

UNIVERSIDAD DE VALENCIA

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

**LA PROTECCIÓN PENAL DEL DOMICILIO Y LOS
REGISTROS DOMICILIARIOS.
REFERENCIA AL ÁMBITO CASTRENSE**

AUTORA

Marina de Luengo Zarzoso

DIRIGIDA POR

Prof. Dra. D^aMargarita Roig Torres

VALENCIA

2015

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	9
INTRODUCCIÓN.....	11
CAPÍTULO I: LA PROTECCIÓN DEL DOMICILIO EN LA LEGISLACIÓN HISTÓRICA.....	17
1.1. INTRODUCCIÓN.....	17
1.2. REFERENCIA AL DERECHO PRECODIFICADO.....	19
1.2.1. DERECHO PRIMITIVO.....	19
1.2.2. DERECHO ROMANO.....	21
1.2.3. DERECHO MEDIEVAL.....	22
1.3. EL ALLANAMIENTO DE MORADA EN LOS TEXTOS CODIFICADOS.....	25
CAPÍTULO II: LA PROTECCIÓN DEL DOMICILIO EN EL DERECHO COMPARADO.....	63
2.1. INTRODUCCIÓN.....	63
2.2. ALEMANIA.....	63
2.3. FRANCIA.....	70
2.4. ITALIA.....	79
2.5. DERECHO ANGLOSAJÓN.....	85
CAPÍTULO III: BREVES APUNTES SOBRE EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995.....	99
3.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	102
3.2. TIPO BÁSICO.....	109
3.2.1. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO.....	109
3.2.2. CONDUCTA.....	111
3.3. TIPO CUALIFICADO.....	123
3.4. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	125
3.5. ASPECTO SUBJETIVO.....	128
3.6. FORMAS DE APARACIÓN DEL DELITO.....	132
3.7. ALLANAMIENTO DE DOMICILIO DE PERSONA JURÍDICA O ESTABLECIMIENTO ABIERTO AL PÚBLICO.....	143
3.8. TIPO CUALIFICADO: ARTÍCULO 204 DEL CÓDIGO PENAL.....	157

CAPÍTULO IV: EL CONCEPTO DE DOMICILIO: LUGARES PROTEGIDOS	163
4.1. CONCEPTO CIVIL, PROCESAL Y PENAL DE DOMICILIO.....	163
4.2. CONCEPTO CONSTITUCIONAL.....	168
4.3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO	177
4.4. CARACTERÍSTICAS DEL CONCEPTO DE DOMICILIO.....	181
4.5. CASOS PARTICULARES	185
4.5.1. VIVIENDAS DESHABITADAS	185
4.5.2. CASAS RUINOSAS.....	186
4.5.3. DEPENDENCIAS.....	187
4.5.4. ESPACIOS COMUNES	191
4.5.5. DESPACHOS PROFESIONALES Y ESTABLECIMIENTOS ABIERTOS AL PÚBLICO	192
4.5.6. HABITACIONES DE HOTELES Y PENSIONES.....	195
4.5.7. CELDAS	197
4.5.8. CARAVANAS / TIENDAS DE CAMPAÑA.....	200
4.5.9. PISOS ALQUILADOS	202
4.5.10. CAMAROTE DE UN BARCO	202
4.5.11. VEHÍCULOS	205
CAPÍTULO V: ENTRADA Y REGISTRO EN LUGAR CERRADO	209
5.1. INTRODUCCIÓN	209
5.2. LA ENTRADA Y REGISTRO: PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES	210
5.2.1. CONSENTIMIENTO DEL TITULAR	223
5.2.2. FLAGRANTE DELITO	235
5.2.3. RESOLUCIÓN JUDICIAL	251
5.3. LUGARES DE ENTRADA Y REGISTRO	275
5.3.1. DOMICILIO PARTICULAR.....	275
5.3.2. LUGARES PÚBLICOS.....	276
5.3.3. BUQUES	282
5.4. PROCEDIMIENTO Y REQUISITOS DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO	284
5.4.1. ESPECIAL REFERENCIA A LOS REGISTROS SOLICITADOS POR EL CENTRO NACIONAL DE INTELIGENCIA.....	310
CAPÍTULO VI: LA PRUEBA ILEGALMENTE OBTENIDA	315
6.1. INTRODUCCIÓN	315

6.2. TEORÍAS SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA ILEGALMENTE OBTENIDA	324
6.3. EFICACIA DE LA PRUEBA.....	331
6.3.1. PRUEBA ILÍCITA/PRUEBA IRREGULAR	334
6.3.2. OTROS SUPUESTOS DE APRECIACIÓN DE LA PRUEBA.....	341
6.4. LA PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA	345
6.4.1. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	357
6.4.2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO.....	375
6.4.3. CONCLUSIONES	392
6.5. BREVE REFERENCIA AL PROBLEMA DE LOS HALLAZGOS CASUALES	395
6.5.1. ESPECIAL REFERENCIA A LOS HALLAZGOS CASUALES EN LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO.....	401
CAPÍTULO VII: LOS REGISTROS EN ESTABLECIMIENTOS MILITARES	417
7.1. INTRODUCCIÓN.....	417
7.2. ALGUNAS NOTAS SOBRE LAS RELACIONES DE ESPECIAL SUJECCIÓN	423
7.3. ALOJAMIENTOS EN EL ÁMBITO CASTRENSE. TIPOLOGÍA Y NORMATIVA ESPECÍFICA ...	440
7.3.1. LAS VIVIENDAS MILITARES	444
7.3.2. LAS RESIDENCIAS MILITARES.....	451
7.3.3. EL PROBLEMA DE LOS ALOJAMIENTOS COMPARTIDOS.....	493
7.3.4. OTROS SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS.....	519
7.3.5. ESPECIAL MENCIÓN A LOS ESTABLECIMIENTOS DISCIPLINARIOS MILITARES	526
7.3.6. REFERENCIA A LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS MILITARES	537
7.3.7. BREVE SÍNTESIS	552
7.4. LA LEY ORGÁNICA 9/2011, DE DERECHOS Y DEBERES DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS.....	555
7.5. REQUISITOS PARA LA ENTRADA Y REGISTRO EN LOS ALOJAMIENTOS MILITARES.....	558
7.5.1. CONSENTIMIENTO DEL TITULAR	559
7.5.2. DELITO FLAGRANTE	562
7.5.3. RESOLUCIÓN JUDICIAL	567
7.6. CONSECUENCIAS DE UNA ENTRADA ILEGÍTIMA	574
CAPÍTULO VIII: ALGUNAS NOTAS SOBRE EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE BASE, ACUARTELAMIENTO O ESTABLECIMIENTO MILITAR Y VULNERACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD	587
8.1. NATURALEZA JURÍDICA	592

8.2. EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE BASE, ACUARTELAMIENTO O ESTABLECIMIENTO MILITAR	595
8.2.1. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO.....	595
8.2.2. CONDUCTA	596
8.2.3. ANTIJURIDICIDAD	605
8.2.4. ASPECTO SUBJETIVO	606
8.2.5. FORMAS DE APARICIÓN	607
8.3. EL DELITO DE VULNERACIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD.....	609
8.3.1. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO.....	610
8.3.2. CONDUCTA.....	611
8.3.3. ANTIJURIDICIDAD	611
8.3.4. ASPECTO SUBJETIVO	612
8.3.5. FORMAS DE APARICIÓN	612
CAPÍTULO IX: CONCLUSIONES.....	613
BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	652

ABREVIATURAS

- **ADPCP**.....Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
- **AHDE**.....Anuario de Historia del Derecho Español
- **ATC**.....Auto del Tribunal Constitucional
- **Cc**.....Código Civil
- **CE**.....Constitución Española
- **CEDDHH**.....Convenio Europeo de Derechos Humanos
- **CGPJ**.....Consejo General del Poder Judicial
- **CP**.....Código Penal
- **CPC**.....Cuadernos de Política Criminal
- **FAS**.....Fuerzas Armadas
- **LEC**.....Ley de Enjuiciamiento Civil
- **LECrím**.....Ley de Enjuiciamiento Criminal
- **LJCA**.....Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
- **LO**.....Ley Orgánica
- **LOCOJM**.....Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar
- **LODDFAS**.....Ley Orgánica de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas
- **LORDFAS**.....Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas
- **LOGP**.....Ley Orgánica General Penitenciaria
- **LOPJ**.....Ley Orgánica del Poder Judicial
- **PADET**.....Plan Antidroga del Ejército de Tierra
- **PANCP**.....Propuesta de Proyecto de Nuevo Código Penal

- **PYCODE**.....Prevención y control de droga en el Ejército
- **RECPC**.....Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
- **RDPC**.....Revista de Derecho y Ciencias Penales
- **REP**.....Revista de Estudios Penitenciarios
- **RGLJ**.....Revista General de Legislación y Jurisprudencia
- **RROOFAS**.....Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas
- **RROO**.....Reales Ordenanzas
- **RP**.....Regamento Penitenciario
- **RPM**.....Regamento Penitenciario Militar
- **SAP**.....Sentencia de Audiencia Provincial
- **STC**.....Sentencia del Tribunal Constitucional
- **STS**.....Sentencia del Tribunal Supremo
- **TC**.....Tribunal Constitucional
- **TEDDHH**.....Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- **TS**.....Tribunal Supremo
- **USAC**.....Unidad de Servicios del Acuartelamiento

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende analizar cuestiones controvertidas en la protección penal del domicilio, principalmente el concepto de éste, centrándose en aquellos aspectos que suscitan dudas a la hora de aplicar los tipos penales, así como en los pronunciamientos jurisprudenciales en la materia. Vamos a analizar los problemas que aparecen en la práctica a la hora de aplicar el allanamiento de morada, fundamentalmente en el ámbito de las Fuerzas Armadas, dadas las especiales características de los alojamientos castrenses. Para ello abordaremos aquellos conceptos jurídicos que han tenido que ser matizados por los tribunales, así como las cautelas que se han de observar para no incurrir en una violación de la inviolabilidad del domicilio.

Se tratará de dar respuesta a situaciones problemáticas que se nos plantean a los profesionales que trabajamos en la institución militar, cuales son qué debemos considerar como domicilio a la hora de llevar a cabo un registro en el interior de un acuartelamiento, en una residencia militar, cómo llevar a cabo una diligencia de entrada y registro en estos lugares... temas que siguen siendo objeto de debate y que no se han zanjado todavía, tal y como veremos al analizar este punto en profundidad.

Finalmente, se analizará el delito específico recogido en el Código Penal Militar de allanamiento de base, acuartelamiento o establecimiento militar, delito cuyo bien jurídico protegido es otro distinto al que se tutela en el Código Penal Común.

Todo ello, sin olvidarnos de hacer en primer lugar un recorrido por la historia para ver cuál ha sido la evolución jurídica de la protección del domicilio.

Tal y como indica Tomás y Valiente¹ el “derecho es una realidad histórica, algo que existe y cambia en el tiempo, por lo que para saber qué es el derecho conviene saber qué ha sido”. Comprenderemos mejor una institución jurídica, cuanto mejor conozcamos su evolución histórica. Los delitos surgieron cuando los hombres entendieron que determinadas actitudes transgredían principios que, según los juicios de valor de cada época, se consideraban fundamentales². Ahora bien, no siempre ha sido igual la consideración de la gravedad de los delitos, ni las posibles consecuencias del mismo; los distintos aspectos a la hora de regular un tipo penal ha dependido de la importancia que en cada época y lugar se atribuyera al interés lesionado.

En nuestra regulación actual, el allanamiento de morada tipifica los atentados contra el derecho a la inviolabilidad del domicilio que consagra la Constitución Española de 1978 (en adelante CE). La CE, tras garantizar el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en el artículo 18 apartado primero, proclama la inviolabilidad de domicilio en el apartado segundo del citado artículo al disponer: “*El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento de su titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito*”.

La inviolabilidad del domicilio es un derecho que está relacionado con el de la intimidad personal y familiar. Como ha señalado el Tribunal Constitucional (en adelante TC) en la STC 22/84, de 17 de febrero, la protección de la inviolabilidad domiciliaria tiene carácter instrumental respecto a la protección de la intimidad personal y familiar. Por ello existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y registro en un domicilio y la que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad. La doctrina del TC es tajante en cuanto a la aplicación de este precepto constitucional: “*El art. 18.2 de la Constitución contiene dos reglas distintas: una tiene carácter genérico o*

¹ Vid. TOMÁS Y VALIENTE, F.: “*Manual de Historia del Derecho Español*”, Tecnos, Madrid, 1979, pág. 23.

² Vid. FONTÁN BALESTRA, C.: *Derecho Penal: Introducción y Parte General*, Abelado Perrot, Buenos Aires, 1974, pág. 39.

principal, mientras la otra supone una aplicación concreta de la primera, y su contenido es por ello más reducido. La regla primera define la inviolabilidad de domicilio, que 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 precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores, de otras personas o de la autoridad pública. Como se ha dicho acertadamente, el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho, no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad de domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos”.

