍEZ DE VELASCO, LATORRE y FERNÁNDEZ VIAGAS formularon un Voto Particular en el que se mostraban partidarios de admitir la legitimación del Parlamento vasco. El Tribunal va a aceptar tal legitimación del Parlamento vasco y catalán en la Sentencia TC 199/1987 y antes, en la importante Sentencia 84/1982, de 23 de diciembre, donde se indica, con carácter general, que el objetivo que se persigue con la interposición del pertinente recurso de inconstitucionalidad por parte de las Instituciones de la Comunidad Autónoma es la depuración objetiva del ordenamiento.

²⁴ Son las Leyes Orgánicas 11/1980, de 1 de diciembre, que regula los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución; 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución y, en fin, las Leyes Orgánicas 3/1988, de reforma del Código Penal y 4/1988, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ambas de 25 de mayo. El Parlamento vasco ha impugnado las Leyes Orgánicas 11/1980, 9/1984 (al igual, en este caso, que el Parlamento catalán) y 4/1988. Los recursos de inconstitucionalidad han sido resueltos por el Tribunal Constitucional a través de sus Sentencias 25/1981, 199/1987 y 71/1994, respectivamente.

Como ya se ha indicado, el Parlamento vasco interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra la LO 4/1988, pidiendo la declaración de inconstitucionalidad del todo el texto legal y, subsidiariamente, de algunos de los preceptos que la integran, entre los que no se encuentra el citado artículo 553 LECr. Pese al interés que presenta la atendible fundamentación del Parlamento vasco respecto de la invalidez de la Ley en su conjunto²⁵, no compartida por el Pleno del Tribunal Constitucional²⁶, parece claro que esta vía de análisis no permite profundizar en la naturaleza y en los caracteres del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio sometido a suspensión individual. Y ello porque, como ya se ha indicado, entre las disposiciones subsidiariamente impugnadas por el Parlamento vasco no se encuentra el artículo 553 LECr²⁷.

²⁵ El Parlamento vasco ha interpuesto un recurso de inconstitucionalidad contra la LO 4/1988 por no formalizar el «adecuado control parlamentario» que debe delimitar la suspensión individual de derechos, a tenor del artículo 55.2 CE.

²⁶ El Tribunal va a estimar que si bien el adecuado control parlamentario supone un presupuesto de validez de las medidas de suspensión de derechos, no es contenido indispensable o necesario de la LO de referencia (Sentencia 71/1994/3). El magistrado P. CRUZ VILLALÓN ha suscrito un Voto Particular, al que se sumaron, además, los magistrados E. DÍAZ EMIL, A. RODRÍGUEZ BEREJO, J. GONZÁLEZ CAMPOS y C. VIVER PI-SUNYER.

El Voto Particular defiende la inconstitucionalidad de los nuevos artículos 520 bis 1 (en sus incisos segundo y tercero), 553 (en la parte en que dispone que «o, en casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen») y el 579.4 LECr, introducidos todos ellos por la impugnada LO 4/1988. La razón es que «El párrafo primero del artículo 55.2 CE contiene un mandato normativo en el que simultánea e inescindiblemente se combinan la habilitación al legislador y las condiciones materiales y garantistas de dicha habilitación, un mandato cuyo destinatario directo y único es, por así decir, el «legislador orgánico». Ahondando en la dirección marcada por P. CRUZ VILLALÓN, debe señalarse que el artículo 55.2 CE prevé la existencia de una Ley Orgánica (y quizás no sea ocioso insistir en su valor en términos de consenso) que desarrolle una limitación de algunos derechos fundamentales, limitación que debe rodearse de las garantías constitucionalmente previstas. Esta reflexión conecta con la idea, a la que ya se ha aludido en este trabajo, de que las limitaciones de los derechos deben contener, siempre, garantías para su correcta aplicación (más en este caso, donde el propio artículo 55.2 las contempla expresamente). El que alguna de tales garantías, como la del adecuado control parlamentario, sea de naturaleza política no le hace perder su función garantista. *Vid.*, en esta dirección, ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, F.: «El “adecuado control parlamentario” (artículo 55.2 CE), según la Sentencia TC 71/1994», en *REDC*, 43 (1995), págs. 283-305. Lo cierto es que, pese a todo, como se acaba de indicar, el Pleno no sigue esta dirección.

²⁷ En concreto, se impugnan los nuevos artículos 384 bis y 504 bis LECr, que deben su redacción a la LO 4/1988. El Tribunal va a entender que el artículo 504 bis LECr vulnera los derechos reconocidos en los apartados segundo y cuarto del artículo 17 CE. Difiere de esta posición, a través del oportuno Voto Particular, el magistrado L. LÓPEZ GUERRA.

Puede ser, sin embargo, más fructífero examinar los caracteres del artículo 553 LECr y realizar, simultáneamente, un breve análisis comparado respecto de las regulaciones que, en desarrollo del artículo 55.2 CE, le precedieron (en concreto, los artículos 4 LOSPA55²⁸ y 16 LOCABAETyDA55C²⁹).

En principio, solamente cabe suspender el derecho a la inviolabilidad del domicilio en casos de excepcional o urgente necesidad. De esta forma se anuda el criterio de necesidad en el que se funda la limitación del derecho fundamental al supuesto constitucionalmente previsto en el artículo 55.2 CE. Aunque esta idea no se contenía expresamente recogida en los artículos 4 LOSPA55 y 16 LOCABAETyDA55C, el Tribunal Constitucional la dedujo³⁰ del tenor literal del último precepto citado, que aludía a la realización de una detención inmediata, porque «la Ley [Orgánica] ha querido limitar esta posibilidad a supuestos excepcionales en los que en función de la “inmediata detención” (artículo 16) se hace absolutamente imprescindible la adopción directa de la medida, y en las que el mínimo de retraso que supondría la intervención judicial haría inviable el éxito de la detención y registro». Es la urgente necesidad que caracteriza tales supuestos la que impone la efectiva realización de la entrada. La misma urgente necesidad justifica la omisión de la intervención judicial respecto del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio³¹.

Por otra parte, el artículo 553 LECr, en su nueva redacción, habilita a los agentes de policía a realizar entradas domiciliarias para detener a personas presuntamente implicadas en acciones terroristas, sin que sea preciso obtener una resolución judicial previa a la realización de la entrada («de propia autoridad»). Es cierto que todas las leyes

²⁸ El artículo 4 LOSPA55 autoriza a los miembros y Fuerzas de Seguridad del Estado a realizar entradas domiciliarias para proceder a la detención de las personas a las que se refiere el artículo 55.2 CE y el artículo 1 LOSPA55, así como al registro de efectos o instrumentos que pudieran guardar relación con los delitos (artículo 4.1 LOSPA55). El Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicará inmediatamente al juez competente el registro efectuado, las causas que lo motivaron y los resultados obtenidos, así como la detención o detenciones que, en su caso, se hubieran practicado (artículo 4.2 LOSPA55).

²⁹ Cuyo contenido es idéntico al del artículo 4 LOSPA55.

³⁰ Sentencia 199/1987/9.

³¹ De la misma manera, parece que no es de recibo que la orden gubernativa para la entrada deba verse sometida a excesivas formalidades (como la de contenerse en un escrito), ya que sería absurdo prescindir de la intervención judicial por motivos de urgente necesidad y crear un gravoso procedimiento en su lugar. *Vid.*, VIRGALA FORURIA, E.: *La suspensión...*, pág. 110-111. El mismo autor entiende que la autoridad competente para dar la orden de entrada y detención es el jefe de unidad u oficial policial que dirija las investigaciones del caso (*ibidem*, pág. 111).

orgánicas que han desarrollado el artículo 55.2 CE han previsto una intervención judicial posterior a la entrada, por imperativo del mismo precepto constitucional que acaba de citarse. Las cuestiones que pueden plantearse en torno a esta idea son dos. La primera es si la previsión de una intervención judicial posterior a la entrada domiciliaria no vulnera la inviolabilidad del domicilio (del artículo 55.2 CE). Esta cuestión no ha sido, quizás, planteada por el Parlamento vasco en relación con el nuevo artículo 553 LECr porque sí hizo lo propio respecto del artículo 16 LOCABAETyDA55C³². En aquella ocasión, el Tribunal Constitucional estimó que, si bien es cierto que la intervención judicial posterior a la entrada no puede evitar el sacrificio que, en su caso, sufriera el derecho fundamental, no lo es menos que «suspender la inviolabilidad del domicilio supone prescindir de la intervención judicial al respecto». De hecho, el régimen de suspensión individual del derecho a la inviolabilidad del domicilio del artículo 16 LOCABAETyDA55C (o los materialmente cercanos 4 LOSPA55 y 553 LECr) no puede prescindir totalmente de la intervención judicial no por su eventual afectación al artículo 18.2 CE (cuyo contenido se suspende), sino porque así lo impone el propio artículo 55.2 CE³³.

En efecto, si el problema se examina desde la regulación normal del derecho, recogida en el artículo 18.2 CE, parece claro que solamente tiene sentido la suspensión cuando se prevé una actuación judicial *a posteriori*³⁴. En efecto, si la intervención judicial exigida en el

³² En efecto, los Parlamentos autonómicos catalán y vasco interpusieron sendos recursos de inconstitucionalidad contra el artículo 16 de la LO 9/1984. El Parlamento catalán entendía que este artículo desconocía el 55.2 CE, ya que mientras que aquél configuraba un papel receptivo o pasivo del juez, éste imponía una intervención judicial (activa) que, además, a su juicio, debía ser previa a la realización de la entrada (antecedente 5.3 de la Sentencia 199/1987). También el Parlamento vasco impugnaba el artículo 16 LOCABAETyDA55C, entendiendo que la intervención judicial constitucionalmente exigida (en el artículo 55.2) debía ser previa (*ibidem*, antecedente 9.6). En el plano doctrinal, *vid.* la interesante construcción de J. JIMÉNEZ CAMPO (en *La garantía...*, págs. 81-82).

³³ En relación con el primer precepto citado, *vid.* la Sentencia TC 199/1987/9. Debe recordarse, en efecto, el tenor literal del artículo 55.2, en su primer párrafo, en el que se afirma que «Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17.2, 18.2 y 3 pueden ser suspendidos...» (el subrayado se debe a éste trabajo).

³⁴ P. CRUZ VILLALÓN, señala, en relación con el artículo 4 LOSPA55, que sencillamente no existe intervención judicial, ni previa ni sucesiva (en *Estados excepcionales...*, págs. 178-179). No obstante, en otro lugar de su obra, pone de manifiesto la paradoja de la exigencia de una intervención judicial en los derechos reconocidos en los artículos 18.2 y 3 que son, en su régimen normal, judicialmente garantizados (*ibidem*, págs. 174-175). Recuerda, en este sentido, la intervención del Diputado SOTILLO MARTÍN en la

artículo 55.2 CE fuera idéntica a la existente en el régimen común del derecho (artículo 18.2 CE), no podría hablarse en puridad de suspensión del derecho fundamental³⁵.