Ahora bien, este derecho proclamado en la Constitución no es absoluto, ya que la propia norma fundamental fija unos límites que son taxativos, tal y como ha afirmado el Tribunal Constitucional, entre otras, en las SSTC 22/84, 126/95, 136/00 y 22/03, al señalar que “(...). *Esta manifestación no se concibe como un derecho absoluto, sino que viene configurada en atención a otros derechos. Los límites al ámbito fundamental de la privacidad tienen un carácter rigurosamente taxativo*” y “*los límites que la Constitución Española establece al ámbito de la inviolabilidad domiciliaria tiene un carácter rigurosamente taxativo*”.

Estos límites son tres³:

- Consentimiento del titular.

³ Artículo 18.2 CE: “*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.*”

- Resolución Judicial: el Tribunal Constitucional en la STC 136/2000, de 29 de mayo, establece que constituye un mecanismo de orden preventivo destinado a proteger el derecho, no a reparar su violación.
- Flagrante delito.

Pero además, y de acuerdo con la Constitución y los Convenios Internacionales, se pueden establecer límites al ejercicio de los derechos en atención a relaciones de supremacía especial respecto a determinados miembros de la Administración, como es el caso de los miembros de las Fuerzas Armadas (en adelante FAS).

Siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el estatuto de los militares se inserta en el marco de las relaciones de sujeción especial, con mayor intensidad aún que el resto de servidores públicos. En atención a razones como la extraordinaria relevancia de las potestades que les encomiendan la Constitución y la Ley de Defensa Nacional, y su derecho a portar armas, deben estar sometidos a una restricción de sus derechos, que se justifica por la necesidad de proteger ciertos fines o intereses constitucionalmente reconocidos, ello, con las debidas garantías. El artículo 8 CE establece como misión de las Fuerzas Armadas: *“garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional”*. En este sentido, el interés general de la sociedad y el cumplimiento de la misión constitucional nos apuntan hoy hacia unas Fuerzas Armadas alejadas de la política y la sindicación.

Con carácter general, dos grupos de razones justifican la pertinencia a un estatuto especial: uno, la voluntariedad de su ingreso y el respeto a determinados principios que se centran en la disciplina, jerarquía y unidad; y dos, el principio de neutralidad, para estar en condiciones de responder a las exigencias en el ámbito de la seguridad y defensa nacional.

Aunque el principio de jerarquía es de general aplicación al conjunto de las Administraciones Públicas, su impronta particular como fundamento de un régimen disciplinario específico para los militares ha sido acogida por el

Tribunal Constitucional. La STC 21/1981, de 15 de junio, reconoce la singularidad del régimen disciplinario militar atendiendo a la consideración de subordinación jerárquica y la disciplina como valores primordiales en el ámbito castrense.

Ahora bien, estas restricciones se han de establecer por ley, justificarse en la protección de un derecho, bien o interés constitucional, ser adecuadas y proporcionadas para garantizar dicha protección y respetar el contenido esencial del derecho regulado. Además, deben expresar con precisión todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora.

Para tutelar este derecho a la inviolabilidad de domicilio el código penal ha tipificado los delitos de allanamiento de morada dentro del Título X del Libro II, bajo la rúbrica “Delitos contra la intimidad”. Concretamente estos tipos penales se hallan recogidos en los artículos 202 y siguientes.

Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha regulado cómo debe llevarse a cabo la diligencia de entrada y registro en los artículos 545 y siguientes, y el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuáles serán las consecuencias de las pruebas obtenidas violentando los derechos fundamentales, que ha sido interpretado por la doctrina jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo.

CAPÍTULO I: LA PROTECCIÓN DEL DOMICILIO EN LA LEGISLACIÓN HISTÓRICA

1.1. INTRODUCCIÓN

A continuación analizaremos la evolución histórica del delito de allanamiento de morada. Como veremos, el origen se remonta al Derecho Romano. A pesar de que se ha mantenido por algún sector de la doctrina la ausencia de este tipo en el derecho precitado⁴, lo cierto es que, si bien no aparece el delito de allanamiento de morada tal y como lo concebimos hoy en día, podemos encontrar formulaciones de la inviolabilidad de domicilio dentro del delito de “*iniuria*” de la Ley Cornelia.

Es en la Edad Media cuando aparece la idea de que las leyes deben proteger casi absolutamente al individuo cuando éste es perturbado en su morada. Así, encontramos en los Fueros numerosas normas⁵ tendentes a proteger la morada que fijaban el bien jurídico en la idea de seguridad personal.

En el derecho codificado, el delito de allanamiento de morada se regula desde el Código Penal de 1822. Y es que, la Constitución de 1812 ya recogía el derecho a la inviolabilidad de domicilio; para proteger dicho derecho, el Código Penal de 1822 contempló en su artículo 234.4 el delito de allanamiento de morada que castigaba al juez o funcionario público que allanare la casa (no utiliza el término morada) de un español, no siendo en la forma o los casos previstos en el código, o por alguna causa prevista en la ley. Este precepto

⁴ Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, tomo I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 2ª ed., 1972, pág. 950; GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870*, Salamanca, 2ª ed., 1913, pág. 738.

⁵ Por ejemplo en el Fuero de Logroño el señor de la casa estaba facultado para matar al extraño sin incurrir en responsabilidad alguna; en el Fuero de León la paz del hogar regía frente a todos. Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la Parte Especial...cit.*, pág. 952.

limita mucho el tipo penal, ya que sujeto activo sólo puede ser juez o funcionario, y sujeto pasivo, únicamente puede ser un español.

El Código Penal de 1848 recoge el delito de allanamiento de morada dentro de los delitos contra la libertad y la seguridad, en los artículos 404 y siguientes. La conducta básica consiste en entrar en morada ajena contra la voluntad de su morador; junto con esta conducta se castiga un subtipo agravado, aquel en el que la conducta típica se lleve a cabo con violencia o intimidación. Todavía no se contempla la modalidad pasiva de mantenerse en la morada, por lo que estos supuestos quedarían impunes. Ya se establece como requisito típico que la conducta se lleve a cabo contra la voluntad del morador. Se contiene una causa de justificación en el artículo 405, y es que no se considerará que existe allanamiento de morada cuando la entrada se realice para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo haga para prestar algún servicio a la humanidad o a la justicia. Quedan excluidos los lugares abiertos al público, y así el artículo 406 dispone que *“lo dispuesto en este capítulo no tiene aplicación respecto de los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas, mientras estuvieran abiertas.”*

La reforma de 1850 mantuvo la misma ubicación sistemática y la misma regulación del delito, cambiando sólo la numeración de los preceptos y elevando la pena de multa.

El Código Penal de 1870 tipificó el allanamiento dentro del Título XII, bajo la rúbrica “De los delitos contra la libertad y la seguridad”, en términos similares a los códigos anteriores, modificando las penas de multa.

El Código Penal de 1928 lo reguló con gran detalle, tratando de corregir aquellos aspectos que habían sido denunciados por la doctrina respecto a los códigos anteriores. En primer lugar, se recogen estos tipos bajo la rúbrica “Delitos contra la inviolabilidad de domicilio”. Otra novedad importante es la introducción de la conducta pasiva. Aparece el subtipo agravado de cometer el delito *“haciendo uso de fuerza en las cosas”*. Así mismo, exige para su persecución denuncia del agraviado.

El Código Penal de 1932 vuelve a la regulación contenida en el de 1870: de nuevo se inscribe bajo la rúbrica de “Delitos contra la libertad y seguridad”, pero ya no recoge conducta pasiva ni el subtipo agravado de cometer el delito ejerciendo fuerza en las cosas.

El Código Penal de 1944 sigue la línea del anterior respecto al allanamiento, no pudiendo citarse novedades significativas.

En las reformas posteriores, es de destacar la introducción nuevamente de la conducta pasiva llevada a cabo por Ley de 7 de abril de 1952, la protección de la inviolabilidad de lugar sagrado o edificio religioso (reforma de 1958), y la creación por la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983 (PANCP), de un Título VII dedicado a los Delitos contra la intimidad.

1.2. REFERENCIA AL DERECHO PRECODIFICADO

Vamos a hacer alusión a algunas de las normas que positivizaron de una u otra manera los atentados a lo que hoy en día entendemos como domicilio o morada.

1.2.1. DERECHO PRIMITIVO

En primer lugar, hablaremos del derecho mesopotámico (cuyo origen se remonta al año 3.500 a.c.), ya que las primeras legislaciones positivas penales⁶ que nos son conocidas datan de oriente antiguo, legislaciones caracterizadas principalmente por la estricta vinculación de lo penal a lo religioso.

El Código de Hammurabi, uno de los ordenamientos jurídicos penales más antiguos conocidos, no recoge el delito de allanamiento de morada tal y

⁶ Entre las primeras leyes de este derecho podemos citar los Códigos de Urnammu, Shulgi, Lipit Ishtar, Hammurabi,... *Vid. Los primeros Códigos de la Humanidad (estudio preliminar, traducción y notas de Federico Lara Peinado y Federico Lara González)*, Tecnos, Madrid, 1994, págs. 11 y ss.

como lo concebimos hoy en día, si bien sí castiga determinados atentados a la propiedad. Este primitivo código, protege las injerencias contra la propiedad privada por parte de terceros.

Así, el apartado IX-21⁷, establece que “*si un señor abre brecha en una casa, delante de la brecha se le matará y se le colgará*”.

También prevé que si un oficial o un especialista (militar), se ausenta de su campo, huerto o casa, y otra persona se hace cargo de sus propiedades, si el oficial o militar regresa antes de un año le será devuelto.

Como podemos observar la protección que se otorga a la propiedad no es en aras a preservar la intimidad de las personas que en ella puedan habitar, sino que tiene otra fundamentación distinta, y es que, en el derecho babilónico los bienes inmuebles eran fundamentalmente de carácter público. El estado controlaba sus propiedades mediante el catastro, y éstas eran, o bien explotadas directamente por prestación personal, o bien por trabajo de esclavos, y dirigidas por capataces, mayordomos y administradores. En muchas ocasiones estas propiedades se entregaban como arrendamiento o como beneficio (ilkum) a determinados funcionarios, soldados o artesanos que habían prestado sus servicios al estado.

Ahora bien, la propiedad tenía carácter absoluto reconocido por la ley, no estando sometida más que a determinadas servidumbres en supuestos concretos, y para tener el pleno dominio sobre ella junto a la posesión se exigía un título jurídicamente válido, por lo que el propietario tenía siempre la posibilidad de su reivindicación contra el poseedor de la misma; de ahí que se otorgara protección a la propiedad frente a posibles injerencias externas.

⁷ Vid. LARA PEINADO, F.: *Código de Hammurabi*, Tecnos, Madrid, 2ª ed., 1992, págs. XC y ss.

1.2.2. DERECHO ROMANO

Por lo que respecta al Derecho Romano⁸, a pesar de que se ha mantenido por algún sector de la doctrina la ausencia del tipo objeto de análisis del presente trabajo en este derecho, lo cierto es que, si bien no aparece el delito de allanamiento de morada tal y como lo concebimos hoy en día, podemos encontrar formulaciones de la inviolabilidad de domicilio en la protección que proporcionaba la *Ley Cornelia de Injuriis*; dichas formulaciones consideran que el “*ius prohibendi*” que deriva de la misma es expresión del derecho de propiedad o de la posesión de la morada.

La Ley de las XII Tablas no contenía ningún precepto que recogiera este delito. No es hasta la Ley Cornelia cuando se castiga por primera vez la entrada violenta en la casa de otro, acción que se recoge como una modalidad de injurias. Esto hace necesario un breve análisis del significado de dicho término en el Derecho Romano.

*Iniuria*⁹, en su sentido más genérico, significa toda especie de agravio o hecho cometido contra derecho. Este concepto evolucionó, pudiendo distinguir entre la *iniuriae*, que se refiere de manera más especial a las lesiones inferidas contra personas libres, y el *dammun iniuria*, que comprende los daños sobre las cosas¹⁰.

La *iniuria* cometida con violencia se convertía en un crimen castigado por la Ley Cornelia. Esta violencia podía ser tanto *vis absoluta* (violencia física) como *vis compulsiva* (amenaza de producir esa violencia).

⁸ El Derecho Romano está compuesto por una serie de escritos de aquellos autores que fueron considerados en la antigua Roma como autoridades en el discernimiento de lo justo e injusto (jurisprudentes); la virtud fundamental del Derecho Romano que hace que se deba seguir estudiando en la actualidad, consiste en haber sido un derecho científico, jurisprudencial, y no un orden impuesto por el legislador. Vid. D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano*, Universidad de Navarra, Pamplona, 5ª ed., 1983, págs. 27 y ss.

⁹ El término más amplio para designar todos los actos ilícitos que dan lugar a una represión jurídica es el de *iniuria*, es decir, lo contrario al *ius*: si *ius* equivale al moderno “derecho”, *iniuria* equivale a “torcido”. El concepto de *iniuria* implica también una voluntad contraria del que la sufre: *nulla iniuria fit volenti*. Vid. D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano...cit.*, págs. 48 y ss.

¹⁰ Vid. MOMMSEN, T.: *Derecho Penal Romano*, La España Moderna, Madrid, 1907, pág. 6.