La segunda cuestión que la intervención judicial puede plantear es determinar el contenido de la misma. En este sentido, es útil recordar que el Parlamento catalán había denunciado que el artículo 16 LOCA-BAETyDA55C (pero, en idéntica medida hoy, el nuevo artículo 553 LECr) preveía una actuación judicial meramente pasiva, en la que el Juzgado es informado. El Tribunal Constitucional ha aclarado³⁶ que el Juez conserva «todas las facultades que el ordenamiento le reconoce para adoptar las medidas y decisiones que estime pertinentes al respecto», correspondiéndole en todo caso «verificar si las circunstancias del caso han justificado la penetración en el domicilio sin la previa autorización judicial». Es así posible que de una incorrecta (abusiva o injustificada) utilización de las facultades derivadas del artículo 553 LECr puedan deducirse efectos en un doble sentido. De un lado, cabe la posible sanción disciplinaria o penal sobre los infractores (artículos 55.2 CE y 202, 204 y 534.1 del nuevo Código Penal). De otro, es posible que las pruebas obtenidas en un registro ilegal deban ser, en su caso, anuladas (artículo 11.1 LOPJ y Sentencia TC 199/1987/9, de 16 de diciembre).

Ahora bien, el artículo 553 configura la citada comunicación al Juez competente en términos impersonales («se dará cuenta»). Frente a ello, los artículos 4.2 LOSPA55 y 16.2 LOCABAETyDA55C atribuían esa misión al Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado. En todo caso, tal información debe trasladarse inmediatamente.

La intervención domiciliaria realizada al amparo del artículo 55.2 CE tiene un fin tasado: la aprehensión de los presuntos responsables de los delitos contemplados en el artículo 384 bis LECr³⁷. Es posible realizar, eso sí, registros incidentales a las entradas que persiguen la detención de los citados responsables, con la consiguiente ocupación

sesión del 21 de febrero de 1984, en la que afirmara que «cuando el artículo 55.2 de la Constitución suspende los derechos de los artículos 17.2 y 18.2 y 3 los suspende en su integridad; es decir, suspende la *previa* intervención judicial... si no, no tiene ningún sentido el artículo 55.2» (*ibidem*, pág. 175, a la que debe atribuirse el subrayado).

³⁵ *Idem*.

³⁶ Sentencia 199/1987/9.

³⁷ *Vid.*, en el mismo sentido, y en el plano jurisprudencial, la Sentencia TC 199/1987/9 y, en el plano doctrinal, una vez más, VÍRGALA FORURIA, E.: *La suspensión...*, pág. 107. A la misma conclusión había llegado FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO respecto del artículo 4 LOSPA55 en *La suspensión individual...*, pág. 164.

de los efectos e instrumentos que guarden relación con el delito perseguido.

Finalmente, y como acertadamente ha hecho notar Eduardo Vírjala Foruria³⁸, el artículo 553 LECr (y en idéntica medida, los artículos 4 LOSPA55 y 16 LOCABAETyDA55C) habilitan la realización de entradas en domicilios cuyo titular no sea el responsable de los delitos de terrorismo, pero en los que éste se halle. El tenor literal de los preceptos legales en examen no permite cuestionar este extremo: se permite la entrada cualquiera que sea el lugar o domicilio donde se oculte o refugie.

Así pues, puede afirmarse, a modo de conclusión, que el régimen del derecho fundamental individualmente suspendido de la inviolabilidad del domicilio (artículo 55.2 CE), prefigura una intervención judicial (que, evidentemente, debe ser *a posteriori*) y se concibe de modo restrictivo (ya que permite a los agentes de policía realizar entradas basadas obligatoriamente en una urgente necesidad que tiene por fin aprehender al terrorista en el domicilio en el que éste se halle, ya sea propio, ya sea ajeno).

2. OTRAS INTROMISIONES LEGÍTIMAS EN EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO

En páginas anteriores se han examinado, en profundidad, los supuestos expresamente previstos en la Constitución en los que es posible limitar la inviolabilidad del domicilio. En concreto, se han analizado las prescripciones contenidas en el artículo 18.2 CE en relación con la resolución judicial y el delito flagrante, así como los supuestos de suspensión general e individual del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (artículo 55, apartados primero y segundo, respectivamente, CE).

En estas líneas se pretende recordar nuevamente que es posible imaginar otras hipótesis en las que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio deba verse afectado para preservar otro derecho fundamental o bien constitucional de relevancia (es decir, en definitiva, para asegurar el orden público constitucional al que se ha aludido en las primeras páginas de esta segunda parte de la presente investigación). Esto ocurre, por ejemplo, cuando se penetra en un domicilio (a

³⁸ En *La suspensión...*, págs. 108-109.

efectos constitucionales) en llamas para auxiliar a sus moradores³⁹, o cuando quien penetra en domicilio ajeno pretende evitar una muerte segura (ya sea la suya o la de un tercero).

Estos supuestos generan estados de necesidad, que se caracterizan por preservar un bien jurídico de igual o mayor valor al sacrificado. Desde esta perspectiva, legalmente explicitada en el viejo artículo 491 del Código Penal de 1973 respecto del allanamiento de morada, y jurisprudencial y doctrinalmente asentada⁴⁰, es preciso realizar una doble consideración.

La primera es que tales supuestos excepcionales no pueden ser agotados en una lista. Es preciso, por el contrario, examinar caso por caso si concurre o no un estado de necesidad. Para ello, será preciso analizar las circunstancias concretas de cada caso y ponderar si existió necesidad de limitar la inviolabilidad del domicilio para preservar otra componente del orden público constitucional y si la intromisión en el derecho fundamental fue proporcionada.

Es desde esta perspectiva desde la que deben encontrar acomodo constitucional las entradas domiciliarias que, al margen de toda intervención judicial, pretenden salvaguardar, por ejemplo, los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad personal o a la seguridad personal. En páginas anteriores se ha aludido a la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 8 de septiembre de 1993⁴¹, en la que dicho órgano justificaba la entrada domiciliaria realizada por la policía para rescatar a una menor en la existencia de un delito flagrante. Como allí se apuntó, no era necesario que el Tribunal Supremo optara por distorsionar la noción de flagrante delito para dar por buena la actuación policial. Quizás hubiera sido suficiente que realizara una interpretación sistemática de la Constitución y una lectura constitucional del entonces vigente artículo 491 CP. Ello le hubiera conducido, sin duda alguna, a entender que, en el caso que el Tribunal examinaba, la intromisión en el domicilio tenía como finalidad la protección de la seguridad personal y de la vida de la menor. En este supuesto, como en otros que se pueden plantear, es preciso (si se prefiere, necesario) limitar el ejercicio de la inviolabilidad del domicilio para asegurar otro derecho fundamental o bien constitucional de mayor relevancia.

³⁹ Este ejemplo es utilizado por ALONSO PÉREZ, F.: *Seguridad...*, pág. 322.

⁴⁰ En el plano jurisprudencial, *vid.*, por todas, la Sentencia 22/1984/5. En el plano doctrinal, *vid.*, entre otros muchísimos, por todos, GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, págs. 201-205 y AHUMADA RUIZ, M.ª Á.: *Aspectos...*, pág. 8.

⁴¹ Sentencia TS Ar. 1993/6707.

Estas reflexiones se conectan con el carácter limitado de la inviolabilidad del domicilio, que explica que en buen número de circunstancias (siempre excepcionales), este derecho fundamental (como otros) deba ser restringido. Esto sí, siempre deberá justificarse que, en el caso concreto, la entrada era necesaria para la preservación de un derecho fundamental o bien constitucional prevalente y que la ejecución de la misma fue proporcionada. En la determinación fáctica de estos criterios en cada caso, especialmente del segundo al que se ha aludido, operan los criterios axiológicos que acompañan a todo el sistema de derechos fundamentales. Por eso la determinación de la corrección o no constitucional de la entrada domiciliaria debe ser, en cada caso, determinada por los jueces y tribunales y, en su caso, por el Tribunal Constitucional. Puede decirse que en los supuestos de confrontación de los derechos fundamentales se renueva, en buena medida, el aspecto valorativo de los mismos derechos fundamentales, y se matiza el rigor formalista en cuanto a las intervenciones en ellos realizadas. Se renueva, en definitiva, el carácter unitario de nuestro ordenamiento constitucional que reconoce una pluralidad (pero una pluralidad ordenada y jerarquizada) de derechos fundamentales. Es la preservación del orden público constitucional (en particular, de los propios derechos fundamentales) el criterio que delimita estos mismos derechos.

Esta idea está tan asentada en nuestra cultura social y, especialmente, jurídica que nadie ha planteado el más mínimo reparo al artículo 21.3 LOPSC, en el que se explicita la legitimidad de la entrada domiciliaria que pretenda evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros supuestos de extrema y urgente necesidad. Y ello pese a que el mencionado precepto legal habilita la realización de entradas domiciliarias al margen de toda intervención judicial previa.

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 puridad 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.

- AA.VV.: *Études offerts à P. Kayser*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille-Economica. París, fotocopia sin fechar.
- ABELLA, J.: *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 4.ª ed., Ed. Administración. Madrid, 1894.
- ACKERMAN, B.: «Liberating Abstraction», en STONE, G. R.; EPSTEIN, R. A. y SUNSTEIN, C. R. (eds.): *The Bill of Rights in the Modern State*. The University of Chicago Press. Chicago-Londres, 1992.
- AGUIAR DE LUQUE, L., y BLANCO CANALES, R.: *Constitución española 1978-88*, vol. I, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1988.
- AGUILERA DE PAZ, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal V*, 2.ª ed., Ed. Reus. Madrid, 1924.
- AHUMADA RUIZ, M.ª Á.: *Aspectos de la protección civil y penal de la inviolabilidad del domicilio* (manuscrito).
- ALBIÑANA GARCÍA QUINTANA, C.: «Comentario al artículo 134 de la Constitución». En ALZAGA VILLAAMIL, Ó. (dir.): *Comentarios a las Leyes políticas*, tomo X, Edersa. Madrid, 1985.
- ALEGRE ÁVILA, J. M.: «El artículo 21 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana», *Poder Judicial*, 30 (1993).
- ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993.
- ALFONSO BOZZO, A. de: «Sobre la inviolabilidad del domicilio», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2 (1985).
- ALLEN, R. J., y KUHNS, R. B.: *Constitutional Criminal Procedure (An examination of the Fourth, Fifth and Sixth Amendments and Related Areas)*, Little, Brown and Company. Boston and Toronto, 1985.
- : *Constitutional Criminal Procedure*, (1990 Supplement). Little, Brown and Company. Boston, Toronto and London, 1990.
- ALMAGRO NOSETE, J.: «Cuestiones sobre legitimación en el proceso constitucional de amparo», en AA.VV.: *El Tribunal Constitucional*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1981.
- : *Vid. GIMENO SENDRA, V.*
- ALONSO DE ANTONIO Á. L.: *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*, Colex. Madrid, 1993.
- ALONSO GARCÍA: «El artículo 24.1 CE en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: problemas generales», en AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor E. García de Enterría*, Civitas, tomo II. Madrid, 1991.