Al configurarse la entrada violenta en la morada de otra persona como una *iniuria*, lo fundamental no era perturbar la paz de la morada, sino la violencia, y lo que se protegía no era sólo la voluntad del morador de mantener su casa libre de interferencias de terceros, sino también el orden y la seguridad pública. De ahí que este delito se considerase público, de suerte que sólo podía ser perseguible de oficio.

Posteriormente, el derecho público de los pretores¹¹ castiga como *dammun iniuria datum* (daño injustamente causado), los ataques contra los intereses del propietario o poseedor, y como *furtum* el apoderamiento ilícito y clandestino una cosa ajena.

1.2.3. DERECHO MEDIEVAL

Es en la Edad Media cuando aparece la idea de que las leyes deben proteger casi absolutamente al individuo cuando éste es perturbado en su morada. En esta época la inviolabilidad de domicilio se configura como un instrumento para garantizar la libertad y la seguridad personal de los nobles frente al poder real.

En el siglo V llegan a España los visigodos, lo que implica la convivencia de dos pueblos distintos; si bien en España, como en los demás países invadidos, los bárbaros siguieron rigiéndose por su derecho y respetaron las instituciones jurídicas de los sometidos, fue tarea constante la compilación y uniformidad de las leyes. Así surgen las colecciones de leyes visigodas tales como el Código de Eurico, de Leovigildo, de Recesvinto,...¹².

¹¹ Los textos positivos únicamente recogen supuestos de daño material en la *domus disruta*. Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la Parte Especial...cit.*, pág. 951.

¹² El Código de Eurico revela la influencia de ambos derechos, romano y germano, lo que señala una fuerte tendencia hacia la unidad jurídica; su redacción debe atribuirse a juristas romanos. El Código de Leovigildo no era más que una reforma del de Eurico. Lo que hizo Leovigildo fue una reforma del Código de Eurico corrigiendo unas leyes, añadiendo otras y eliminando las que resultaban superfluas; a este código se fueron agregando las leyes posteriores hasta el reinado de Recesvinto. El Breviario de Alarico consistía en una recopilación

Se llega así, tras estas colecciones, por obra del rey Flavio Egica, al Fuero Juzgo¹³ (*Lex Visigotorum*), la más antigua compilación legislativa unitaria y coherente¹⁴.

La Ley 2, Título 4, Libro IV, del Fuero Juzgo¹⁵ recoge el robo en casa habitada y el allanamiento de morada simple, exigiendo fuerza en el momento de producirse la entrada.

Tras la desaparición de la monarquía visigoda, se produce en España una gran confusión legislativa: surgen los fueros locales¹⁶. Estos fueros, reconocen y garantizan la protección de la casa frente al allanamiento de morada, como el Fuero de León de 1188 o la Carta del Convenio entre el Rey Alfonso I de Aragón y los moros de Tudela de 1119. Surge así un creciente

de las leyes romanas postclásicas. Vid. GARCÍA GALLO, A.: *Manual de Historia del Derecho Español. II. Antología de fuentes del antiguo derecho*, Madrid, 1982, págs. 165 y ss; FERNÁNDEZ ESPINAR, R.: *Manual de Historia del Derecho Español. I. Las fuentes*, Madrid, 1989, págs. 168 y ss; PESET, M. (y otros): *Historia del Derecho*, Artes Gráficas Soler, Valencia, 1994, págs. 71 y ss; y TOMÁS Y VALIENTE, J. *Manual de Historia del Derecho Español...cit.*, págs. 1015 y ss.

¹³ Cuatro de sus libros (VI, VII, VIII y IX) contienen exclusivamente disposiciones de carácter penal, encontrándose también otras en los libros restantes. Es digno de recalcar, en relación con las leyes de la época, que el Fuero Juzgo no hace diferencia alguna entre godos y españoles, fijando así el sometimiento de otros a una misma ley. Vid. FONTÁN BALESTRA, C.: *Derecho Penal. Introducción y Parte General...cit.*, pág. 50.

¹⁴ Rosenfeld considera el Fuero Juzgo la primera piedra legislativa del derecho penal público, sin rastros de personalismo de faida ni otras instituciones bárbaras. Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio de Derecho Penal, Vol. I*, Ederesa, Madrid, 1958, pág. 952. Pacheco considera que España, antes que ningún otro pueblo contemporáneo, tuvo un verdadero código digno de esa denominación, “*que tanto por su forma artística como por el espíritu que lo inspiraba, pudiera ponerse sin desdoro al lado de los códigos romanos, hasta entonces vigentes*”. Vid. FONTÁN BALESTRA, C.: *Derecho Penal. Introducción y Parte General...cit.*, pág. 50. No obstante el gran valor de este código, “*no parece que el Liber Judiciorum tuviera en la época visigótica gran aplicación. Los fragmentos de formularios que han llegado hasta nosotros demuestran la realidad de un derecho consuetudinario conforme al de los tiempos primitivos*”. Vid. ANTÓN ONECA, J., RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A.: *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Madrid, 1949, pág. 55.

¹⁵ “*El omne que entra en casa aiena por fuerza... e si non fizier damno en la casa nin levar nada, por quanto entro por fuerza, peche X sueldos et reciba C azotes...*”. Vid. *Leyes del Fuero Juzgo*, (segunda edición de la traducción al castellano por don Isidoro de Hernández Pacheco), Madrid, año MDCCXCII, págs. 45 y ss.

¹⁶ El valor científico del derecho penal de los Fueros Municipales, es considerado por QUINTANO RIPOLLÉS nulo, aunque lo sea grande para la historia de la cultura e instituciones. Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio de Derecho...cit.*, pág. 952.

interés por preservar la paz de la casa¹⁷, apareciendo de este modo un tipo penal en el que la acción típica consiste en la entrada física del sujeto activo a un local habitado frente al derecho del morador. Esta figura gozaba de una especial protección, ya que era una de las consideradas más graves. Esto es consecuencia de las circunstancias políticas, sociales y religiosas de la Edad Media; así, los monarcas en esta época tratan de reducir el poder de los señores feudales respecto a sus vasallos y se sacraliza la paz doméstica. Consecuencia de esto es que el tipo penal regía frente a todos y se aplicaba tanto a nobles como a villanos. La protección era tal que en algunos fueros, como el de Logroño, el señor de la casa podía matar al extraño.

Podemos hablar de dos modalidades de atentar contra la paz del hogar. Por un lado se castigaba cualquier entrada ilegal en la casa de un tercero, lo que recibía el nombre de “quebrantamiento”¹⁸. Esta entrada podía hacerse simplemente contra la voluntad del dueño, o bien con la intención de cometer algún hecho ilícito contra los moradores (Fuero de Cuenca). Al igual que sucede actualmente, también se castigaba al que, habiendo entrado lícitamente en la casa, se mantenía en ella contra la voluntad de su dueño (Fuero de Teruel).

Los Fueros de Soria y Calatayud recogían otro tipo consistente en las violencias que desde el exterior ejercía un grupo de sujetos contra la persona que allí se encerraba (encerramiento).

¹⁷ En la Alta Edad Media la paz doméstica fue la base para proteger la morada. Vid. ORLANDIS, J.: *La paz de la casa en el derecho español de la Alta Edad Media*, en AHDE XV, 1944, págs. 107 y ss; TOMÁS Y VALIENTE, J. *Manual de Historia del Derecho Español...cit.*, pág. 137, que explica: “*el derecho cumplía así la función de garantizar un mínimo de paz absolutamente necesario para que pudiera existir convivencia en sociedad (...) De un modo paulatino el derecho protegió de manera especial otras formas de paz, otras “paces especiales”. (...) Los reyes otorgaron una protección jurídica especialmente intensa a determinados ámbitos: la casa, el mercado, los caminos, el lugar donde se impartía justicia.*”

¹⁸ Vid. ORLANDIS, J.: *La paz de la casa en el derecho español de la Alta Edad Media...cit.*, pág. 143, que explica: “*el quebrantamiento, en sentido amplio, de la paz doméstica comprendía toda entrada en la casa que pudiera calificarse de ilegítima, bien por la intención abrigada por quien penetra en la misma, bien, simplemente, por realizarse contra la voluntad del morador.*”

Posteriormente, en las Partidas¹⁹ desaparecen los preceptos que castigaban la entrada en morada ajena.

1.3. EL ALLANAMIENTO DE MORADA EN LOS TEXTOS CODIFICADOS

Las monarquías absolutas desconocieron el allanamiento de morada²⁰, siendo a partir de la Revolución Francesa de 1789 cuando se consagra el derecho a la inviolabilidad de domicilio, derecho que fue universalizándose a lo largo del siglo XIX hasta convertirse en uno de los más consagrados y protegidos. De este modo, los códigos penales europeos establecieron tipos penales encaminados a proteger la morada.

Veamos cómo evolucionó este delito en la codificación española; para ello estudiaremos los distintos códigos que se fueron sucediendo durante el período constitucional.

El código constituye la ley penal común puesto que recoge prácticamente la totalidad de los delitos, éstos pueden cometerse por todos y ofrecen un carácter estable y permanente de criminalidad.

¹⁹ Las Partidas, redactadas por el rey Alfonso X el Sabio, simbolizan la recepción del derecho romano; podemos ver en ellas no sólo influencias, sino también verdaderas transcripciones de textos romanos. Vid. ANTÓN ONECA, J., RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A.: *Derecho Penal. Parte General...cit.*, pág. 56. Si bien es cierto que el derecho precodificado en la península estuvo constituido por los Fueros, la Novísima Recopilación y las Partidas, en la práctica y contra lo dispuesto en el orden señalado en el Ordenamiento de Alcalá, los tribunales aplicaron las Partidas con carácter preferente a los Fueros. Vid. LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación española, Vol. I*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, págs.15 y 16; PACHECO, J.F.: *El Código Penal Concordado y Comentado*, tomo I, Madrid, 4ª ed., 1870, pág. 45; SILVELA, L.: *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente, segunda parte*, Madrid, 1879, págs. 41 y 42.

²⁰ Durante la etapa de las monarquías absolutas se produjo un silencio legislativo en relación con el delito de allanamiento de morada.

En España el Código de 1822 realizó una completa y necesaria reforma de la legislación penal²¹.

La idea codificadora en materia de derecho penal²² hay que ponerla en relación con las nuevas corrientes doctrinales, de clara tendencia humanitaria. Siguiendo estas ideas, las Cortes de Cádiz, mediante Decreto, abolieron las penas infamantes como la horca, la mutilación, los azotes, la confiscación, e introdujeron modificaciones en el proceso penal, como la supresión del tormento. Por su parte, la Constitución de 1812 dispuso que los Códigos Civil, Criminal y de Comercio fueran únicos para toda la monarquía. Esta Constitución consagró disposiciones importantes y realizó mejoras muy notables, aspirando a la completa reforma de la legislación penal.

²¹ El estado de la legislación española a principios del siglo XIX estaba constituido por las Partidas, elaboradas en el siglo XIII, y las leyes recopiladas, respondiendo muchas de ellas a circunstancias e impresiones del momento; estas normas no estaban en armonía con las necesidades y cultura de la época. Por otra parte, el movimiento de estudio y examen de la filosofía del derecho penal desde mitad del siglo XIX había puesto de relieve los grandes defectos de que adolecía el derecho penal europeo, invocando las necesidades de su reforma. Es cierto que el derecho penal en España era menos bárbaro y cruel que el de otros países europeos; pese a eso, no obstante también le alcanzaba las críticas de las nuevas tendencias doctrinales fruto de la Ilustración. *Vid.* LLOPIS Y DOMÍNGUEZ, J.M.: *Apuntes de Derecho Penal, Primera Parte*, Valencia, 1886, págs. 18 y ss.

²² El origen de movimiento codificador en Europa hay que situarlo en el último tercio del siglo XVIII, cuando, como consecuencia de la expansión de las ideas reformistas surgidas de la Ilustración los distintos países europeos elaboraron sus primeros códigos. Estos textos son un fiel reflejo de las ideas de autores utilitaristas, entre los que destaca Beccaria. En torno al sistema de penas, este autor mantenía que las penas sólo deben ser aplicadas si son necesarias de acuerdo con su finalidad preventiva, y han de ser proporcionales y útiles. *Vid.* ANTÓN ONECA, J., DE MIGUEL GARCILÓPEZ, A.: *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1940, págs. 18 y ss; PESSINA, E.: *Elementos de derecho penal (traducción del italiano por H. González del Castillo)*, Parte Primera, Madrid, 1982, págs. 35 y ss; TORÍO LÓPEZ, A.: *Beccaria y la inquisición española*, A.D.P.C.P., tomo XXIV, 1971, págs. 391 y ss; TORRES MENA, J.: *Los desenvolvimientos de la codificación*, R.G.L.J., 1874, págs. 35 y ss.

1.3.1. EL CÓDIGO PENAL DE 1822

A pesar de esa intención codificadora en derecho penal, no es hasta 1822, bajo el régimen liberal, cuando se promulga el primer código penal²³, aunque quedó derogado²⁴ al año siguiente como consecuencia de la caída de este régimen y la reinstauración del absolutismo.