- : *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1984.
- ALONSO PÉREZ, F.: *Seguridad Ciudadana*, Marcial Pons. Madrid, 1994.
- ÁLVAREZ-LINERAY URÍA, C.: «La autorización judicial para la entrada en domicilios particulares en ejecución de actos administrativos», *La Ley*, 1 (1989) (publicado también, bajo el título de «Autorizaciones judiciales para la ejecución de actos locales que afectan a derechos fundamentales», en AA.VV.: *Las relaciones entre Administración local y Administración de justicia*, (Jornadas celebradas en Barcelona entre el 20 y el 22 de septiembre de 1988), vol. I, Concejalía de Presidencia del Ajuntament de Barcelona. Barcelona, 1990).
- ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, F.: «El “adecuado control parlamentario” (artículo 55.2 CE), según la Sentencia TC 71/1994». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 43 (1995).
- ALZAGA VILLAAMIL, Ó.: *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Eds. del Foro. Madrid, 1978.
- AMATO, G.: «Artículo 14», en AA.VV.: *Commentario della Costituzione a cura de Giuseppe Branca. Rapporti civili*, Nicola Zanichelli editore. Bologna, 1977 (publicado también bajo el título de «La ponderazione degli interessi nella disciplina costituzionale del domicilio», en AA.VV.: *Scritti in onore di Constantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, vol. III, Giuffrè, Varese, 1977).
- : *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè. Milán, 1976.
- ARAGÓN REYES, M.: *Constitución y democracia*, Tecnos. Madrid, 1990.
- : «El control como elemento inseparable del concepto de Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 19 (1987). Posteriormente incluido en su libro *Constitución y control del poder*, Ediciones Ciudad Argentina. Madrid, 1995.
- ARAGONESES ALONSO, P.: *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, 3.^a ed., Rubí. Madrid, 1981.
- ARISTÓTELES: *Topica*.
- AUBY, J.-M. y AUBY, J.-B.: *Droit Public*, 10.^a ed., Sirey. París, 1989.
- AUBY, J.-B.: *Vid.* AUBY, J. M.
- BACHOF, O.: *Jueces y Constitución*, Traducción de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. Civitas. Madrid, 1985.
- BADINTER, R. y GENEVOIS, B.: «Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux», *Revue Française de Droit Administratif*, 3 (1990).
- BAENA AGUILAR, Á.: *El domicilio Tributario en Derecho español*, Aranzadi. Pamplona, 1995.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho Penal (parte especial): delitos contra la libertad y seguridad, honestidad, honor y estado civil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1989.
- BALBÍN, C. F.: «La garantía de defensa en juicio y el principio de ejecutividad del acto administrativo», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 7 (1990).

- BALDASSARRE, A.: *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Bulzoni. Roma, 1974.
- BALLADORE PALLIERI, G.: *Diritto Costituzionale*, 10.^a ed., Giuffrè. Milán, 1972.
- BALLARÍN IRIBARREN, J.: «Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (la *drittwirkung* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24 (1988).
- BANACLOCHE PALAO, J.: *La detención personal y sus limitaciones: detenciones y retenciones en el Derecho español*, MacGraw-Hill. Madrid, 1996.
- BARCELONA LLOP, J.: «De la ejecución forzosa de los actos administrativos a la ejecución forzosa de las sentencias contencioso-administrativas (Sentencia 160/1991. Caso: derribo de los edificios del casco urbano de Riaño)», *Revista de Administración Pública*, 127 (1992).
- : *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria. Santander, 1995.
- BARILE, P.: *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino. Bolonia, 1984.
- BARILE, P. y CHELI, E.: Voz «Domicilio (libertà di)», *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIII. Giuffrè. Varese, 1964.
- BASILE, S.: «Los "valores superiores", los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas», en AA.VV.: *La Constitución española de 1978* (estudio sistemático dirigido por los profesores A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA), 2.^a ed., Civitas. Madrid, 1981.
- BAYONA PEROGORDO, J. J. y SOLER ROCH, M. T.: *Derecho Financiero*, vol. II, Librería Compás. Alicante, 1989.
- BEAUD, O.: «Le droit de vote des étrangers: l'apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande a la théorie du droit de suffrage», *Revue Française de Droit Administratif*, 3 (1992).
- BECKER, M. E.: «The Politics of Women's Wrongs and the Bill of "Rights": a Bicentennial Perspective», en STONE, GEOFFREY R.; EPSTEIN, RICHARD A. y SUNSTEIN, C. R. (eds.): *The Bill of Rights in the Modern State*, The University of Chicago Press. Chicago-Londres, 1992.
- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Derecho de la persona*, Montecorvo. Madrid, 1976.
- BERTI, G.: *Interpretazione Costituzionale*, Cedam. Padova, 1990.
- BIGLINO CAMPOS, P.: «Parlamento, presupuesto y Tribunal de Cuentas», *Revista de las Cortes Generales*, 37 (1996).
- BILBAO UBILLOS, J. M.^a: *La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: análisis de la jurisprudencia constitucional*, Tesis defendida el 7 de octubre de 1994 en Valladolid. En prensa.
- BISCARETTI DI RUFFIA, P.: *Derecho Constitucional*, 1.^a ed., Tecnos. Madrid, 1973; 3.^a ed., Tecnos. Madrid, 1987.
- BLANCO CANALES, R.: *Vid. AGUIAR DE LUQUE, L.*
- BLANCO LEIRA, M.-A.: «Autorizaciones judiciales para la ejecución de actos locales que afectan derechos fundamentales», en AA.VV.: *Las relaciones entre Administración local y Administración de justicia* (Jornadas celebra-

- das en Barcelona entre el 20 y el 22 de septiembre de 1988), vol. I, Concejaldía de Presidencia del Ajuntament de Barcelona. Barcelona, 1990.
- BOBILLO, F. J.: «Constitución y legislación antiterrorista», *Revista de Estudios Políticos*, 48 (1985).
- BORGHESE, S.: *Nozioni di Diritto Costituzionale*, 10.^a ed., Milano, 1990.
- BORJA JIMÉNEZ, E.: «Algunos aspectos críticos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el robo en casa habitada», *Poder Judicial*, 6 (1987).
- BORRAJO INIESTA, I.: «El status constitucional de los extranjeros», en AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor E. García de Enterría*, tomo II, Civitas. Madrid, 1991.
- BOURDON, J.: *Vid. DEBBASCH, C.*
- BOZZI, A.: *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 4.^a ed., Giuffrè. Milano, 1973.
- BRAIBANT, G.: *Vid. Long, M.*
- BRANDEIS, L. D.: *Vid. WARREN, S. D.*
- BRASIELLO, T.: Voz «Domicilio (violazione di)», en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VI,
- BRAVO MURILLO, J.: *Opúsculos IV: El proyecto de reforma de 1852*, Librería San Martín. Madrid, 1865.
- BRICOLA, F.: «Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1967.
- BURDEAU, G.: *Les Libertés publiques*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París. 2.^a ed., 1961; 3.^a ed., 1966.
- BURGESS, J. W.: *Ciencia Política y Derecho Constitucional. Soberanía y libertad*, La España Moderna. Madrid, 1922.
- CALVO CARAVACA, A. L.: «Las sociedades de capital en el tráfico jurídico internacional», *Revista General de Derecho*, 525 (1988).
- CAMPAGNA: *Famiglia legittima e famiglia adottiva*, Milano, 1967.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I.: «Orden público y orden privado en el ordenamiento jurídico», *Revista de Derecho Notarial*, 2 (1989).
- CANO MATA, A.: «Limitaciones al principio de ejecutividad administrativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 37 (1983).
- CARETTI, P.: «Domicilio (libertà di)», en *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. V, UTET. Torino, 1990.
- CARRETERO PÉREZ, A.: «Los derechos fundamentales de los extranjeros en España. Principios generales», en AA.VV.: *Introducción a los derechos fundamentales*, (X Jornadas de Estudio), vol. I, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid, 1988.
- CARRILLO DONAIRE, J. A. y GALÁN VIOQUE, R.: «¿Hacia un Derecho fundamental a un medio ambiente adecuado?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 86 (1995).
- CARRO, J. L.: «Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 29 (1981).
- CASAS VALLÉS, R.: «Invioabilidad domiciliaria y derecho a la intimidad», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1 (1987).
- CASCAJO CASTRO, J. L. y GIMENO SENDRA, V.: *El recurso de amparo*, Tecnos. Madrid, 1984.

- CASTILLO BLANCO, F. A.: «Comentarios de urgencia sobre la polémica Sentencia TC 341/1993, de 18 de noviembre, sobre la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana», *Poder Judicial*, 33 (1994).
- CASTRO CID, B. de: *El reconocimiento de los derechos humanos*, Tecnos. Madrid, 1982.
- CASTRO, F. de: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor», *Anuario de Derecho Civil*, 4 (1982).
- CAYÓN GALIARDO, A.: «Declaración de inconstitucionalidad del artículo 130 de la Ley General Tributaria (aspectos más importantes)», *Revista Técnica Tributaria*, 17 (1992).
- CEDEIRAS CHECA, R.: «Derechos y libertades de los extranjeros en España», en AA.VV.: *Introducción a los derechos fundamentales* (X Jornadas de Estudio), vol. I, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid, 1988.
- CHACÓN ORTEGA, L.: «La ejecución subsidiaria y la entrada en el domicilio o lugar sujeto a autorización del titular», *Actualidad Administrativa*, 29 (1989).
- CHELI, E.: *Vid. BARILE, P.*
- CLIMENT DURÁN, C.: «Sobre la intervención del Secretario Judicial en el registro domiciliario», *Poder Judicial*, 31 (1993).
- COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. Á.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, tomo II. Akal. Madrid, 1990.
- COLLIARD, C.-A.: *Libertés publiques*, 7.^a ed., Dalloz. París, 1989.
- COLOM PASTOR, B.: «Autorización judicial a la Administración e inviolabilidad de domicilio», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 40-41 (1984).
- COOLEY: *The elements of Torts*.
- CORDÓN MORENO, F.: «Sobre la titularidad por parte de los poderes públicos del derecho fundamental a la tutela efectiva», *La Ley*, n.º 731, 29-VII-1983.
- CORSO, G.: *L'ordine pubblico*, Il Mulino. Bolonia, 1977.
- : Voz «Ordine pubblico (dir. pubbl)», *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXX. Giuffrè. Varese, 1980.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Vid. GIMENO SENDRA, V.*
- CORWIN, E. S.: *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Fraterna. Buenos Aires, 1987.
- CRUZ VILLALÓN, P.: «Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros y las personas jurídicas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 35 (1992).
- : «El legislador de los derechos fundamentales», *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos*, 2 (1990) (monográfico sobre los derechos fundamentales).
- : «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 25 (1989).
- : «La protección extraordinaria del Estado», en AA.VV.: *La Constitu-*

- ción española de 1978* (estudio sistemático dirigido por los profesores A. Predieri y E. García de Enterría), 2.^a ed., Civitas. Madrid, 1981.
- : *El Estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878)*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1980.
- : *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos. Madrid, 1984.
- CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal II. Parte especial*, vol. II, 14.^a ed., Bosch. Barcelona, 1982.
- CUOCOLO, F.: *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 3.^a ed., Giuffrè. Milán, 1983.
- D'ALESSIO, R.: *Articolo 14*, en CRISAFULLI, VEZIO y PALADIN, LIVIO (dirs.): *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam. Padova, 1990.
- DARANAS PELÁEZ, M.: *Las Constituciones Europeas*, 2 vols., Editora Nacional. Madrid, 1979.
- DAWSON, R. O.: *Vid. MILLER, F. W.*
- DEBBASCH, CH.; PONTIER, J.-M.; BOURDON, J. y RICCI, J.-C.: *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 2.^a ed., Economica. París, 1986.
- DECOCQ, A.: *Vid. DRAGO, R.*
- DEFENSOR DEL PUEBLO.: *Informe Anual de 1992 y Debates en las Cortes Generales. I: Informe*, Publicaciones del Congreso de los Diputados. Madrid, 1984.
- DE LA MORENA DE LA MORENA, L.: «La «seguridad pública como concepto jurídico indeterminado: su concreta aplicación a los traspasos de servicios en materia de espectáculos públicos», *Revista de Administración Pública*, 109 (1986).
- : «Los fines de interés público como "causa" y como "límite" de la competencia y como "medio" y "medida" de control jurídicos», *Revista de Administración Pública*, 85 (1978).
- DEVOLVÉ, P.: *Vid. LONG, M.*
- DÍAZ DELGADO, J.: «La autotutela ejecutiva, la inviolabilidad del domicilio y la intervención judicial», *Poder Judicial*, 16 (1985).
- DÍAZ LEMA, J. M.: «¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?», en AA.VV.: *Introducción a los derechos fundamentales* (X jornadas de estudio), vol. II, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid, 1988.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 6.^a ed., Tecnos. Madrid, 1988.
- DIRECCIÓN GENERAL DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO: *Selección de Dictámenes de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado 1990*, Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid, 1991.
- : *Selección de Dictámenes de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado 1992*, Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid, 1993.
- DIX, GEORGE E.: *Vid. MILLER, F. W.*
- DORAL GARCÍA, J. A.: «El interés de la familia», *Documentación Jurídica*, 1 (1983).

- DOSI, E.: «Inviolabilità del domicilio ed acceso degli ispettori del lavoro ai cantieri delle imprese (osservazione alla Sentenza 10/71)», *Giurisprudenza Costituzionale*, 1971.
- DRAGO, R. y DECOCQ, A.: «Note sous la décision 83-164 DC du Conseil Constitutionnel», *Jurisclasseur Périodique (La Semaine Juridique)*, 1984-II, número marginal 20160.
- DUFFAR, J.: *Vid.* ROBERT, J.
- DUVERGER, M.: *Constitutions et Documents Politiques*, 6.^a ed., Presses Universitaires de France. París, 1971.
- : *Droit Public*, 4.^a ed., Presses Universitaires de France. París, 1966; 6.^a ed., Presses Universitaires de France. París, 1971.
- EASTERBROOK, F. H.: «Abstraction and Authority», en STONE, G. R.; EPSTEIN, R. A. y SUNSTEIN, C. R. (eds.): *The Bill of Rights in the Modern State*, The University of Chicago Press. Chicago-Londres, 1992.
- EPSTEIN, R. A.: *Vid.* STONE, G. R.
- ERGEC, R.: *Vid.* VELU, J.
- ESCRIBANO LÓPEZ, F.: *Presupuesto del Estado y Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1981.
- ESPÍN TEMPLADO, E.: «Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 8 (1991).
- : «La inviolabilidad del domicilio y el concepto de flagrancia», *Estudios de Jurisprudencia Colex*, 8 (1993).
- : *Vid.* LÓPEZ GUERRA, L.
- ESPÍN, D.: *Manual de Derecho Civil español*, 7.^a ed., Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1979.
- ESTEBAN, J. de: *Constituciones españolas y extranjeras I*, Taurus. Madrid, 1977.
- ESTEBAN, J. de, y LÓPEZ GUERRA, L. (con la colaboración de E. ESPÍN y J. GARCÍA MORILLO): *El régimen constitucional español*, 2 vols., Labor. Barcelona, 1980.
- EZQUIAGA GANUZAS, F. J.: *La argumentación en la justicia constitucional española*, Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 1987.
- FAIRÉN GUILLÉN, V.: «Algunas ideas básicas sobre la “entrada y registro en domicilio” (del artículo 21 de la Ley 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana, de 21 de febrero)», *Revista de Derecho Procesal*, 1 (1993).
- FARIÑAS MATONI, L. M.^a: *El derecho a la intimidad*, Trivium. Madrid, 1983.
- FASO, I.: *La libertà de domicilio*, Giuffrè. Milano, 1967.
- FAVOREU, L.: «La Cour de cassation, le Conseil Constitutionnel et l'article 66 de la Constitution (A propos des arrêts de la Chambre criminelle du 25 avril 1985)», *Recueil Dalloz Sirey*, 23 (1986).
- : «Le Conseil Constitutionnel et la protection de la liberté individuelle et de la vie privée (a propos de la Décision du 12 janvier 1977 relative à la fouille des véhicules)», en AA.VV.: *Études offerts a P. Kayser*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille-Economica. París, fotocopia sin fechar.
- : «Note sous la décision 85-189 DC du Conseil Constitutionnel», *Revue du Droit Public*, 1985.

- FAVOREU, L. (ed.): *Recueil de jurisprudence constitutionnelle* (1959-1993). Litec. París, 1994.
- FAVOREU, L. y PHILIP, L.: *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 4.^a ed., Sirey. París, 1986; 7.^a ed., Sirey. París, 1993.
- FENECH, M.: *Curso Elemental de Derecho Procesal Penal III. Procedimiento, Casación y Revisión. Efectos del proceso penal*, Librería Bosch. Barcelona, 1945.
- : *Derecho Procesal Penal II*, 3.^a ed., Ed. Labor. Barcelona, 1960.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, J.: «¡Pase sin llamar..! El artículo 21.2 de la Ley Orgánica 1/1992», en AA.VV.: *Seguridad Ciudadana. Materiales de reflexión crítica sobre la Ley Corcuera*, Editorial Trotta. Valladolid, 1993.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «Comentario al "artículo 55"». AA.VV.: *Comentarios a las leyes políticas*, (dirigidos por Ó. ALZAGA VILLAAMIL), vol. IV, Edersa. Madrid, 1984.
- : «La Ley Orgánica de los Estados de alarma, excepción y sitio», *Revista de Derecho Político (UNED)*, 11 (1981).
- : «La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales», en *Revista de Estudios Políticos*, 35 (1983).
- : «Naturaleza y régimen general de la suspensión general de los derechos fundamentales», *Revista de Derecho Político (UNED)*, 18-19 (1983).
- : «Suspensión de los derechos y libertades (comentario introductorio al capítulo V)», en AA.VV.: *Comentarios a las leyes políticas*, (dirigidos por Ó. ALZAGA VILLAAMIL), vol. IV, Edersa. Madrid, 1984.
- : *El Estado de excepción en el Derecho Constitucional español*, Edersa. Madrid, 1978.
- : *El sistema constitucional español*, Dykinson. Madrid, 1992.
- FERNÁNDEZ, T.-R.: «¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 83 (1994).
- : «De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 80 (1993).
- : «Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 76 (1992).
- : *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas. Madrid, 1991.
- : *Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.*
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A.: *El secreto profesional de los informadores*, Tecnos. Madrid, 1990.
- : «El secreto profesional de los periodistas», en *Cuadernos Lucas Mallada*, 1 (1995).
- : *Memoria sobre el concepto y el método del Derecho Constitucional*, ejemplar mecanografiado.
- FERRER RIBA, J.: «Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la infancia y la adolescencia en Cataluña», *Derecho Privado y Constitución*, 7 (1995).
- FIGUEROA NAVARRO, M. C.: *Entrada y registro en domicilio*, Tecnos. Madrid, 1994.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Á.: *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tecnos. Madrid, 1990.

- FONT I LLOVET, T.: *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales*, Civitas. Madrid, 1985.
- FRANGI, M.: *Constitution et Droit privé*, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille. París, 1992.
- FREIXES SANJUAN, T. y REMOTTI CARBONELL, J. C.: «La configuración constitucional de la seguridad ciudadana», *Revista de Estudios Políticos*, 87 (1995).
- FRÉJAVILLE, Y.: «L'arrêt Barinstein», *Jurisclasseur Periodique*, (La Semaine Juridique) 1947, II.
- FRIEDMAN, L. M.: *Introducción al Derecho Norteamericano*, Bosch. Zaragoza, 1988.
- FUENTES LOJO, J. V.: *Suma de Arrendamientos Urbanos*, tomo I, 8.ª ed., Librería Bosch. Barcelona, 1984.
- FUNSTON, R.: *A vital seminar: The Supreme Court in American Political Life*, Mayfield. California, 1978.
- GALÁN VIOQUE, R.: *Vid. CARRILLO DONAIRE, J. A.*
- GÁLVEZ MONTES, J.: «Comentario al «Artículo 17», en AA.VV.: *Comentarios a las leyes políticas*, (dirigidos por Ó. ALZAGA VILLAAMIL), vol. II, Edersa. Madrid, 1984.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, Trivium. Madrid, 1980.
- : «La flagrancia habilitadora de la entrada y registro sin autorización judicial (inconstitucionalidad del artículo 21.2 LOPSC en la STC de 18 de noviembre de 1993)», *Estudios de Jurisprudencia Colex*, 8 (1993).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, 4.ª ed., Civitas. Madrid, 1994.
- : «La significación de las libertades públicas para el Derecho administrativo», *Anuario de Derechos Humanos*, 1 (1981).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 5.ª ed., Civitas. Madrid, 1989; vol. II, 2.ª ed., Civitas. Madrid, 1986.
- GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L.: «*El apellido*. Notas sobre el procedimiento *in fraganti*, en el Derecho español medieval», *Cuadernos de Historia de España*, VII (1947).
- GARCÍA GARCÍA, M.ª Á.: «El deber de actuar en interés de la familia», *Revista de Derecho Privado*, 3 (1984).
- GARCÍA MACHO, R.: «La inviolabilidad de domicilio», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 32 (1982).
- : «El derecho de asilo y del refugiado en la Constitución española»; en AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA*, tomo II, Civitas. Madrid, 1991.
- GARCÍA MORILLO, J.: *El derecho a la libertad personal (detención, privación y restricción de libertad)*, Tirant lo Blanch. Valencia, 1995.
- : *Vid. LÓPEZ GUERRA, L.*
- GARCÍA RUIZ, J. L.: *El recurso de amparo en el derecho español*, (con apén-