A pesar de su escasa vigencia²⁵, reviste especial importancia por su influencia en códigos posteriores, tanto liberales como conservadores, y es que, en este código inciden dos tendencias, representadas respectivamente

²³ En España, aunque el primer código penal que vio la luz fue el de 1822, a finales del siglo anterior se había producido ya un intento codificador: el Plan de Código Criminal de 1787, cuyo origen se encuentra en la consulta que el Supremo Consejo de Castilla dirigió a Carlos III denunciando la crueldad e ineficacia del sistema de penas vigente. Se recogieron las ideas utilitaristas de Lardizábal. La Junta señaló que era indispensable formar un cuerpo separado de la Legislación Criminal sin mezcla de otra cosa, y de este modo el texto contenía problemas penales tanto sustantivos como procesales. Compuesto por cuatro partes, es la Parte I “De los delitos y sus penas”, Título IV (De los delitos contra la tranquilidad y seguridad pública) la que recoge “*entrar por fuerza y con violencia en casa ajena*”. Vid. CASABÓ RUIZ, J.R.: *Los orígenes de la legislación penal en España: el plan de Código Criminal de 1787*, A.D.P.C.P., tomo XXXII, 1969-1, págs. 321 y ss; LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación española...cit.*, págs. 17 y ss.

²⁴ Muchos autores, como Alonso y Alonso, Cerezo Mir o Jiménez de Asúa, han cuestionado la aplicación práctica de este código, ya que, desde el punto de vista formal, no entró en vigor hasta el 1 de enero de 1823 y el 1 de octubre del mismo año se declaraba nulo y sin efecto por el Manifiesto del Monarca Fernando VII como consecuencia de la entrada de los “Cien Mil Hijos de San Luis” y la restauración del absolutismo. Vid. ALONSO Y ALONSO, J.: *De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822*, en R.E.P., núm. 11, 1946, págs. 2 y ss; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: *Contribución al estudio sobre la aplicación del Código Penal de 1822*, en C.P.C., núm.5, 1965, págs. 229 y ss; CERESO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, tomo I, Tecnos, Madrid, 1976, pág. 118; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de derecho penal*, tomo I, Losada, Buenos Aires, 1964, págs. 572 y 573. CASABÓ RUIZ, sin embargo, defiende la aplicación de este código y aporta resoluciones judiciales que, aunque en casos aislados, demuestran que el código se aplicó. Vid. CASABÓ RUIZ, J.R.: *La aplicación del Código Penal de 1822*, A.D.P.C.P., tomo XXXII, 1979, págs. 337 y ss.

²⁵ Sólo estuvo vigente durante el denominado trienio liberal (1820-1823), trienio caracterizado por su inestabilidad política. Hay que añadir, además, la oposición solapada del rey y la intervención de las potencias extranjeras. Conscientes los estadistas europeos del peligro que encerraban las aspiraciones liberales decidieron, en el Congreso de Viena, unirse para evitar tal amenaza. Dentro de esta línea, el Congreso de Verona, acordó enviar un conjunto de tropas para que reprimiera la sublevación española. Los cien mil hijos de San Luis entraron en España en 1823 y sin encontrar apenas resistencia devolvieron a Fernando VII todos sus poderes, quien de inmediato declaró abolida la Constitución de 1812 que le fue impuesta por los liberales en 1820. Se inicia así una dura y larga etapa de represiones.

por las ideas penales de nuestro derecho histórico (Partidas, Novísima Recopilación), y por la filosofía de la época (Ilustración)²⁶; esto supuso la necesidad de mantener por parte de los miembros de la Comisión²⁷ una actitud de equilibrio entre las nuevas ideas ilustradas y las concepciones tradicionalistas que se seguían manteniendo en la sociedad española. Las nuevas ideas introducen un sentido humanitario en el tratamiento del delincuente, frente a la dureza característica de las penas del Antiguo Régimen; el conflicto entre estas dos tendencias cristaliza en torno al principio de prevención general.

Desde el punto de vista jurídico penal el Código de 1822 sorprende porque, sin dejar de ser el primero con notables influencias en los siguientes, difiere tanto en su estructura como en su estilo literario del de 1848 y posteriores; además, en el ámbito de las doctrinas penales agrupa arcaísmos procedentes de la normativa penal preexistente con nuevas ideas punitivas, y desde una perspectiva ético-social, la presencia de contenidos netamente liberales y personalistas contrasta con inercias de una España fuertemente centrada en un catolicismo contrareformista, más rural que urbana, sin experiencia como estado liberal en su forma de monarquía constitucional y parlamentaria.

Frente a los códigos posteriores, con la excepción del de 1928, que sistematizaron su contenido en tres libros, el Código Penal de 1822, de inspiración más francesa, lo hace en dos: un Título Preliminar y una Parte Primera (De los delitos contra los particulares).

²⁶ La mayor influencia doctrinal provino de Bentham, Beccaria, Filangieri, Bexon y Lardizábal. Esto autores fueron citados a lo largo de las discusiones de la Comisión sobre el articulado. Vid. ANTÓN ONECA, J.: *Historia del Código de 1822*, A.D.P.C.P., tomo XX, 1967, pág. 271; CUELLO CONTRERAS, J.: *Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de Código Penal de 1822*, A.D.P.C.P., tomo XXX, 1977, pág. 83.

²⁷ La comisión encargada de redactarlo estaba compuesta por Calatrava, Vadillo, Rey, Crespo, Caro, Rivera y Martínez Marina. Vid. ALONSO Y ALONSO, J.: *De la vigencia y aplicación...cit.*, págs. 2 y ss.

Analizaremos ahora cómo reguló este código el delito de allanamiento de morada; aunque no lo reguló tal y como lo entendemos ahora, sí recogió dentro del Título I (De los delitos contra la Constitución y el orden público de la monarquía) de la Parte I, en el Capítulo IV, bajo la rúbrica “De los delitos contra la libertad individual de los españoles”, el delito de allanamiento de casa de un español por parte de un juez o funcionario público, no siendo en la forma o los casos previstos en el código, o por alguna causa prevista en la ley (artículo 243.4). De esta manera se protege el derecho a la inviolabilidad de domicilio reconocido en la Constitución de 1812. Este artículo establecía:

“Artículo 234. Son reos de atentado contra la libertad individual:

4. El juez o funcionario público de cualquier clase que allanare la casa de un español, no siendo en los casos o en la forma prescrita por el código de procedimientos.”

Respecto a este artículo podemos hacer los siguientes comentarios.

El término que se utiliza es el de “allanamiento de casa”, no morada, término que aparecerá a partir del Código Penal de 1848.

Se limita tanto el sujeto activo, que ha de ser funcionario público, como pasivo, que necesariamente deberá ser español. Por tanto, no se recogen los supuestos de allanamiento de morada cometido por particular, ni aquellas conductas que atentasen contra extranjeros.

Por lo que respecta a la conducta típica, ésta se limita a “allanar la casa”, por lo que quedarían fuera las conductas de omisión (mantenerse en ella sin el consentimiento del titular).

El código, también se refiere al allanamiento de casa en el artículo 807, cuando al castigar las fuerzas y violencias contra las propiedades, tiene en

cuenta que haya habido allanamiento de alguna casa, tienda, almacén, a la hora de determinar la pena²⁸.

Junto con este tipo, el artículo 807, contenido en el Capítulo IX “De las fuerzas y violencias cometidas contra las propiedades y contra los despojos”, Título III “De los delitos contra la propiedad de los particulares”, castigaba “*todo saqueo, destrucción y corrupción de muebles, alhajas y comestibles y derramamiento de licores cometido violentamente y con allanamiento de alguna casa, tienda, almacén, depósito o embarcación, por cuatro o más personas reunidas en sedición, motín, asonada o cuadrilla para causar algún daño, o por dos o más hombres armados para el propio fin, será castigado con la pena de dos a seis años de obras públicas (...)*”. Lo que se protegía era la propiedad. A esto cabe añadir que para apreciar el tipo penal era necesario que se ocasionara algún daño a la propiedad, no bastando con la mera entrada para aplicar el delito.

1.3.2. LOS PROYECTOS POSTERIORES

La llegada del absolutismo supuso la derogación del Código Penal de 1822, puesto que el Rey Fernando VII, mediante el Real Manifiesto del Puerto de Santa María de 1 de octubre de 1823, dejó sin efecto las normas del Trienio Constitucional e impuso las del Antiguo Régimen.

El 26 de abril de 1829, el Monarca mandó la formación de una Comisión para la elaboración de un nuevo código penal. Fruto de su trabajo surgió el

²⁸ El artículo 807, en sus apartados 1 y 2 reza de la siguiente manera: “1. *Todo saqueo, destrucción y corrupción de muebles, alhajas y comestibles, y derramamiento de licores cometido violentamente y con allanamiento de alguna casa, tienda, almacén, depósito o embarcación (...) será castigado con la pena de dos a seis años de obras públicas. (...)*. 2. *La destrucción, corrupción y derramamiento ejecutado por personas reunidas en sedición, motín o cuadrilla, en cosas puestas al público o cualquier otra, sin allanamiento de casa, almacén o embarcación, será castigado con la pena de obras públicas de uno a tres años.*” Vid. GARCÍA GOYENA, F.: *Código criminal español (concordado y comentado con el penal de 1822, el francés y el inglés)*, tomo I, Madrid, 1843, pág. 272; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., RUIZ DE CORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales españoles (recopilación y concordancias)*, Akal, Madrid, 1988, pág. 161.

Proyecto de 1830²⁹, al que le siguieron otros, de 1831³⁰ elaborado por Sainz de Andino, y de 1834³¹, ninguno de los cuales alcanzó la luz por motivos técnicos y políticos.

Por lo que respecta a la regulación del tipo penal que nos ocupa, estos proyectos no introdujeron novedades significativas, siendo tan solo de destacar la manifestación que realza el Proyecto de 1831 al regular la legítima defensa: “*es también legítima defensa para repeler el asalto de domicilio hecho por medio de escalamiento, fractura, o con uso de instrumentos que faciliten la entrada, cometiéndose estos actos en la noche, o que si ocurriesen durante el día, se hallaren armados los agresores y el suceso fuese en lugar desierto, o donde por otras circunstancias no hubiese posibilidad de invocar el auxilio de otras personas para impedir el asalto*”, lo que nos recuerda al derecho foral de la Edad Media (Fuero de Logroño).

1.3.3. EL CÓDIGO DE 1848

Habiendo fracasado los proyectos anteriormente expuestos, fruto de un gobierno autoritario liberal³², el 19 de julio de 1848 fue promulgado el Código Penal de 1848, denominado también “Código Pacheco”³³.

²⁹ El texto fue elaborado por todos los miembros de la comisión (Esteban Asta, Ramón López Pelegrín, Joaquín Fernández Company y Pedro Sainz de Andino), pero la parte penal del proyecto fue elaborada por los dos primeros. *Vid. CASABÓ RUIZ, J.R.: Estudio Preliminar y edición del Proyecto de Código Criminal de 1830*, Universidad de Murcia, 1978, págs. 8 y 9.

³⁰ El interés de este proyecto no reside en su originalidad, ya que en muchas ocasiones sigue el Código Penal de 1822, sino en el hecho de que sirve de eslabón para unir muchas disposiciones de este código con el de 1848. *Vid. LASSO GAITE, J.F.: Crónica de la codificación española... cit.,* pág. 202.

³¹ El proyecto de 1834 es el de 1830 con leves retoques que no afectan a sus principios informadores. La novedad más llamativa es su sistemática: está dividido en cuatro libros, el I y el IV dedicados a la Parte General, el II a los delitos públicos y el III a los delitos privados. Proyecto fruto de la labor de dos comisiones distintas, la Comisión General de Codificación, y la Sección Especial nombrada para la revisión del texto, responde por completo a la época y pensamiento absolutista. *Vid. CASABÓ RUIZ, J.R.: Estudio Preliminar y edición del Proyecto de Código Criminal de 1834...cit.,* págs. 2 y ss; LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación española, ...cit.,* pág. 2.

Se inaugura con él la estructura³⁴ que van a tener los siguientes códigos (excepto el de 1928), incluido el vigente.

Este código ha sido valorado muy positivamente³⁵ por la doctrina mayoritaria³⁶, que lo ha calificado de liberal-moderado: liberal, en cuanto que acababa con el arbitrio judicial y defendía los derechos individuales, y moderado por su excesiva dureza en algunos aspectos, como los delitos contra la religión o el estado, o el mantenimiento de algunas penas como la argolla.

Influido por el eclecticismo de Rossi, concilia las ideas de retribución y prevención general en cuanto a la pena, teniendo como fuentes próximas de inspiración el código español de 1822, el francés de 1810 y el brasileño de 1822, inspirado a su vez en el napolitano de 1819³⁷.

Es precisamente este código el primer texto codificado donde se regula el delito de allanamiento de morada, que se recoge dentro del Título XIII, (“De

³² Fracasado el intento liberal progresista de Espartero, en 1844 acceden al poder los liberales moderados que generan la Constitución de 1845, diseñando un nuevo modelo de estado y comenzando así la “década moderada”.