- dice de P. PÉREZ TREMP. Sobre «El recurso de amparo en la Constitución de 1978»). Editora Nacional. Madrid, 1980.
- GARCÍA TORRES, J.: «El artículo 130 de la Ley General Tributaria a la luz de la Constitución», *Poder Judicial*, 18 (1990).
- : Voz «Derecho a la inviolabilidad del domicilio», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Civitas. Madrid, 1995.
- GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ-BLANCO, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas. Madrid, 1986.
- GARCÍA VALDÉS, R. y un redactor de la *Revista de Legislación y Jurisprudencia* (ALCALÁ-ZAMORA): *Derecho Procesal Criminal*, 2.^a ed., Instituto Ed. Reus. Madrid, 1944.
- GARRIDO FALLA, F.: *Leyes Políticas de España*, Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1969.
- GARRORENA MORALES, Á.: *El lugar de la ley en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1980.
- GAVARA DE CARA, J. C.: *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1994.
- GÉLARD, P.: *Vid.* HAURIOU, A.
- GENEVOIS, B.: *La jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Principes directeurs*, Les éditions S.T.H. París, 1988.
- : *Vid.* BADINTER, R.
- : *Vid.* LONG, M.
- GENTZ, M.: *Die Unverletzlichkeit der Wohnung*, Duncker y Humblot. Berlín, 1968.
- GICQUEL, J.: *Vid.* HAURIOU, A.
- GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y ALMAGRO NOSETE, J.: *Derecho Procesal II-2. El Proceso Penal (2)*, Tirant lo Blanch. Valencia, 1988.
- : *Vid.* CASCAJO CASTRO, J. L.
- GISBERT GISBERT, A.: «La inviolabilidad del domicilio», *Revista General de Derecho*, 558 (1991).
- GÓMEZ COLOMER, J.-L.: «Concreciones en torno al registro domiciliario en el proceso penal español», *Revista de Derecho Procesal*, 3 (1993).
- GÓMEZ GUILLAMÓN, R.: «El artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Poder Judicial*, 23 (1991).
- GÓMEZ MONTORO, Á. J.: *Derechos fundamentales y personas jurídicas*, Manuscrito en vías de publicación.
- GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCÉ QUEMADA, V.: *Derecho Procesal Penal*, 7.^a ed., Artes Gráficas y Ediciones S. A. Madrid, 1972; 10.^a ed., Artes Gráficas y Ediciones S. A. Madrid, 1986.
- GÓMEZ OREA, M.: «El derecho de las personas jurídicas a la inviolabilidad del domicilio y la actuación de la Inspección de Trabajo», *Relaciones Laborales*, 9 (1991).
- GONZÁLEZ GARCÍA, E.: «La Ley de Presupuestos en la Constitución española de 1978», en *Presupuesto y Gasto Público*, 3 (1979).

- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, 3.ª ed., Civitas. Madrid, 1989.
- GONZÁLEZ RUS, J. J.: *Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría)*, Serie Universitaria de la Fundación Juan March núm. 201. Fundación Juan March. Madrid, 1983.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex. Madrid, 1990.
- GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J.: *La inviolabilidad del domicilio*, Tecnos. Madrid, 1992.
- : *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Civitas-Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, 1991.
- GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, tomo I, 2.ª ed., Esteban-Hermanos impresores. Salamanca, 1902; tomo V, Esteban-Hermanos impresores. Salamanca, 1893.
- GUAITA MARTORELL, A.: «Régimen de los Derechos constitucionales», *Revista de Derecho Político (UNED)*, 13 (1982).
- GULLÓN, A.: *Vid. Díez-PICAZO, L.*
- GUTIERREZ DE CABIEDES y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, E.: *Vid. PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, L.*
- HÄBERLE, P.: «Derecho Constitucional común europeo», *Revista de Estudios Políticos*, 79 (1993).
- : «Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania», manuscrito (1992).
- HAMON, L. y LÉAUTÉ, J.: «Note sous la décision 75 DC du Conseil Constitutionnel», *Recueil Dalloz Sirey*, 13 (1978).
- HAURIOU, A.; GICQUEL, J. y GERARD, P.: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, 2.ª ed., Ariel. Barcelona, 1980.
- HAZA, P. de la: «Observaciones a una Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad de las personas jurídicas (comentario a la Sentencia TC 137/1985, de 17 de octubre)», *La Ley*, 3 (1988).
- HERCÉ QUEMADA, V.: *Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E.*
- HERRERO-TEJEDOR, F.: *Honor, intimidad y propia imagen*, Colex. Madrid, 1990.
- : «La primacía de la libertad sobre la eficacia», *Estudios de Jurisprudencia Colex*, 8 (1993).
- IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, M.: *Curso de Derecho Procesal Penal*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Madrid, 1969.
- ISRAEL, J. H.: *Vid. LAFAVE, W. R.*
- ISRAEL, J. H. y LAFAVE, W. R.: *Criminal Procedure. Constitutional Limitations in a nutshell*, 4.ª ed., West Publishing Co. St. Paul, 1988.
- IZU BELLOSO, M. J.: «Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 58 (1988).
- JIMÉNEZ ASENJO, E.: *Derecho Procesal Penal*, vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, s.f.

- JIMÉNEZ-BLANCO, A.: *Vid.* GARCÍA TORRES, J.
- JIMÉNEZ CAMPO, J.: «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 20 (1987).
- : «El legislador de los derechos fundamentales», en AA.VV.: *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo. Oviedo, 1993.
- JORDANO BAREA, J. B.: *La categoría de los contratos reales*, Bosch. Barcelona, 1958.
- JORDANO FRAGA, F.: «La capacidad general del menor», *Revista de Derecho Privado*, 9 (1984).
- JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada*, Tecnos. Madrid, 1987.
- : Voz «Allanamiento de morada», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Civitas. Madrid, 1985.
- JUAN LOZANO, A. M.^a: «Inviolabilidad del domicilio y límites materiales de la Ley de Presupuestos. Un pronunciamiento capital del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Financiero*, 76 (1992).
- KAYSER, P.: *La protection de la vie privée*, 2.^a ed., Presses Universitaires d'Aix-Marseille/Economica. Aix-en-Provence/París, 1990.
- KUHNS, R. B.: *Vid.* ALLEN, R. J.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (y otros): *Parte General de Derecho Civil*. Vol. II: *Personas*, Bosch. Barcelona, 1990.
- LAFAVE, W. R.: *Vid.* ISRAEL, J. H.
- LAFAVE, W. R. y ISRAEL, J. H.: *Criminal Procedure*, 2.^a ed., Westpublishing. St. Paul, 1992.
- LAFUENTE BALLE, J. M.^a: «Los Estados de alarma, excepción y sitio», *Revista de Derecho Político (UNED)*, 30 (1989).
- LAFUENTE BENACHES, M.: *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la administración pública*, Tecnos. Madrid, 1991.
- : «Reflexiones sobre la inviolabilidad del domicilio (a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 160/1991, de 18 de julio)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 73 (1992).
- LASAGABASTER HERRARTE, I.: «Derechos fundamentales y personas jurídicas de derecho público», en AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor E. García de Enterría*, tomo II, Civitas. Madrid, 1991.
- LAUBADERE, A. de: *Traité de Droit Administratif*, 6.^a ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1973.
- LAVAGNA, C.: *Diritto Costituzionale*, vol. I, Giuffrè. Milán, 1957.
- LÉAUTÉ, J.: *Vid.* HAMON, L.
- LINDON, R.: *Dictionnaire juridique sur les droits de la personnalité*, Dalloz. París, 1983.
- LLOR BLEDA, J.: «Artículo 553», en Cabedo Nebot (coord.): *Ley de Enjuiciamiento Criminal. Comentarios y Jurisprudencia*, Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1990.
- LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G.; DEVOLVÉ, P. y GENEVOIS, B.: «Observations a l'arrêt T.C. 27 mars 1952, Dame de la Murette», en *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 9.^a ed., Sirey. París, 1990.

- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Vid.* COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. Á.
- LÓPEZ DÍAZ, A.: *La recaudación de deudas tributarias en vía de apremio*, Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons. Madrid, 1992.
- LÓPEZ GARRIDO, D.: *El derecho de asilo*, IES-Trotta. Madrid, 1991.
- : *Terrorismo, política y Derecho*, Alianza Editorial. Madrid, 1987.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I.: *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*, Eds. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla. Sevilla, 1988.
- LÓPEZ GUERRA, L.: *Vid.* ESTEBAN, J. de.
- LÓPEZ GUERRA, L.; ESPÍN TEMPLADO, E.; GARCÍA MORILLO, J.; PÉREZ TREMPES, P. y SATRÚSTEGUI, M.: *Derecho Constitucional*, vol. I, Tirant lo Blanch. Valencia, 1991.
- LÓPEZ ORTIZ, J.: «El proceso en los reinos cristianos de nuestra reconquista antes de la recepción romano-canónica», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 14 (1942-43).
- LÓPEZ PINA, A. (ed.): *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Civitas. Madrid, 1991.
- LÓPEZ RAMÓN, F.: «Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, 1985 [publicado también en AA.VV.: *De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, (seminario de Profesores de la Facultad de Derecho de Zaragoza dirigido por L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER). Institución «Fernando el Católico». Zaragoza, 1985. págs. 469-513].
- : «Límites constitucionales de la autotutela administrativa», en AA.VV.: *Introducción a los derechos fundamentales* (X jornadas de estudio), vol. III, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid, 1988.
- LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, J. F.: «El juez de instrucción como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio frente a la Administración (comentario jurisprudencial a la STC de 18 de mayo de 1992)», *Revista de Administración Pública*, 130 (1993).
- LORCA MARTÍNEZ, J.: «Una aproximación al artículo 21 de la Ley de Seguridad Ciudadana», *La Ley*, año XIII, n.º 3075 (25 de agosto de 1992).
- LOZANO SERRANO, C.: *Vid.* MARTÍN-QUERALT, J.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos. Madrid, 1990.
- : «El derecho a la intimidad», en AA.VV.: *Honor, intimidad y propia imagen*, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1993.
- LUCAS VERDÚ, P.: «Comentario al artículo 18 CE», en AA.VV.: *Constitución española (edición comentada)*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1979.
- : «Voz inviolabilidad del domicilio», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo XIII, F. Seix Ed. Barcelona, 1968.
- LUCAS, A.: *Code Civil*, Itec. París, 1982.
- LUCHAIRE, F.: *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica. París, 1987.
- : *Le Conseil Constitutionnel*, Economica. París, 1980.

- : «Liberté individuelle», en DUHAMEL, O. y MÉNY, Y. (dirs.): *Dictionnaire constitutionnel*, Presses Universitaires de France. París, 1992.
- MANZINI, V.: *Trattato di Diritto Penale*, 4.^a ed., Tourín, s.f.
- MAREAU, F.: *Manuel de Droit Public Français II. Droit Administratif*, Albert Fontemoing éditeur. París, 1909.
- MARINA GARCÍA TUÑÓN, Á.: «Denominación y domicilio social». En DUQUE DOMÍNGUEZ, J. y otros (coords.): *Derecho de Sociedades Anónimas. I. La Fundación*, Cívitas. Madrid, 1991.
- MARTÍN MORALES, R.: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Cívitas. Madrid, 1995.
- MARTÍN REBOLLO, L.: «La introducción de la referencia al orden público en el Reglamento de lo Contencioso-Administrativo», *Revista de Administración Pública*, 77 (1975).
- MARTÍN RETORTILLO-BAQUER, L.: «Eficacia y garantía de los derechos fundamentales», en AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA*, tomo II, Cívitas. Madrid, 1991.
- : «Notas para la historia de la noción de Orden público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 36 (1983).
- : *La cláusula de orden público como límite —impreciso y creciente— del ejercicio de los derechos*, Cívitas. Madrid, 1975.
- MARTÍN RETORTILLO-BAQUER, L. y OTTO, I. DE: *Derechos fundamentales y Constitución*, Cívitas. Madrid, 1988.
- MARTÍN-QUERALT, J. y LOZANO SERRANO, C.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 4.^a ed., Tecnos. Madrid, 1993.
- MARTIN-SERF, A.: «Du domicile à la résidence», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 3 (1978).
- MARTINES, T.: «Diritto Costituzionale», Editrice *La Sicilia*. Messina, s.f.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)», *Anuario de Derecho Civil*, 4 (1992).
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.: «La moralidad pública como límite de las libertades públicas», en AA.VV.: *Los Derechos Fundamentales y Libertades públicas*, vol. I, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid, 1992.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, M.: «Los límites del Poder Legislativo: el caso del artículo 21 de la Ley de Seguridad Ciudadana», *Revista General de Derecho*, 580-581 (1993).
- MASSERINI, V.: «E proprio vero che l'automobile non costituisce domicilio costituzionalmente tutelato?», *Il Foro Italiano*, 4 (1979).
- MASSO GARROTE, M. F.: «Nota jurisprudencial sobre los aspectos constitucionales de la inviolabilidad del domicilio a la luz de la nueva regulación procesal y material», *Revista de las Cortes Generales*, 29 (1993).
- MATÍA PORTILLA, F. J.: «Delito flagrante e inviolabilidad del domicilio (Comentario a la STC 341/1993)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 42 (1994).

- : «Derecho comunitario y Derecho nacional: la protección de la inviolabilidad del domicilio», *Revista General de Derecho*, 573 (1992).
- MAUNZ, T.: «Artikel 13», en MAUNZ, T. y DÜRIG, G. (dirs.): *Grundgesetz Kommentar*, Band II. Verlag C.H. BECK. München, 1986.
- MEDINA GUERRERO, M.: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill. Madrid, 1996.
- MEDINA, L. y MARAÑÓN, M.: *Leyes Penales de España*, Reus. Madrid, s.f.
- MENÉNDEZ MORENO, A.: *La configuración constitucional de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado*, Lex Nova. Valladolid, 1988.
- MESTRES: «L'arrêt Barinstein», *Recueil Dalloz Sirey*, 1948, III.
- MEZZANOTTE, C.: «L'ospite "semimportuno" dinanzi alla Corte Costituzionale: note in tema di rilevanza e di libertà domiciliare (osservazione alla Sentenza 176/70)», *Giurisprudenza Costituzionale*, 1970.
- MIGUEL CASTAÑO, A. de: *Derecho a la información frente al derecho a la intimidad. Su incidencia en el sistema de información estadística*, Instituto Nacional de Estadística. Madrid, 1983.
- MILLER, F. W.; DAWSON, ROBERT O.; DIX, GEORGE E. y PARNAS, RAYMOND I.: *Cases and materials on Criminal Justice Administration*, 3.^a ed., The Foundation Press. Nueva York, 1986.
- MINISTERIO DEL INTERIOR: *Libertades Públicas*, Secretaria General Técnica del Ministerio del Interior. Madrid, 1979.
- MONTAÑÉS PARDO, M. Á.: «Algunas consideraciones sobre la Ley de Seguridad Ciudadana a la luz de la jurisprudencia constitucional», *Estudios de Jurisprudencia Colex*, 8 (1993).
- MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Destino. Barcelona, 1984.
- MORANGE, J.: *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, 2.^a ed. París, 1988.
- : *Libertés publiques*, Presses Universitaires de France. Vendôme, 1985.
- : «La protection des droits fondamentaux par le Conseil Constitutionnel (Bilan général: 1971-1991)», *Giurisprudenza Costituzionale*, 3 (1991).
- MORELAND, R.: *Modern Criminal Procedure*, The Bobbs-Merrill Company, Inc. Indianápolis, 1959.
- MORENO BERNAL, J.: «Interpretación lingüística de los términos del artículo 21.2 de la LOPSC y de la Sentencia del Tribunal Constitucional», *Estudios de Jurisprudencia Colex*, 8 (1993).
- MORENO CATENA, V.: *Vid. GIMENO SENDRA, V.*
- MORILLO-VELARDE DEL PESO, J. A.: *Vid. SÁNCHEZ DE LAMADRID y AGUILAR, C.*
- MORTATI, C.: *Istituzioni di Diritto Pubblico II*, 9.^a ed., Cedam. Padova, 1976.
- : «La riforma delle strutture dello Stato nella preparazione dell'Assemblea Costituente e nel corso dei suoi lavori», en su obra *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, Giuffrè. Milán, 1972.
- MOTZO: «Contenido ed estensione della libertà domiciliare», *Rassegna di Diritto Pubblico*, 1954.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, 9.^a ed., Tirant lo Blanch. Valencia, 1993.
- NACCI, P. G.: «Libertà di domicilio», en AA.VV.: *Problemi attuali di Diritto*

- Pubblico*, (a cura de P. GIOCOLI NACCII y A. LOIDICE). Cacucci Editore. Bari, 1990.
- NAVARRO FAURE, A.: *El domicilio tributario*, Marcial Pons. Madrid, 1994.
- NIETO GARCÍA, A.: «Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria», *Revista de Administración Pública*, 112 (1987).
- : «Las autorizaciones judiciales para la ejecución de actos y acuerdos municipales que afecten a los derechos fundamentales», en AA.VV.: *Las relaciones entre Administración local y Administración de justicia*, (Jornadas celebradas en Barcelona entre el 20 y el 22 de septiembre de 1988), vol. I, Concejalía de Presidencia del Ajuntament de Barcelona. Barcelona, 1990.
- NOWAK, J. E.: *Vid.* ROTUNDA, R. D.
- OESTREICH, G. y SOMMERMANN, K.-P.: *Pasado y presente de los derechos humanos*, (edición de Emilio Mikunda). Tecnos-Fundación Cultural Enrique Luño Peña. Madrid, 1990.
- OLIVA, G.: «Le perquisizioni personali e quelle delle autovetture in base alle nuove norme sull'ordine pubblico», *Rivista di Polizia*, 1975.
- ORTEGA BENITO, V.: *Vid.* PEDRAZ PENALVA, E.
- OTTO, I. DE: *Vid.* MARTÍN RETORTILLO-BAQUER, L.
- PACE, A.: *Problematica delle libertà Costituzionali. Parte speciale*, 2.^a ed. Cedam. Padua, 1992.
- : «Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana», *Archivio Giuridico*, 1963, pág. 111 y ss.
- : «*Ius admittendi*, e *ius prohibendi*, “contitolarità” e titolarità “derivata” nella problematica della libertà domiciliare (osservazione alla Sentenza della Pretura de Cagliari, de 11-X-1971)», *Giurisprudenza Costituzionale*, 1972, pág. 2800 y ss.
- : «Ordine pubblico, ordine público costituzionale, ordine público secondo la Corte Costituzionale (osservazione alla Sentenza 168/1971)», *Giurisprudenza Costituzionale*, 1971, pág. 1777 y ss.
- : «Zone protette e “oneri” dei visitatori (tra funghi e libertà)», *Le Regioni*, 5 (1987).
- PAGANETTO, G.: «Libertà domiciliare nelle autovetture e limiti alla tutela dell'ambiente (osservazione alla Sentenza della Corte Costituzionale, 31 marzo 1987 núm. 88)», en *Giurisprudenza Costituzionale*, 6 (1987).
- PAPPERMAN: «Artikle 13», en VON MÜNCH (dir.): *Grundgesetz Kommentar*.
- PARDO FALCÓN, J.: *El Consejo Constitucional francés. La jurisdicción constitucional en la V República*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1990.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M.^a: *Voz* «Delitos de funcionarios contra derechos y libertades cívicas», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Cívitas. Madrid, 1985.
- PAREJO A. L.: *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos. Madrid, 1993.
- : «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a proposito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 3 (1981).

- : *Vid.* SANTAMARÍA PASTOR, J. A.
- PARNAS, R. I.: *Vid.* MILLER, F. W.
- PECES MORATE, J. E.: «La ejecución administrativa y la inviolabilidad del domicilio», *Poder Judicial*, 13 (1984).
- : «La entrada en el domicilio o en otros lugares cerrados para la ejecución de actos de la Administración. Hacia un modelo garantista», *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 21 (1994).
- PECES-BARBA, G.: *La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y Política*, (con la colaboración de L. PRIETO SANCHÍS). Fernando Torres (ed.), Valencia, 1981.
- : *Textos básicos sobre Derechos Humanos*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, 1973.
- PEDRAZ PENALVA, E.: «El registro domiciliario», en GÓMEZ DE LIAÑO, F. (coord.): *Comentarios sobre la reforma procesal*, ed., Fórum. Madrid, 1992.
- : «Notas sobre publicidad y proceso», *Poder Judicial*, número especial 11 (1986) (publicado también en *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal. Madrid, 1990).
- : «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal. Madrid, 1990.
- PEDRAZ PENALVA, E. y ORTEGA BENITO, V.: «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas», *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal. Madrid, 1990.
- PERLÁEZ DEL ROSAL, M.: *Legislación Orgánica y de Administración de Justicia*, Barcelona, 1984.
- PELLISÉ PRATS, B.: Voz «Allanamiento de morada», en AA.VV.: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo II, F. Seix ed., Barcelona, 1975.
- PEMÁN GAVÍN, J.: «La población local: la vecindad administrativa», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, tomo I, Cívitas. Madrid, 1988.
- PERELMAN, CH.: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Traducción de L. Díez-PICAZO, Cívitas. Madrid, 1988.
- PÉREZ LUÑO, A.-E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 1.ª ed., Tecnos. Madrid, 1984; 4.ª ed., Tecnos. Madrid, 1991.
- PÉREZ ROYO, J.: *Las fuentes del Derecho*, 4.ª ed., Tecnos. Madrid, 1993.
- PÉREZ VERA, E.: «Artículo 13: extranjería», en AA.VV.: *Comentarios a las leyes políticas*, (dirigidos por Ó. ALZAGA VILLAAMIL), vol. II, Edersa. Madrid, 1984.
- PESCATORE, P.: «La protection des droits fondamentaux par la pouvoir judiciaire». VII Congress International de Droit Européen. Bruselas, 2-4 octobre 1975.
- PHILIPPE, X.: *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille-Economica. París, 1990.
- PINA, R. de: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ed. Reus. Madrid, 1934.
- PIZZORUSSO, A.: *Lecciones de Derecho Constitucional*, 2 vols. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1984.