³³ Dicha denominación fue atribuida por un sector de la doctrina, que consideró a Pacheco como su principal redactor comentarista de los miembros que compusieron la Comisión (Joaquín Pacheco, Manuel Cortina, Juan Bravo Murillo, Castro y Orozco, Tomás Vizmanos, Cirilo Álvarez, Ortiz de Zúñiga y Pascual Madoz). *Vid.* QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio de Derecho Penal...cit.*, pág. 89; REVUELTA BENITO, R.: *El Código Penal de 1848 y su gran comentarista don Joaquín Francisco Pacheco*, en R.E.P., nº 6, 1945, pág. 30.

³⁴ La estructura del código fue propuesta por Seijas Lozano, que además redactó los Libros I y III y las Bases. *Vid.* LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación española...cit.*, págs. 266 y ss.

³⁵ Como aspectos destacables del Código Penal de 1848, podemos citar la clasificación tripartita de las infracciones, correspondiente a la diversificación de las penas en afflictivas, correccionales y leves; la previsión en el artículo 123 de una indemnización estatal para las víctimas en caso de insolvencia del reo; los delitos de vagancia y mendicidad,...

³⁶ La Comisión de 1856 encargada de preparar la reforma del texto penal, calificó el Código Penal de 1848 como “*uno de los mejores códigos de Europa, y en España una de sus leyes más perfectas*”. *Vid.* CÁRDENAS, F.: *Memoria Histórica de los trabajos de la Comisión General de Codificación*, R.G.L.J., 1871, pág. 178. Rodríguez Devesa lo ha elogiado desde el punto de vista técnico, considerándolo técnicamente superior a todos los posteriores respecto a la congruencia y redacción de los tipos penales. *Vid.* RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho penal español. Parte General*, Madrid, 18ª ed., 1995, pág. 101.

³⁷ *Vid.* LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación española...cit.*, págs. 261-270; GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Introducción a la Parte General del Derecho Penal*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1979, pág. 19.

los delitos contra la libertad y seguridad”), del Libro II (“De los delitos y sus penas”), en los artículos 404, 405 y 406. Junto a este tipo, se mantiene el allanamiento de morada cometido por funcionario público regulado en el Código Penal de 1822.

El Código Penal de 1848 castiga en el artículo 404: *“el que entrare en morada ajena contra la voluntad de su morador, será castigado con arresto mayor y multa de 5 a 50 duros. Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación serán prisión correccional y multa de 10 a 100 duros.”*

El artículo 405 contiene una serie de excepciones en las cuales no se cometería este delito: *“la disposición del artículo anterior no es aplicable al que entra en la morada ajena para evitar un mal grave a sí mismo, o a los moradores o a un tercero, ni al que lo hace para prestar algún servicio a la humanidad o a la justicia”.*

La conducta típica, como puede observarse, es una conducta activa: entrar en morada ajena; sin embargo no se recoge la modalidad omisiva consistente en mantenerse contra la voluntad de su morador. Además, esa acción tiene que llevarse a cabo contra la voluntad del morador.

Se prevé un subtipo agravado en el apartado segundo del artículo 404 cuando la conducta típica se llevase a cabo con violencia o intimidación, esto es, tanto vis física como vis moral.

Una cuestión de suma importancia para el derecho de la época es que se contenga una causa de justificación en el artículo 406, cual es que no se va a considerar que existe allanamiento de morada cuando la entrada se realizase para evitar un mal grave a sí mismo, o a los moradores o a un tercero, ni al que lo hiciese para prestar algún servicio a la humanidad o a la justicia.³⁸ De este

³⁸ Así, por ejemplo, el que acosado por un asesino se acoge y entra en morada ajena, el que viendo arder un edificio entra en él para apagar las llamas, el que observando que dentro de la morada de otro va a perpetrarse un homicidio corre a interponerse entre la víctima y el criminal, son algunos ejemplos de casos en que no se comete este delito. *Vid.* GÓMEZ DE LA SERNA, P., MONTALBÁN, J.M.: *Elementos de Derecho Civil y Penal*, Madrid, 1865, págs. 400-401.

modo se garantiza que no se castiguen de modo injusto determinadas conductas que, de no existir este precepto, serían sancionadas.

Ahora bien, de este delito quedan excluidos los lugares abiertos al público, y así el artículo 406 dispone que *“lo dispuesto en este capítulo no tiene aplicación respecto de los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas, mientras estuvieran abiertas”*³⁹.

Este precepto nos ayuda a interpretar el término morada contenido en el artículo 404, expresión que deberemos entender referida a edificios destinados actual o habitualmente a vivienda de su dueño.

Es destacable que el título bajo cuya rúbrica se recoge este delito es el de la libertad, no el de la intimidad.

El código, a la hora de regular las faltas, prevé como faltas menos graves en el Título II del Libro III determinadas conductas consistentes en entrar en heredad ajena. Concretamente, el artículo 482 establece que *“incurrirá en multa de medio duro a cuatro: (...)*

- *24º. El que entrare en heredad ajena para coger frutos o comerlos en el acto.*
- *25º. El que entrare con carruaje, caballerías o animales dañinos en heredades plantadas o sembradas.*
- *26º. El que entrare en heredad ajena para aprovechar el espiguelo u otros restos de cosechas.*
- *27º. El que entrare en heredad ajena cerrada o cercada.*

³⁹ La doctrina de la época lo justifica por el hecho de considerar que, por voluntad del dueño que las destina al servicio público, estos no son establecimientos el hogar doméstico, peculiar y exclusivo de la familia; son, al contrario, para el uso de todos los que necesitan o quieren valerse de ellos. No obstante, los autores consideran que luego cuando se cierran, vuelven a la condición particular que perdieron desde el momento en que se franquearon al público. *Vid. GÓMEZ DE LA SERNA, P., MONTALBÁN, J.M.: Elementos de Derecho Civil y Penal...cit., pág. 401.*

- 28º. *El que entrare sin violencia a cazar o pescar en sitio vedado o cerrado.*”

1.3.4. LA REFORMA DE 1850

En la misma ley por la que se puso en vigor el Código Penal de 1848 se disponía que el gobierno, dentro de tres años, o antes si lo estimaba conveniente, propondría a las Cortes las mejoras y reformas que en él debieran introducirse. Esta prescripción no se cumplió, y el Código Penal de 1848 fue sucesiva e inmediatamente reformado tras su promulgación⁴⁰, hasta la más general: la “edición oficial reformada” que impuso el Real Decreto de 30 de junio de 1850.

Si el Código Penal de 1848 puede considerarse progresivo en su época, el de 1850 debe estimarse regresivo en cuanto al desarrollo y protección de los derechos fundamentales de la persona⁴¹. La reforma de 1850 acentuó el carácter autoritario⁴² del código (por ejemplo para los delitos de desórdenes

⁴⁰ Basándose el poder ejecutivo en la propia ley de promulgación del código, promulgó una serie de decretos para la rectificación del texto, que se sucedieron hasta la aprobación de la reforma global de 30 de junio de 1850. *Vid.* SANTAMARÍA DE PAREDES, V.: *Principios de derecho penal*, Madrid, 1872, pág.78; VON LISZT, F.; *Tratado de derecho penal*, tomo I (traducido de la 18ª ed. alemana y adicionado con la historia del Derecho Penal en España por Q. Saldaña), Madrid, 1914, pág. 462; LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación española...cit.*, págs. 316 y ss; DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho Penal Español. Parte general*, Darro, Madrid, 2ª ed., 1976, pág. 211; y RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal español. Parte General...cit.*, pág. 103.

⁴¹ Esta regresión tuvo que ver con el carácter autoritario del liberalismo personificado en Narváez; los acontecimientos revolucionarios del mismo año de la promulgación del código, las “Tormentas del 48”, los desórdenes sociales y políticos surgidos en España, determinaron al gobierno de Narváez a reformar el Código de 1848 en un sentido más autoritario. *Vid.* QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio de Derecho Penal...cit.*, pág. 89; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, I., RUIZ DE CORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos penales españoles...cit.*, pág. 99.

⁴² Ello fue debido a dos circunstancias políticas relevantes. Por un lado, merced a la intervención del gobierno del país por el General Narváez, que ya de por sí ejercía su mandato con mano dura. Por otro lado, este endurecimiento de la legislación penal se explica por el miedo a los vientos revolucionarios que soplaban desde Francia tras la caída, en 1848, de la monarquía de Luis Felipe y la consiguiente instauración de la República en ese país.

públicos se establecieron durísimas penas y se suprimió el principio de legalidad).

Una innovación de importante carácter general del presente código es la de haber ampliado el radio de acción de los delitos imperfectos, añadiendo la formas de conspiración y proposición a las de tentativa y frustración, no en determinados delitos, sino en todos los delitos⁴³.

Por lo que respecta al delito de allanamiento de morada cuyo estudio nos ocupa, el Código Penal de 1850 mantuvo la misma ubicación sistemática y regulación del delito⁴⁴, cambiando únicamente la numeración de los preceptos (artículos 414, 415 y 416)⁴⁵, y elevando la pena de multa.

Sigue manteniéndose la figura del allanamiento de morada cometido por funcionario público⁴⁶.

Este código continúa recogiendo como faltas en el Título I del Libro III determinadas conductas consistentes en entrar en heredad ajena y cometer daños, artículos 487 y ss:

⁴³ Esta reforma mereció censuras de Caravantes y de los penalistas de la época. *Vid.* QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio de Derecho Penal...cit.*, pág. 89.

⁴⁴ Siguiendo a Pacheco, no era posible que este título dejase de comprender este delito, que defiende todo ataque a la tranquilidad, al goce de todos los derechos que constituyen la vida de cualquier persona en un país civilizado. Dice este autor que el domicilio es el reino de cada cual y la legislación que lo deje sin garantías es una legislación bárbara, o de un pueblo degradado y envilecido. *Vid.* PACHECO, J.F.: *El Código Penal Concordado y Comentado...cit.*, pág. 261.

⁴⁵ Así el artículo 414: "*el que entrare en morada ajena contra la voluntad de su morador, será castigado con arresto mayor y multa de 5 a 50 duros. Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación serán prisión correccional y multa de 10 a 100 duros.*"

Artículo 415: "*la disposición del artículo anterior no es aplicable al que entra en la morada ajena para evitar un mal grave a sí mismo, o a los moradores o a un tercero, ni al que lo hace para prestar algún servicio a la humanidad o a la justicia*".

Artículo 416: "*lo dispuesto en este capítulo no tiene aplicación respecto de los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas, mientras estuvieran abiertas*".

⁴⁶ Entre los principios fundamentales del estado recogidos en la Constitución se encuentra el de que no puede ser allanada la casa de ningún español sino en los casos y las formas que las leyes prescriban. Este principio, que es una de las mayores salvaguardas de la libertad civil, está sostenido con sanción penal contra los funcionarios públicos. *Vid.* GÓMEZ DE LA SERNA, P., MONTALBÁN, J.M.: *Elementos de Derecho Civil y Penal...cit.*, pág. 400.

Artículo 487: *“El dueño de ganados que entrare en heredad ajena y causara daño que exceda de dos duros, será castigado con la multa, por cada cabeza de ganado:*

1º. De 3 a 9 rs. si fuera vacuno.

2º. De 2 a 6 si fuere caballar, mular o asnal.

3º. De 1 a 3 si fuere cabrío y la heredad tuviere arbolado.

4º. Del tanto del daño a un tercio más si fuere lanar o de otra especie no comprendida en los números anteriores.

Esto mismo se observará si el ganado fuere cabrío y la heredad no tuviere arbolado.”

Artículo 488: *“Por el simple hecho de entrar en sitio vedado o heredad ajena, cuando no sea permitido, veinte o más cabezas de ganado, se impondrá al dueño de éstas una multa equivalente a la mitad de la determinada en el artículo anterior.”*

Artículo 490: *“El que cortare árboles en heredad ajena causando daño que no exceda de 25 duros, será castigado con una multa desde el tanto al triplo del daño”.*

Artículo 491: *“El que entrare en monte ajeno, y, sin talar árboles talare ramaje o hiciera leña causando daños que exceda de dos duros y no pase de 25, será castigado con una multa desde la mitad al duplo del daño causado.”*

1.3.5. EL CÓDIGO PENAL DE 1870

En 1868 surge un movimiento revolucionario, de carácter progresista y radical, que va a venir acompañado de una nueva concepción político-criminal plasmada en el Código Penal de 1870. Progresistas y demócratas se unen en una época de fuerte represión, de inestabilidad política y económica, de insurrecciones y descontento social generalizado. Los objetivos inmediatos son acabar con la dinastía (progresistas) y con la monarquía (demócratas).

Su plasmación ideológica, que a niveles prácticos se vio fuertemente frenada tras el triunfo de la revolución, se reflejó en un reconocimiento formal y material de las libertades y derechos fundamentales del individuo frente al estado, en la implantación del sufragio universal para las personas mayores de 25 años, y en una visión más laica de las relaciones Iglesia-Estado.

La Revolución de septiembre de 1868⁴⁷ trajo la Constitución liberal de 1869⁴⁸, lo que hizo necesaria la reforma de 1870 para adecuar el código penal a la Constitución⁴⁹.