- : *Sistema Istituzionale del Diritto Pubblico italiano*, Jovene editore. Napoli, 1988.
- PLAZA ARRIMADAS, L.: «La inviolabilidad de domicilio», *Revista de Estudios de la Vida Local*, 216 (1982).
- PONTIER, J.-M.: Vid. DEBBASCH, C.
- POUILLE, A.: Vid. ROCHE, J.
- PRÉLOT, M.: *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, (actualizado por J. BOULOIS), 10.ª ed., Dalloz. París, 1987.
- PRIETO SANCHÍS, L.: «El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución española», *Anuario de Derechos Humanos*, 2 (1983).
- PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, L. y GUTIERRES DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, E.: *Derecho Procesal Penal*, 2.ª ed., Tecnos. Madrid, 1978.
- PUIG PEÑA, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, 7.ª ed., Mateu Cromo. Madrid, 1988.
- QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. de la: *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Cívitas. Madrid, 1981.
- : «La naturaleza de los derechos fundamentales en situaciones de suspensión», *Anuario de Derechos Humanos*, 2 (1983).
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: «La inviolabilidad domiciliaria y los controles administrativos. Especial referencia a la de las empresas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 30 (1991).
- : «Necesidad, legalidad y oportunidad (a propósito de la cobertura de la injerencia policial)», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 5 (1990).
- : *Derecho Penal español. Parte especial*, vol. I, Librería Bosch. Barcelona, 1986.
- QUESADA SEGURA, R.: *El contrato de servicio doméstico*, La Ley. Madrid, 1991.
- QUINTANA LÓPEZ, T.: «La autorización judicial: Garantía de la inviolabilidad de domicilio y límite de la ejecución forzosa de los actos administrativos», *Revista de Estudios de la Vida Local*, n.º 224 (1984).
- : «Un paso más hacia la delimitación de la inviolabilidad de domicilio en nuestro Derecho» *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, 229 (1986).
- QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. Infracciones contra la personalidad* (tomo I, volumen II del Tratado), 2.ª ed., puesta al día por Enrique Gimbernat Ordeig. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1972.
- RAMOS CHAPARRO, E.: *La persona y su capacidad civil*, Madrid, 1995.
- : «Niños y jóvenes en el Derecho civil constitucional», *Derecho Privado y Constitución*, 7 (1995).
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA: *Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española*, vol. II (h-z), 20.ª ed. Madrid, 1989.
- REMOTTI CARBONELL, J. C.: Vid. FREIXES SANJUAN, T.
- RENOUX, T.: *Le Conseil Constitutionnel et l'autorité judiciaire*, Economica. París, 1984.

- REY MARTÍNEZ, F.: «El criterio interpretativo de los derechos fundamentales conforme a normas internacionales», *Revista General de Derecho*, 537 (1989).
- RICCI, J.-C.: *Vid.* DEBBASCH, CH.
- RIGAUX, F.: «L'élaboration d'un "Right of Privacy" par la jurisprudence américaine», *Revue Internationale de Droit Compare*, 4 (1980).
- RIVERO, J.: *Droit Administratif*, 5.^a ed., Dalloz. París, 1971.
- : *Les libertés publiques*, 4.^a ed., Presses Universitaires de France. París, 1989.
- : «La jurisprudence et le principe de liberté», en AA.VV.: *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Presses Universitaires de France. París, 1990.
- : «Liberté individuelle et fouille des véhicules (note sous la Décision du 12 janvier 1977)», en *Le Conseil Constitutionnel et les libertés*, Economica. París, 1984.
- ROBERT, J.: *Libertés publiques*, Editions Montchrestien. París, 1971 (mise à jour au 1^{er} septembre 1973).
- ROBERT, J. y DUFFAR, J.: *Libertés publiques et droits de l'homme*, 4.^a ed., Montchrestien. París, 1988.
- ROCHE, J.: *Libertés publiques*, Dalloz, 6.^a ed. París, 1981.
- ROCHE, J. y POUILLE, A.: *Libertés publiques*, 9.^a ed. Dalloz. París, 1990.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a: *Derecho Penal español. Parte especial*, 16.^a ed., Dykinson. Madrid, 1993.
- RODRÍGUEZ NAVARRO, M.: *Doctrina Penal del Tribunal Supremo*, tomo I. 2.^a ed., Aguilar S. A. de ediciones. Madrid, 1959.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Vid.* COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A.
- ROPPO, E.: «I diritti della personalità», en Cappelletti, Mauro (director de la ed.): *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, tomo I, Giuffrè. Milán, 1985.
- ROSAL BLASCO, B. del: «El concepto de delito flagrante en la Ley de Seguridad Ciudadana», *La Ley*, año XIV, número 3183 (26 de enero de 1993).
- ROTUNDA, R. D.; NOWAK, J. E. y YOUNG, J. N.: *Treatise on Constitutional law. Substance and Procedure*, vol. II, West Publishing Co. St. Paul, 1986.
- RUBIO LLORENTE, F.: «Constitución y derechos fundamentales», *Saber leer*, 16 (1988). Posteriormente incluido en su libro *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993.
- : «Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 35 (1992). Posteriormente incluido en su libro *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993.
- : «Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 4 (1982). Posteriormente incluido en su libro *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993.

- RUIZ DEL CASTILLO, C.: *Derecho Político*, Editorial Reus. Madrid, 1934.
- RUIZ GIMÉNEZ CORTÉS, J.: «Artículo 10», en ALZAGA VILLAAMIL, Ó. (dir.): *Comentarios a las Leyes Políticas*, tomo II, Edersa. Madrid, 1984.
- RUIZ MIGUEL, C.: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos. Madrid, 1995.
- SAIZ JIMÉNEZ, J.: *Enjuiciamiento criminal. Comentarios prácticos a la LECr referidos a la Ley de Urgencia*, Santillana. Madrid, 1962.
- SAGARRA I TRÍAS, E.: *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Bosch. Barcelona, 1991.
- SÁINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, C.: «El artículo 204 bis.a) del Código Penal», en AA.VV.: *Estudios penales en memoria del profesor A. Fernández-Albor*, Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1989.
- SÁINZ DE VARANDA, R.: *Colección de leyes fundamentales*, Acribia. Zaragoza, 1957.
- SÁINZ MORENO, F.: «Sobre la ejecución «en línea directa de continuación del acto» y otros principios de la coacción administrativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 13 (1977).
- SÁINZ MORENO, F. (ed.): *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, 4 vols. Servicio de Estudios y Publicaciones de las Cortes Generales. Madrid, 1980.
- SALA ARQUER, J. M.: «La tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana», *Estudios de Jurisprudencia Colex*, 8 (1993).
- SALA FRANCO, T.: «La relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar y el Contrato de trabajo doméstico», en *Relaciones Laborales*, 4 (1986).
- SALA FRANCO, T. (dir.): *Derecho del Trabajo*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch. Valencia, 1991.
- SALTZBURG, S. A.: *American Criminal Procedure. Cases and Commentary*, 2.ª ed., West Publishing Co. St. Paul, 1984; 3.ª ed., West Publishing Co. St. Paul, 1991.
- SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Los documentos constitucionales y supranacionales con inclusión de las Leyes Fundamentales de España*, Editora Nacional. Madrid, 1972.
- SÁNCHEZ DE LAMADRID y AGUILAR, C. y MORILLO-VELARDE DEL PESO, J. A.: «La garantía judicial de derechos concretos: la Administración, el domicilio y los interdictos», *La Ley*, 1 (1989).
- SÁNCHEZ ISAC, J.: «La ejecución forzosa de los actos de la Administración y la inviolabilidad del domicilio, en la doctrina del Tribunal Constitucional», en AA.VV.: *Homenaje a C. Ruiz del Castillo*, Instituto de Estudios de la Administración Local. Madrid, 1985.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos. Madrid, 1994.
- SANTAMARÍA PAREDES, V.: *Curso de Derecho Político*, 3.ª ed., Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé. Madrid, 1887.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1988.

- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. y PAREJO A. L. (dirs.): *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1989.
- SANZ GANDESEGUI, F.: «La ejecución de los actos administrativos que requieren entrada domiciliaria», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, (Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones) 1688 (1993).
- SANZ MORÁN, Á.: «Algunas observaciones sobre el delito de allanamiento de morada», en *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, (en homenaje al profesor J. M. RODRÍGUEZ DEVESA), tomo II, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, 1989.
- SCHNEIDER, P.: «Principi costituzionali e problematica delle libertà nella Germania Federale», en AA.VV.: *La libertà personale*, (a cura de L. Elia). Unione Tipografico-Editrice Torinese. Turín, 1977.
- SCHWARTZ, B.: *Algunos artífices del Derecho Norteamericano*, Abeledo y Perrot-Cívitas. Buenos Aires-Madrid, 1985.
- SEMPERE RODRÍGUEZ, C.: «Comentario al "artículo 18"», en AA.VV.: *Comentarios a las leyes políticas*, (dirigidos por Ó. ALZAGA VILLAAMIL), vol. II, Edersa. Madrid, 1984.
- SERRANO, J. M.: «Comentario al "artículo 18.2" de la Constitución», en AA.VV.: *Comentarios a la Constitución*, (dirigidos por F. GARRIDO FALLA). 1.ª ed., Cívitas. Madrid, 1980; 2.ª ed., Cívitas. Madrid, 1985.
- SEVILLA ANDRÉS, D.: *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, 2 vols., Editora Nacional. Madrid, 1969.
- SINISCALCO: Voz «Domicilio (violazione di)», *Enciclopedia del Diritto*, tomo XIV. Milán, 1965.
- SOLER ROCH, M.ª T.: «Artículo 130», en AMORÓS RICA, N. (dir.): *Comentarios a las leyes tributarias y financieras*, vol. II, Edersa. Madrid, 1983.
- : Vid. BAYONA PEROGORDO, J. J.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J.: «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», *Revista de Estudios Políticos*, 71 (1991).
- SOMMERMANN, K.-P.: Vid. OESTREICH, G.
- SORIANO DÍAZ, R.: «La paz y la Constitución española de 1978», *Revista de Estudios Políticos*, 45 (1985).
- SORIANO SORIANO, J. R.: «El robo en casa habitada y sus dependencias: artículos 506.2 y 508 CP. Legislación vigente y anteproyecto de 1992», *Cuadernos de Política Criminal*, 47 (1992).
- SOSA WAGNER, F.: «Ejecución forzosa e inviolabilidad de domicilio», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 14 (1977).
- STERN, K.: «El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1 (1988).
- STONE, G. R.; EPSTEIN, R. A. y SUNSTEIN, C. R. (eds.): *The Bill of Rights in the Modern State*, The University of Chicago Press. Chicago-Londres, 1992.
- SUÁREZ MONTES, R. F.: «El delito de allanamiento de morada», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 225 (1968).
- SUÁREZ ROBLEDANO, J. M.: «La salvaguarda y el control judicial de la in-

- violabilidad del domicilio, del control de la intervención de comunicaciones y del secuestro de publicaciones», *Actualidad Penal*, 36 (1987) (también publicado en *Segundas Jornadas de Derecho Judicial. Incidencias de la Constitución en la normas aplicables por los Tribunales de Justicia*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid, 1985).
- SUDRÉ, F.: *La Convention européenne des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France. París, 1990.
- SUNSTEIN, C. R.: *Vid.* STONE, G. R.
- TEITGEN, P.-H.: «La protection des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes». AA.VV.: *L'adhésion des Communautés européennes a la Convention européenne des droits de l'homme*, (sous la présidence de W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH). Vander editeur. Bruselas, 1981.
- TOLEDO UBIETO, E. O. de: «Revisión de algunos aspectos de los delitos contra la inviolabilidad del domicilio (artículo 191 del Código Penal)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2 (1988).
- TORRES MURO, I.: «Limitando el derecho de reunión», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 88 (1995).
- TRAVERSO, C. E.: *La libertà di domicilio nella Costituzione italiana*, Giuffrè. Milán, 1967.
- : «La nozione del concetto di domicilio nell'articolo 14 della Costituzione», en AA.VV.: *Sutudi in onore di A Amorth II. Scritti di Diritto Costituzionale e altri*, Giuffrè. Milán, 1982.
- TRESOLINI, R. J.: *American Constitutional Law*, The Maxmillan Company. New York, 1959.
- TRIBE, L. H.: *American Constitutional law*, 2.^a ed., The Foundation Press. Mineola, New York, 1988.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: *25 años de jurisprudencia (1959-1983)*, Cortes Generales. Madrid, s.f. y *Jurisprudencia 1984-1987*, Cortes Generales. Madrid, 1991.
- URABAYEN, M.: *Vida privada e Información. Un conflicto permanente*, Ediciones Universidad de Navarra S.A. Pamplona, 1977.
- VALDÉS DA-RÉ, F. (y otros): *La legislación social en la historia de España. De la revolución Liberal a 1936*, Publicaciones del Congreso de los Diputados. Madrid, 1987.
- VELU, J. y ERGEC, R.: *La Convention Européenne des Droits del l'Homme*, Bruylant. Bruselas, 1990.
- VIADA LÓPEZ-PUICGERVER, C.: *Curso de Derecho Procesal Penal*, vol. II, Artes Gráficas Helénicas. Madrid, 1962; vol. III, Prensa Castellana. Madrid, 1964.
- VIADA Y VILLASECA, S.: *Código Penal reformado de 1870 con las variaciones introducidas en el mismo por la ley de 17 de julio de 1876*, 4.^a ed., A. San Martín. Madrid, 1890.
- VICENTE-ARCHE DOMINGO, F.: *Comentarios a la Ley del I.R.P.F. y Reglamento del Impuesto*, Colex. Madrid, 1993.
- VIDAL MARTÍNEZ, J.: *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Montecorvo. Madrid, 1984.

- : «En torno al concepto y naturaleza del derecho a la intimidad personal y familiar», *Revista General de Derecho*, 436-437 (1981).
- VIEHWEG, T.: *Tópica y jurisprudencia*, traducción de E. GARCÍA DE ENTE-RRÍA, Taurus. Madrid, 1986.
- : «Acerca de la tópic, especialmente en el ámbito jurídico», en *Topica y Filosofía del Derecho*, Gedisa. Barcelona, 1991.
- VILLA GIL, L. E. de la: «La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar», *Documentación Laboral*, 4 (1985).
- VILLEGAS BASAVILBASO, B.: *Derecho Administrativo V. Limitaciones a la libertad*, Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1954.
- VIMBERT, CH.: «L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel», *Revue du Droit Public*, 3 (1994).
- VIRGALA FORURIA, E.: «La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 40 (1994).
- VIVES ANTÓN, T. S. (coord.): *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch. Valencia, 1990.
- WALINE, M.: «L'arrêt Barinstein», *Revue du Droit Public*, 1948.
- WARREN, S. D. y BRANDEIS, L. D.: «The right to privacy», *Harvard Law Review*, 1890 (december). Existe una reciente traducción al castellano de Pilar Baselga, que se acompaña de una introducción de Benigno Pendás (*El derecho a la intimidad*, Cívitas. Madrid, 1995).
- WEIL, P.: *Vid.* LONG, M.
- YOUNG, J. N.: *Vid.* ROTUNDA, R. D.



McGRAW-HILL/INTERAMERICANA DE ESPAÑA, S. A.
 Ciencias Jurídicas - C/Basauri, 17 - Edificio Vairealty, 1.ª planta
 28023 Aravaca (MADRID)



Nombre y apellidos 4 FORMAS FACILES
 Empresa Departamento Y RAPIDAS
 Dirección C. P. DE SOLICITAR
 Localidad País SU PEDIDO
 C.I.F./D.N.I. Teléfono

(Indispensable)

Ruego me envíen información del fondo McGraw-Hill

Castellano

Inglés

Materias de interés



FAX:
 (91) 372 85 13
 (91) 307 62 72

Ruego me envíen el/los siguiente/s título/s

ISBN Autor/Tít.
 ISBN Autor/Tít.
 ISBN Autor/Tít.
 ISBN Autor/Tít.



TELEFONOS:
 (91) 372 84 09
 (91) 372 81 93

INDIQUE LA FORMA DE ENVÍO:

Correo

Agencia/Mensajería. (Gastos de envío no incluidos en el precio del libro. Consulte con nosotros.)

INDIQUE LA FORMA DE PAGO:

Contrarrebolsos

Tarjeta de crédito

VISA

4B

Mastercard



CORREO
 Rellene este
 cupón y envíenoslo

Autorizo a McGRAW-HILL/INTERAMERICANA DE ESPAÑA, S. A. a cargar en mi tarjeta el importe del presente pedido:

N.º tarjeta: | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |

Fecha caducidad / Nombre del titular Firma

DFID



Sí, envíenme información de las novedades de McGRAW-HILL en Derecho

- Administrativo Civil Constitucional Financiero y Tributario
 Internacional Laboral Mercantil Penal Procesal

Nombre Titulación
 Empresa Departamento
 Dirección Código postal
 Localidad País
 C.I.F./N.I.F. Teléfono

¿Por qué elegí este libro?

- Renombre del autor
 Renombre McGraw-Hill
 Reseña en prensa
 Catálogo McGraw-Hill
 Buscando en librería
 Requerido como texto
 Precio
 Otros

Temas que quisiera ver tratados en futuros libros McGraw-Hill:

.....

Este libro me ha parecido:

- Excelente Bueno Malo

Comentarios



Por favor, rellene esta tarjeta y envíela por correo a la dirección apropiada.



DFID



Le ofrece

- Administración
- Arquitectura
- Biología
- Contabilidad
- Derecho
- Economía
- Electricidad
- Electrónica
- Física
- Informática
- Ingeniería
- Marketing
- Matemáticas
- Psicología
- Química
- Serie McGraw-Hill de Divulgación Científica
- Serie McGraw-Hill de Electrotecnologías
- Serie McGraw-Hill de Management
- Sociología
- Textos Universitarios



OFICINAS DEL GRUPO IBEROAMERICANO

USA

McGRAW-HILL IBEROAMERICAN GROUP
28 th. floor 1221 Avenue of the Americas
New York, N. Y. 10020

BRASIL

MAKRON BOOKS EDITORA, LTDA
Rua Tabapua 1105, Sao Paulo, S.P.
Telf.: (5511) 280 66 22. Fax: (5511) 829 49 70

ESPAÑA

McGRAW-HILL/INTERAMERICANA DE ESPAÑA
Apartado Postal 786 F. D.
Edificio Valreality - 1.ª planta - c/Basauri, 17
28023 Aravaca (Madrid)
Telf.: (341) 372 81 93. Fax: (341) 372 85 13

ARGENTINA, PARAGUAY Y URUGUAY

McGRAW-HILL EXPORT ESPAÑA
Apartado Postal 786 F. D.
Edificio Valreality - 1.ª planta - c/Basauri, 17
28023 Aravaca (Madrid)
Telf.: (341) 372 81 93. Fax: (341) 372 85 13

CHILE

McGRAW-HILL/INTERAMERICANA DE CHILE, LTDA.
Seminario, 541
Casilla 150, Correo 29
Santiago
Telf.: 222 94 05. Fax: (56-2) 635-4467

PORTUGAL

EDITORIA McGRAW-HILL DE PORTUGAL, LDA.
Estrada de Alfragide Lote 107 Parcela A-1
Alfragide 2720 - Amadora
Telf.: (3511) 471 89 64. Fax: (3511) 471 89 81

COLOMBIA

McGRAW-HILL/INTERAMERICANA DE COLOMBIA, S. A.
Avda. de las Américas 46-41
Santafé de Bogotá, D. C.
Telf.: (571) 368 27 00. Fax: (571) 368 74 84

ECUADOR, BOLIVIA Y PERU

McGRAW-HILL EXPORT COLOMBIA
Apartado 81078, Santafé de Bogotá, D. E.
Transversal 42B, 19-77, Santafé de Bogotá, D. E.
Telf.: (571) 268 27 00. Fax: (571) 268 55 67

VENEZUELA

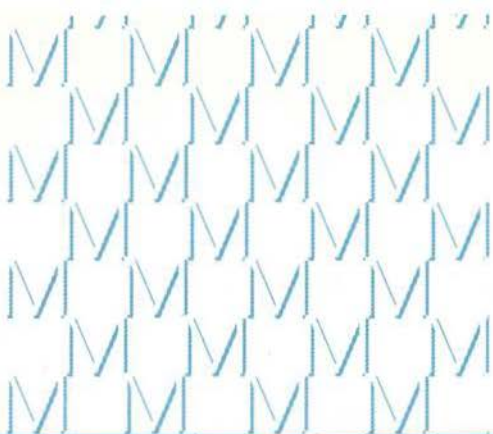
McGRAW-HILL/INTERAMERICANA DE VENEZUELA, S. A.
Apartado Postal 50785, Caracas 1050
Calle Vargas, Edificio Centro Berimer
Planta 1.ª Boleíta Norte, Caracas
Telfs.: 238 24 97 - 238 34 94. Fax: 238 23 74

MEXICO

McGRAW-HILL/INTERAMERICANA DE MEXICO, S. A.
Apartado Postal 5-237, México 5, D. F.
Atacomulco 499-501
Fracc. Industrial San Andrés Atoto,
Naucalpan de Juárez, Edo. de México, 53500
Telf.: (525) 576 90 44. Fax: Ventas (525) 576 08 15

CENTROAMERICA Y CARIBE

McGRAW-HILL EXPORT MEXICO
Apartado Postal 5-237, México 5, D. F.
Atacomulco 499-501
Fracc. Industrial San Andrés Atoto,
Naucalpan de Juárez, Edo. de México, 53500
Telf.: (525) 576 90 44. Fax: Ventas (525) 576 08 15



Francisco Javier Matia Portilla

Profesor de Derecho Constitucional. Universidad de Valladolid.

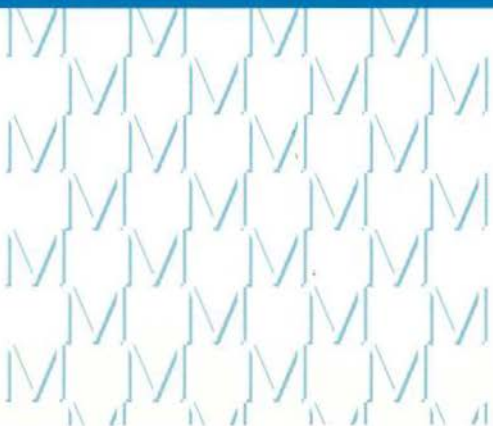
El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio

Prólogo de

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

A punto de cumplirse veinte años desde la aprobación de la Constitución española, sigue siendo tarea difícil determinar los perfiles del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y ofrecer una visión trabada del mismo. Ésta es la pretensión de la presente obra, que examina tanto la vertiente estática del derecho como su dimensión dinámica, a la luz de la noción de *orden público constitucional*.

Esta obra constituye una útil herramienta de trabajo para los estudiosos de la dogmática, general y específica, de los derechos fundamentales, así como para los operadores jurídicos y profesionales del Derecho cuya actividad encuentre conexión, de una u otra forma (artículos 203 y ss. CP, 545 y ss. LECr, 87.2 LOPJ, 96.3 LRJAP y PAC,...) con la inviolabilidad del domicilio. El lector encontrará en sus páginas, entre un buen número de referencias doctrinales y jurisprudenciales españolas, extranjeras y de Derecho internacional y comparado, un exhaustivo resumen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español dictada en los últimos 125 años (1871-1995).



9 788448 111267



ISBN: 84-481-1126-5