El Código Penal de 1870 representa un fiel espejo de las aspiraciones revolucionarias que surgen en 1868. La estructura⁵⁰ fue la misma del anterior, así como los principios generales de liberalismo legalista. Su aprobación en las Cortes fue fulgurante⁵¹, en un par de días, con marcados propósitos de

⁴⁷ Se trata de un momento complejo y agitado, de profundas transformaciones políticas que, sin embargo, no llegaron a afectar a la estructura socio-económica del país. Vid. ANTÓN ONECA, J.: *El Código Penal de 1870*, A.D.P.C.P., tomo XXIII, 1970, págs. 237 y ss; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, I., RUIZ DE CORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos penales españoles...cit.*, pág. 117; NÚÑEZ BARBERO, R.: *La reforma del Código Penal de 1870*, Universidad de Salamanca, 1969, pág. 17.

⁴⁸ En su artículo 5 recogía el derecho a la inviolabilidad de domicilio de la siguiente manera: *“nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos urgentes de incendio, inundación u otro peligro análogo, o de agresión ilegítima procedente de adentro, o para auxiliar a persona que desde allí pida socorro. Fuera de estos casos la entrada en un domicilio de un residente español o de un extranjero residente en España, y el registro de sus papeles y efectos, sólo podrá decretarse por juez competente y ejecutarse de día. El registro de estos papeles y efectos tendrá siempre lugar a presencia del interesado o de un individuo de su familia y en su defecto de dos testigos presentes del mismo pueblo. Sin embargo, 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 aprehensión. Si se refugiare en domicilio ajeno, procederá requerimiento al dueño de éste”*.

⁴⁹ Establecido en la Constitución de 1869 el ideario de progresistas y demócratas era necesaria la creación de un nuevo texto punitivo que completase la visión del reciente modelo de convivencia implantado, entre otros, por Prim y Sagasta.

⁵⁰ El código estaba dividido en tres libros: el Libro I “Disposiciones generales sobre delitos y faltas, las personas responsables y las penas”; el Libro II: “Delitos y sus penas”; y Libro III “De las faltas y sus penas”. Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, I., RUIZ DE CORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos penales españoles...cit.*, pág. 121; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio de Derecho Penal...cit.*, pág. 89.

⁵¹ De ahí que Silvela le diera el nombre de “código de verano”. Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, I., RUIZ DE CORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos penales*

provisionalidad. No obstante, es el que más tiempo de vigencia ha logrado en España: desde su aprobación hasta finales de 1932, con la intervención de 1928 a 1931. Supuso una reforma, sobre todo en las cuestiones de naturaleza política, del Código Penal de 1850, por lo que se asienta sobre los pilares de la codificación de 1848, aunque para Jiménez de Asúa “*el salto dado desde la legislación anterior fue enorme*”⁵².

Si bien las novedades más importantes fueron de naturaleza política, se aprovechó la ocasión de la reforma política para introducir otras modificaciones de carácter técnico, aunque éstas fueron escasas.

En la Parte Especial se introdujeron nuevos delitos como el disparo de arma de fuego, los de infracción de las leyes sobre inhumaciones o los delitos contra la Constitución y contra los derechos individuales. Pero las modificaciones más importantes de esta parte versaron sobre materia religiosa⁵³: desapareció el Título de delitos contra la religión, que pasaron a integrarse en una sección del capítulo de los derechos garantizados por la Constitución bajo el nombre de “Delitos relativos al libre ejercicio de cultos”, sin mencionar la religión católica y figurando en plano de igualdad todas las conocidas. Se volvió al sistema del Código Penal de 1848 en cuanto a no penar la conspiración y proposición más que en los casos expresamente previstos por la Ley.

españoles...cit., pág. 121; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio de Derecho Penal...cit.*, pág. 89; ANTÓN ONECA, J., RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A.: *Derecho Penal. Parte General...cit.*, págs. 63 y ss.

⁵² Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Temas penales*, Córdoba, 1931, págs. 24 y ss.

⁵³ La libertad de cultos proclamada en la Constitución hace que se suprima en el código la protección especial para la religión católica, perdiendo ésta la característica de ser la única religión con protección penal. Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, I., RUIZ DE CORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos penales españoles...cit.*, pág. 121; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio de Derecho Penal...cit.*, pág. 89; ANTÓN ONECA, J., RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A.: *Derecho Penal. Parte General...cit.*, págs. 63 y ss.

En el ámbito punitivo⁵⁴, la observancia de los derechos reconocidos por el texto constitucional, llevó a elaborar un código que establecía un sistema de penas caracterizado por su humanización⁵⁵.

Este código recibió numerosas críticas⁵⁶, entre las que puede destacarse la realizada por Elías Visllú en un diario de Madrid, en el que señalaba, como recoge Jiménez de Asúa⁵⁷, que el código contemplaba la “pena del torpe”, ya que el condenado a cadena perpetua no era indultado hasta los treinta años, mientras que el que logró escapar obtenía la extinción de la responsabilidad criminal por prescripción de veinte años; existe la “pena de herencia”, pues las

⁵⁴ El nuevo código no sólo suavizó en general las penalidades sino que también suprimió la pena de argolla, la de confinamiento mayor y menor y la de sujeción a vigilancia de la autoridad; salvo en casos de excepción desaparecen las penas perpetuas. *Vid.* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, I., RUIZ DE CORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos penales españoles...cit.*, pág. 122; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio de Derecho Penal...cit.*, pág. 89.

⁵⁵ Se aprovechó la ocasión para corregir los numerosos defectos y omisiones que, respecto del Código Penal de 1848, había introducido el de 1850. El espíritu que a esta tarea presidía no era de modo alguna alterar sustancialmente ni en sus principios ni en su economía, la obra más perfecta de nuestra legislación. No obstante, la experiencia señalaba algunos defectos en los pormenores del código, sobre todo después de la desgraciada reforma de 1850, cuya mayor parte había sido objeto de su más justa crítica. Se necesitaba, pues, una revisión de toda la obra para purgarla de tales vicios, suplir algunas omisiones, corregir o ampliar algún concepto dudoso, proveer a la ejecución de ciertas penas, suprimir alguna por ineficaz y excesiva, y fijar el sentido de tal cual disposición, que no había sido interpretada uniformemente por los tribunales. Creía también la Comisión que debería darse por lo general alguna más latitud al arbitrio judicial en la aplicación de las penas, pero sin alterar el nivel de su proporcionalidad de los delitos, según se establecía en el código primitivo antes de ser reformado. *Vid.* CÁRDENAS, F.: *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión General de Codificación... cit.*, pág. 178; BERNALDO DE QUIRÓS, C.: *Alrededor del delito y la pena*, Madrid, 1904, pág. 123; VALDÉS RUBIO, J.M.: *Derecho penal (su filosofía, historia y legislación)*, Madrid, 1909, págs. 229 y 230; ANTÓN ONECA, J.: *Los antecedentes del nuevo Código Penal*, R.G.L.J., 1929, pág.35; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Temas penales...cit.*, págs. 24 y ss; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio de Derecho Penal...cit.*, pág. 89; ANTÓN ONECA, J., RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A.: *Derecho Penal. Parte General...cit.*, págs. 63 y ss.

⁵⁶ En el medio siglo largo de vigencia de este código se fueron corrigiendo algunos de sus más visibles defectos, denunciados por la doctrina; la referente a su arcaísmo y espíritu expiacionista se moderó con la introducción de los sistemas político-criminales de condena condicional en 1908, y de libertad condicional en 1914. *Vid.* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, I., RUIZ DE CORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos penales españoles...cit.*, pág. 122; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio de Derecho Penal...cit.*, pág. 89.

⁵⁷ *Vid.* JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Temas penales...cit.*, págs. 24 y ss.

penas pecuniarias se transmiten a los herederos cuando a la muerte del penado hubiera recaído sentencia firme.

El Código Penal de 1870 tipificó el delito de allanamiento de morada dentro del Capítulo V, del Título XII (De los delitos contra la libertad y la seguridad), de su Libro II⁵⁸, en términos similares a los dos códigos anteriores, si bien se modifican las penas de multa. Analizaremos ahora algunos de los aspectos que plantean estos tipos siguiendo los pronunciamientos tanto doctrinales como jurisprudenciales.

El tipo básico del artículo 504 castiga al *“particular que entrare en morada ajena contra la voluntad de su morador”*. Al establecer que el sujeto activo ha de ser un particular, se distingue de la figura recogida en los artículos 215 y 216⁵⁹ que castigaba el allanamiento cuando el sujeto activo era un funcionario público.

La conducta típica debe llevarse a cabo contra la voluntad del morador. El precepto no exige que la voluntad sea expresa, de lo que puede deducirse, que también cabe una voluntad tácita. Ahora bien, no puede confundirse la falta de permiso con la interdicción, de ahí que sea necesario que la prohibición exista, ya sea manifiesta o inferida.

⁵⁸ Artículo 504: *“El particular que entrare en morada ajena contra la voluntad de su morador, será castigado con arresto mayor y multa de 125 a 1250 pesetas. Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación serán prisión correccional en su grado medio y máximo y multa de 125 a 1250 pesetas.”*

Artículo 505: *“La disposición del artículo anterior no es aplicable al que entra en la morada ajena para evitar un mal grave a sí mismo, o a los moradores o a un tercero, ni al que lo hace para prestar algún servicio a la humanidad o a la justicia”*.

Artículo 506: *“Lo dispuesto en este capítulo no tiene aplicación respecto de los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas, mientras estuvieran abiertas”*.

⁵⁹ Artículo 215: *“Incurrirán en las penas de suspensión en sus grados mínimo y medio y multa de 125 a 1250 pesetas: 1º: El funcionario público que no siendo autoridad judicial y no estando tampoco en suspenso las garantías constitucionales, entrase en el domicilio de un español o extranjero sin su consentimiento, a no ser en los casos y con los requisitos previstos en los párrafos primero y segundo del artículo 5 de la Constitución.”*

Artículo 216: *“La autoridad judicial que fuera de los casos previstos primero y cuarto del artículo 5 de la Constitución, y no estando en suspenso las garantías constitucionales, entrare de noche en el domicilio de un español o extranjero sin su consentimiento, incurrirá en las penas de suspensión en sus grados mínimo y medio y multa de 125 a 1250 pesetas.”*

Esta cuestión plantea problemas en la práctica, ya que cuando no se ha declarado expresamente la voluntad del morador, ¿qué deberemos entender? Habrá que atender a las circunstancias de cada caso concreto, y tener en cuenta que los casos en que la voluntad tácita debe ser estimada son delicados de apreciar. Así, por ejemplo, cuando una puerta está abierta es natural presumir que se puede entrar por ella, mientras no haya real y efectiva prohibición; cuando está cerrada, lo normal es presumir que no se puede entrar por ella, a no ser que se conceda permiso.

Para tratar de resolver estas cuestiones acudimos a la jurisprudencia de la época. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1872, dice que del hecho de haber entrado dos personas en casa de otro, amenazándole de muerte y obligándole a huir, se infería que la entrada fue contra la voluntad del morador, y por consiguiente que constituía el delito de allanamiento de morada, con intimidación por medio de amenazas, previsto y penado en el párrafo segundo del artículo 504. En el mismo sentido el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de febrero de 1881 calificó de allanamiento el ingreso de dos personas en una casa, con violencia e intimidación causadas sobre la criada que guardaba la puerta del domicilio de sus amos. Siguiendo esta línea jurisprudencial podemos citar otras sentencias, como por ejemplo la de 28 de junio de 1876, de 28 de septiembre de 1876, de 26 de diciembre de 1881, de 1 de Diciembre de 1882, de 7 de julio de 1887, de 20 de marzo de 1888, de 12 de febrero de 1895 y de 31 de enero de 1902, entre otras⁶⁰.

En este sentido, la sentencia de 9 de diciembre de 1922 dice que allana morada quien penetra en una casa cuya puerta encuentra entornada y llega a una habitación en donde su moradora está desnudándose, teniendo que huir al venir gente atraída por los gritos.

La sentencia de 26 de enero de 1925 establece que el entrar en un domicilio, haciéndolo violentamente supone allanamiento, porque la punibilidad

⁶⁰ Vid. HIDALGO GARCÍA, J.: *El código anual (conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo)*, tomo I, Madrid, 1904, págs. 502 y ss.

de este delito no depende de la calidad y circunstancias de los que habitan en la casa, sino de la entrada prohibida y violenta.

En la sentencia de 10 de enero de 1927 se confirma que mientras no se otorgue el permiso de entrada, subsiste la prohibición de ingreso en el ajeno domicilio, al igual que sucede con los delitos de hurto, en los que para estimarse que el apoderamiento de la cosa ajena no se hace contra la voluntad de su dueño, es preciso demostrar que existía previa autorización de tomarla.

Respecto al momento en que debe manifestarse la voluntad del morador, no es necesario que la prohibición del mismo sea coetánea ni inmediata al acto de ingresar en el domicilio; basta que la prohibición haya sido hecha en cualquier tiempo y no haya sido levantada. Lo que puede suceder es que, aunque haya sido efectuada, haya transcurrido tanto tiempo entre la prohibición y el ingreso que dé lugar a presumir que aquélla se considera subsistente, atendidas la conducta o relaciones que hayan mediado entre el morador y el que penetró en su domicilio. No obstante, es esta una cuestión que debía ser analizada caso por caso por los tribunales. Así, la sentencia de 20 de noviembre de 1884 establece que *“comete delito de allanamiento de morada, según el artículo 504 del código penal, el particular que entrare en morada ajena contra la voluntad del morador, no siendo preciso, atendido el contexto de dicho artículo y la índole del delito, que la contraria voluntad se manifieste en el acto de la entrada o allanamiento, sino que basta que le conste a quien la realiza, a pesar de la reconocida oposición del dueño o morador, infringiendo así la clara y terminante prohibición de éste, cuando ningún acto posterior ha podido modificarla o hacerla desaparecer”*.

Ahora bien, ¿qué debemos entender por morada a efectos de este tipo penal? El artículo 523 declara que se considera casa habitada todo albergue que constituye la morada de una o más personas, aunque se encontraran ausentes de ella cuando el robo tiene lugar. De acuerdo con esto cabe deducir que morada y casa habitada es una misma cosa a efectos de aplicación de la ley penal, y teniendo en cuenta el principio establecido en la ley provisional para la aplicación de este código penal de que una vez definida una palabra en

relación a un artículo del código debe entenderse definida para todos ellos, esta acepción es la que deberemos tener en cuenta a efectos de la aplicación de los artículos 504 y siguientes⁶¹.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de septiembre de 1891 dice que *“constituye morada de una persona el lugar más o menos habitable donde reside y satisface las condiciones de vida doméstica, cualquiera que sea el título legítimo por virtud del cual se halle disfrutando de la habitación”*.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de la época interpreta el término morada en sentido amplio, y así se consideran también morada los patios, corrales, bodegas, graneros, pajares, cocheras, cuadras, y demás departamentos o sitios cerrados y contiguos al edificio y en comunicación interior con el mismo y con el cual formen un todo. Así, la sentencia de 27 de diciembre de 1899, declara que *“el concepto jurídico de la morada para los efectos de la inviolabilidad del domicilio alcanza a todas aquellas dependencias de la casa que formando un todo con ella están destinadas al servicio interno, constante y exclusivo de sus moradores”*.

Esta interpretación amplia del término “morada”, lleva a que los tribunales consideren, incluso, que el propietario de un inmueble que entra en él contra la voluntad de la persona que lo habita, es responsable de este delito, tal y como sucede actualmente. En este sentido encontramos la sentencia de 2 de enero de 1874, que recoge los siguientes hechos que califica como allanamiento: *“los procesados se presentaron en la casa que habitaba un tercero por arrendamiento del padre de aquéllos, y le requirieron para que abriese, y como se negara, fracturaron la puerta y penetraron en la habitación instalándose en la misma, teniendo que abandonarla los moradores (...). Los hechos ejecutados por los procesados de allanar con violencia a casa”*. En idénticos términos se pronuncia la sentencia de 19 de mayo de 1875, en la que

⁶¹ Vid. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870...cit.*, págs. 637 y ss.

el Tribunal Supremo confirma una sentencia en la que es condenado por el delito que nos ocupa el dueño de una casa que, aprovechando la ausencia de uno de sus inquilinos que le adeudaba varios meses, hizo desocupar la habitación de éste y trasladar sus muebles a otra parte. Siguiendo esta línea encontramos la Sentencia de 7 de abril de 1876, en la que el tribunal, si bien no calificó como allanamiento el hecho realizado por el administrador de una casa de sacar los muebles de un morador a la calle para obligarle a que saliera de la habitación, consignó que no se deducía la existencia de este delito *“porque no constaba que determinadamente manifestasen los inquilinos su oposición a que entrasen en su morada el administrador y sus dependientes”*.

Ahora bien, mayores dudas suscita si el huésped que tiene una habitación, un departamento o un cuarto en una casa, una fonda o una posada gozará de la protección que la ley concede al domicilio contra un extraño o contra el mismo dueño de la casa. La doctrina⁶² apunta que es lógico entender que el que habita temporalmente una habitación en una casa particular, fonda o posada, allí mora y habita a efecto de que puedan ser ofendidos sus derechos personales, y por tanto debería gozar de la protección penal.

De hecho, una de las críticas que apuntan los autores, es que *“bueno fuera que el legislador diese un concepto claro o definición legal de domicilio”*⁶³.

El apartado segundo recoge un subtipo agravado: cuando la conducta típica se ejecuta con violencia o intimidación. Se entiende que se realiza este subtipo cuando el hecho se lleva a cabo utilizando fuerza contra las cosas o las personas.

En este punto es interesante la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1899, donde el tribunal establece que *“la palabra violencia empleada en el párrafo segundo del artículo 504 del código penal tiene, según el diccionario de la lengua, las dos acepciones de fuerza”*. Así, son numerosas las

⁶² Vid. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, L.A.: *El Código Penal de 1870...cit.*, págs. 637 y ss.

⁶³ Vid. SALDAÑA, Q.: *El futuro Código Penal*, Madrid, 1923, pág. 53.

sentencias que consideran que estamos ante un delito de allanamiento con violencia cuando para penetrar en la morada se fuerzan o rompen ventanas, puertas,... En este sentido podemos citar las sentencias de 13 de mayo de 1885, de 5 de abril de 1890 y de 10 de diciembre de 1900.

Ahora bien, para apreciar el subtipo agravado, es necesario que la violencia e intimidación sea el medio para cometer el delito, por tanto la *“intimidación posterior al ingreso en la casa habitada, por no constituir el medio y forma del allanamiento, no influye en la calificación del delito”*, sentencia de 26 de febrero de 1892.

Por lo que respecta al *“animus”*, al elemento subjetivo del injusto, la primera jurisprudencia, al igual que sucede actualmente en la línea jurisprudencial mayoritaria, no exigió ánimo ninguno: sentencias de 2 de enero de 1874, de 19 de mayo de 1875, o de 7 de abril de 1876. No obstante, el Tribunal Supremo precisó más tarde que existiese un ánimo de vulnerar la morada ajena, y así la sentencia de 23 de noviembre de 1904 considera que según el artículo 504 del código penal, es *“reo de allanamiento de morada el particular que entra en la ajena contra la voluntad del morador, (...) siendo preciso además para la integración de este delito la concurrencia del propósito manifiesto de atentar contra el derecho constitucional que garantiza la inviolabilidad de domicilio”*.

El artículo 505 exime de responsabilidad de allanamiento al que lo hace para prestar un servicio a la humanidad o a la justicia. La doctrina de la época criticó esta disposición por entender que no estaba perfectamente acorde con el artículo 5 de la Constitución, que sólo permite entrar en domicilio ajeno en los casos que taxativamente determina⁶⁴. Esta referencia supone un riesgo, ya

⁶⁴ Martín Losantos considera que *“la Constitución habla de domicilio, pero en la mayor parte de los casos se confunden la morada y el domicilio. Si para prestar algún servicio a la humanidad o a la justicia puede allanarse la morada tanto si es de día como siendo de noche, es claro que para allanar el domicilio debía admitirse la misma excepción. Ahora lo único que es posible admitir es la diferencia de que el allanamiento de morada se atribuye al particular, y el de domicilio a la autoridad o al funcionario público; y que el particular que allanare la morada para aprender a un criminal v. g. prestaba un servicio a la justicia y estaba exento de pena, en tanto*

que establece un “*numerus apertus*” que permite llevar a cabo entradas en morada ajena bajo cualquier circunstancia “*para prestar un servicio a la humanidad o a la justicia*”, expresión ambigua que no es aclarada ni matizada en disposición alguna, por lo que podían producirse vulneraciones a la intimidad que quedarían sin respuesta penal.

La regulación del allanamiento de morada en el Código Penal de 1870 se completa con el artículo 506, que castiga el allanamiento de las casas públicas, fondas, tabernas,... mientras estuvieran abiertas. Al tratarse de lugares públicos, en principio pueden dirigirse a ellos todas las personas a buscar el fin para el que están destinadas. Ahora bien, estos lugares públicos dejan de serlo cuando termina la voluntad y el ejercicio de la profesión que los hizo tales; por tanto, una vez cerradas dejan de ser públicas y entran en el derecho común. Es esta postura del Tribunal Supremo según sentencia de 13 de marzo de 1895.

El Código Penal de 1870 también castiga como faltas determinadas conductas de entrar en heredad o campo ajeno dentro del Título IV “De las faltas contra la propiedad”, artículos 607 y ss:

Artículo 607: “*Serán castigados con la pena de uno a quince días de arresto menor:*

1º. Los que entraren en heredad o campo ajeno para coger frutos y comerlos en el acto.

2º. Los que en la misma forma cogieren frutos, mieses u otros productos forestales para echarlos en el acto a caballerías o ganados.

3º. Los que sin permiso del dueño entraren en heredad o campo ajeno antes de haber levantado por completo la cosecha para aprovechar el espiguelo u otros restos de aquélla.

que ni la autoridad ni ningún funcionario público pueden allanar el domicilio, ni aún para servir a la humanidad o a la justicia”. Vid. MARTÍN LOSANTOS, P.: Prolegómenos de derecho penal, Madrid, 1870, pág. 312.

4º. Los que entraren en heredad ajena cerrada o en la cercada, si estuviere manifiesta la prohibición de entrar.”

Artículo 608: “*Serán castigados con multa de 5 a 25 pesetas:*

1º. Los que entraren a cazar o pescar en heredad cerrada o campo vedado sin permiso del dueño.

2º. Los que con cualquier motivo o pretexto atravesaren plantíos, sembrados, viñedos u olivares.

Si en cualquiera de los casos anteriores hubiere intimidación o violencia en las personas o fuerza en las cosas se entenderán las penas duplicadas, si con arreglo a las disposiciones de este código no correspondiera otra mayor.”

1.3.6. EL CÓDIGO PENAL DE 1928

Las continuas críticas contra el Código Penal de 1870, que dieron lugar a numerosos y frustrados proyectos⁶⁵, fueron a cristalizar legislativamente en un momento inoportuno: la Dictadura de Primo de Rivera. El gobierno de la dictadura no pretendía la elaboración de un nuevo texto legal, sino la redacción de un proyecto de nueva edición del Código Penal de 1870 que refundiera las modificaciones, verificase e introdujera una serie de reformas. Sin embargo, la Comisión Codificadora presidida por Cuello Calón rebasó los límites del mandato recibido y elaboró un proyecto que, no obstante conservar las líneas fundamentales del viejo, contenía importantes innovaciones.

⁶⁵ Estos proyectos de reforma pretendían acomodar el código a la Constitución de 1876; podemos citar los siguientes: Salmerón (1873), Estrada Danvila (1877), proyecto de una Comisión encargada por el ministro Aureoles (1879), Bugallal (1880), Alonso Martínez (1882), Silvela (1884), Alonso Martínez (1886), Villaverde (1891), Montilla (1902), Ugarte (1905), y el de la Comisión de Codificación (1912). No obstante, los antecedentes más inmediatos los constituyen el anteproyecto de 1912 y las Bases preparadas por Saldaña. *Vid.* ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal...cit.*, pág. 78; ANTÓN ONECA, J., RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A.: *Derecho penal, Parte General...cit.*, pág. 65; SALDAÑA, Q.: *El futuro Código Penal...cit.*, págs. 82 y ss.

Este nuevo código penal se aprobó por real Decreto-Ley de 8 de septiembre de 1928, entrando en vigor el 1 de enero del año siguiente. Las circunstancias políticas que lo rodearon explican su dureza represiva y su breve vigencia, coincidente con el régimen dictatorial⁶⁶.

Este código ostentó signos de originalidad y apariencia de cientifismo en lo terminológico, sobre todo, lo que sedujo a ciertos sectores de la doctrina extranjera más que la nacional, llegando incluso a servir de modelo a los Códigos de Méjico y Cuba⁶⁷.

El Código Penal de 1928 conservaba una estructura análoga a la del Código Penal de 1870, y como éste constaba de tres libros precedidos de un Título Preliminar, que contenía disposiciones sobre la aplicación de la ley penal en el tiempo, en el espacio y en atención a la condición de la persona.

Las innovaciones⁶⁸ más relevantes se encuentran en su Parte General donde hace punibles en todos los delitos la conspiración, proposición y provocación. Se introduce el “dualismo”, y así, junto a las penas se da entrada a las medidas de seguridad⁶⁹ que dieron modernismo al código.

De menor entidad fueron las novedades introducidas en la Parte Especial, entre las que podemos destacar la creación de un Título VI referido a los delitos “Contra la Administración de Justicia”.

⁶⁶ Vid. ANTÓN ONECA, J., RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A.: *Derecho penal, Parte General...cit.*, págs. 65 y ss; BARBERO SANTOS, M.: *Política y Derecho Penal en España*, Tucur, Madrid, 1977, págs. 57 y ss; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *El nuevo Derecho Penal*, Madrid, 1929, págs. 147 y ss; TOMÁS Y VALIENTE, J. *Manual de Historia .del Derecho Español...cit.*, págs. 537 y ss.

⁶⁷ Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio de Derecho Penal...cit.*, pág. 91.

⁶⁸ Otras novedades de la Parte General fueron el delito imposible, el delito continuado y la responsabilidad de personas morales. Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, I., RUIZ DE CORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos penales españoles...cit.*, pág. 187; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio de Derecho Penal...cit.*, pág. 92.

⁶⁹ Según la Exposición del Real Decreto de promulgación del código, los preceptos de éste responden al principio de “defensa social”, con lo que tienden, principal y exclusivamente, a obtener la corrección de los culpables y su rehabilitación. A la defensa social responden las medidas de seguridad. Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, A., ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal conforme al Código Penal de 1928*, Madrid, 1929, pág. 55.

El Código Penal de 1928 reguló con gran minuciosidad y tratando de corregir aquellos aspectos que habían sido denunciados por la doctrina, el delito de allanamiento de morada dentro del Capítulo II (Delitos contra la inviolabilidad del domicilio), Título XIII (De los delitos contra la libertad y seguridad individuales), Libro II (Delitos y sus penas), artículos 668 y ss, que pasamos a transcribir a continuación:

Artículo 668: “El particular que entrare en morada ajena o se mantuviere en ella contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de dos meses y un día a seis meses de prisión, y multas de 1.000 a 2.500 pesetas.

Si el allanamiento se ejecutare haciendo al efecto uso de fuerza en las cosas, se le impondrá la pena de seis meses a dos años de prisión e igual multa.

Si se ejecutare con violencia e intimidación sobre las personas, la pena será de dos años de prisión a seis y multa de 2.000 a 4.000 pesetas.

Las disposiciones de este artículo no son aplicables al que entrare en morada ajena para evitar un mal grave, a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hiciere para prestar algún servicio a la humanidad o a la justicia.

Tampoco tiene aplicación a los cafés, tabernas, posadas, y demás casas públicas mientras estuvieren abiertas.”

Artículo 669: “Se entenderá que la entrada en domicilio ajeno se verifica contra la voluntad del morador, no solamente cuando éste manifieste su oposición a que esa entrada se realice, sino cuando de algún modo conste o se suponga fundadamente su oposición, o no proceda su expreso o tácito asentimiento.”

Artículo 670: “Para proceder por los delitos comprendidos en este capítulo cuando no se hubiere empleado fuerza, violencia o intimidación, será necesaria denuncia verbal o escrita del agraviado.”

La nueva regulación aportó novedades importantes, que pasamos a analizar a continuación.

En primer lugar es de destacar que por primera vez se recoge esta figura bajo la rúbrica “Delitos contra la inviolabilidad de domicilio”. De esta manera el delito se funda exclusivamente en el concepto de la inviolabilidad de domicilio, y sólo lo cometen los que lo invaden contra la voluntad del morador sin proponerse ningún otro objeto. No se exige, por tanto, un dolo específico y en caso de que el allanamiento se cometa como medio para cometer otro entrarían las reglas del concurso de delitos.

Otra de las novedades importantes es que tipifica la conducta pasiva. Hasta ahora, con la regulación anterior, sólo se castigaba al que entrara en morada ajena contra la voluntad de su morador. Sin embargo quedaban fuera aquellos supuestos en que una persona ya había entrado en el domicilio y se mantenía en él sin atender a la petición del dueño de que lo abandonase. El nuevo precepto castiga también la conducta consistente en mantenerse en la morada contra la voluntad del morador.

Junto al subtipo agravado de cometer el hecho con violencia o intimidación aparece otro en el apartado segundo del artículo 668 consistente en ejecutar el hecho “*haciendo al efecto uso de fuerza en las cosas*”. De este modo se recoge la interpretación jurisprudencial que entendía que también había violencia cuando ésta se ejercía sobre las cosas, aplicando el subtipo agravado cuando había fractura o forzamiento de puertas, ventanas, etcétera.

Con el nuevo texto también se pone fin a los problemas interpretativos acerca de la expresión “contra la voluntad del morador”. El Tribunal Supremo ya había dicho que la falta de voluntad del morador es elemento esencial de este delito, y se manifiesta cuando no procede asentimiento expreso o tácito⁷⁰, por lo que no es necesario que el morador manifieste su oposición en el acto de entrada, sino que basta que le conste a quien lleva a cabo la conducta cuando ningún otro acto posterior ha podido modificarla o hacerla desaparecer.

⁷⁰ STS de 17 de noviembre de 1888.

El nuevo código zanja la polémica al respecto con el artículo 669 al afirmar que la entrada en domicilio ajeno será contra la voluntad del morador *“no sólo cuando éste manifieste su oposición a que esa entrada se realice, sino cuando de algún modo conste o se suponga fundadamente su oposición, o no preceda su expreso o tácito asentimiento”*. Esta aclaración resulta muy positiva ya que establece claramente cuándo una conducta es contra la voluntad del morador, sin que quepan ya diversas interpretaciones al respecto.

A todo esto hay que añadir que el Código Penal de 1928 transforma el allanamiento de morada sin violencia en un delito privado, exigiendo para su persecución denuncia del agraviado⁷¹.

Respecto a las faltas⁷², siguen regulándose determinadas figuras que castigan algunos atentados contra la propiedad ajena. El artículo 829 sanciona el uso arbitrario de la propiedad inmueble, y dispone que *“serán castigados con la pena de uno a veinte días de arresto:*

- 1º. Los que entraren en heredad o campo ajeno para coger frutos y comerlos en el acto.*
- 2º. Los que en la misma forma cogieren frutos, mieses u otros productos forestales para echarlos en el acto a caballerías o ganados.*
- 3º. Los que sin permiso del dueño entraren en heredad o campo ajeno antes de haber levantado por completo la cosecha, para aprovechar el espiguelo u otros restos de aquélla.”*

La violencia o intimidación agrava la pena, que pasa a ser de arresto de quince días a dos meses y multa de 25 a 100 pesetas.

⁷¹ Artículo 670: *“Para proceder por los delitos comprendidos en este capítulo cuando no se hubiera empleado fuerza, violencia o intimidación, será necesario denuncia verbal o escrita del agraviado”*.

⁷² Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., ANTÓN ONECA, J: *Derecho Penal conforme al Código Penal de 1928...cit.*, págs. 370 y ss.

Por todo lo expuesto podemos concluir que el Código Penal de 1928 contiene una regulación de delito que nos ocupa más minuciosa y técnica respecto a los anteriores códigos, supliendo muchas de las carencias de éstos.

1.3.7. EL CÓDIGO PENAL DE 1932

El Código Penal de 1928 sobrevivió a la caída de la dictadura de Primo de Rivera, pero no a la subsiguiente de la monarquía, que inmediatamente trajo su anulación, entrando en vigor el Código Penal de 1870⁷³. La promulgación de la Constitución de 1931⁷⁴ hizo necesario la adecuación en la ley penal a la nueva Norma Fundamental, acelerando de este modo el proceso de elaboración del nuevo código, que fue promulgado el 5 de noviembre de 1932 para empezar a regir el 1 de diciembre de ese mismo año. No obstante, este

⁷³ El 14 de abril de 1931 se proclama la República y el gobierno provisional por Decreto de 15 de abril, deroga la vigencia del Código Penal de 1928 y vuelve a poner en vigor el Código Penal de 1870 en tanto no se publicase un nuevo texto legal. Con el advenimiento de la República se hizo necesario regular la materia penal en forma distinta. En la Comisión de Códigos se manifestaron dos tendencias: una, que deseaba realizar un código de nueva planta, y otra que prefería dar rápidamente una respuesta a la realidad social del país. Prevaleció esta última, y así se reformó en lo más esencial el viejo Código Penal de 1870, y la elaboración del nuevo código se pospuso para realizarla con más calma, lo que no pudo llevarse a cabo. *Vid.* QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio de Derecho Penal...cit.*, pág. 93; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, I., RUIZ DE CORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos penales españoles...cit.*, págs. 977 y ss.

⁷⁴ Nada más proclamarse la Segunda República, su gobierno provisional puso en marcha la elaboración de la Constitución, que fue aprobada apenas ocho meses después, el 9 de diciembre de 1931. En esta Constitución se puede ver la influencia de la Constitución de 1969. *Vid.* PASCUAL LÓPEZ, S.: *La inviolabilidad del domicilio en las Constituciones españolas del siglo XX*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, n° 20, enero-junio 2009, pág. 256.

código era una transcripción del texto punitivo de 1870⁷⁵, con algunas variaciones técnicas⁷⁶ y una mayor humanización de sus preceptos⁷⁷.

Entre las modificaciones introducidas por el nuevo código es de destacar la sustitución de la clasificación tripartita de las infracciones penales por la bipartita: delitos y faltas⁷⁸.

Así mismo, en la Parte Especial, Libro II, se reformó el Título II “Delitos contra la seguridad exterior del estado”, habida cuenta el cambio en la forma política del estado.

El Código Penal de 1932 recoge el delito de allanamiento de morada dentro del Capítulo IV (Allanamiento de morada), del Título XIII (Delitos contra la libertad y seguridad), del Libro II (De los delitos y sus penas), en los artículos 482 y siguientes, que literalmente disponen lo siguiente:

Artículo 482: *“El particular que entrara en morada ajena contra la voluntad expresa o tácita de su morador será castigado con arresto mayor y multa de 250 a 2.500 pesetas.*

⁷⁵ La estructura, espíritu y la casi totalidad del contenido del Código Penal de 1932 es análoga a la del Código Penal de 1870; como éste consta de tres libros. *Vid.* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, I., RUIZ DE CORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos penales españoles...cit.*, págs. 977 y ss; CUELLO CALÓN, E.: *Exposición del Código Penal reformado de 1932*, Bosch, Barcelona 1933, págs. 5 y ss; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio de Derecho Penal...cit.*, pág. 93.

⁷⁶ En la Exposición de Motivos del código se razonaron las modificaciones introducidas clasificándolas en cuatro grupos: las impuestas por la Constitución de 1931; corrección de errores materiales de técnica e incorporación de leyes complementarias; las tendentes a humanizar y dar elasticidad al código y los casos de reforma excepcional. *Vid.* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, I., RUIZ DE CORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos penales españoles...cit.*, págs. 977 y ss.

⁷⁷ En cuanto a la reforma tendente a la humanización del código cabe señalar las relativas a la elevación de la edad penal a los 16 años, introducción de la eximente de sordomudez, ampliación del estado de necesidad, y, sobre todo, la supresión por primera vez en nuestros códigos penales, de la pena de muerte y de degradación. *Vid.* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, I., RUIZ DE CORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos penales españoles...cit.*, págs. 977 y ss.

⁷⁸ Al no acoger en su seno el Código Penal de 1932 las medidas de seguridad, como hiciera el anterior, relegó la materia a una ley especial, la Ley de Vagos y Maleantes, promulgada el 3 de agosto de 1933. *Vid.* QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio de Derecho Penal...cit.*, pág. 93.

Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación las penas serán prisión menor en sus grados medio y máximo y multa de 250 a 2.500 pesetas.”

Artículo 483: *“La disposición del artículo anterior no es aplicable al que entra en 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.”*

Artículo 484: *“Lo dispuesto en este capítulo no tiene aplicación respecto de los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas mientras estuvieran abiertas.”*

De la redacción de estos artículos podemos extraer una serie de conclusiones en relación a la redacción de este tipo en el código penal anterior. Es de notar que como el Código Penal de 1932 copió muchos de los preceptos del Código Penal de 1870, de suerte que puede observarse un gran paralelismo entre la regulación de ambos.

En primer lugar es de destacar que ya no se recoge bajo la rúbrica de “Delitos contra la inviolabilidad de domicilio”, sino como antaño bajo la rúbrica de “Delitos contra la libertad y seguridad”.

Por lo que respecta a la conducta típica, el tipo básico contenido en el primer párrafo del artículo 482 ya no sanciona la conducta omisiva de mantenerse contra la voluntad del morador, sino únicamente la modalidad de entrar contra la voluntad del morador. Para aclarar problemas interpretativos que puede suscitar esta última expresión, el código dice literalmente “contra la voluntad expresa o tácita del morador”. En consecuencia, vuelven a quedar fuera las conductas de mantenerse en la morada, lo que supone un retroceso en la regulación del allanamiento.

Se recoge también, en el párrafo segundo del precepto que estamos analizando, el subtipo agravado de llevar a cabo la conducta con violencia o intimidación, desapareciendo la modalidad que aparecía en el Código Penal de 1928 consistente en ejecutar el hecho *“haciendo al efecto uso de fuerza en las cosas”*.

Sigue manteniéndose la exención de responsabilidad criminal en los supuestos del artículo 483. Así mismo no hay variación alguna respecto a los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas mientras estuvieran abiertas.

De esta manera⁷⁹, la inviolabilidad de domicilio reconocida en el artículo 31 apartado 4 de la Constitución de 1931⁸⁰, encuentra amparo bajo estos artículos, y en ellos se castiga esa grave falta ciudadana y ese bárbaro atropello del hogar.

La doctrina de la época entiende muy acertada la innovación que se observa en el primero de los artículos de añadir la voluntad tácita a la expresa del morador, lo que ya venían aplicando los tribunales (sentencias de 9 de diciembre de 1922, de 26 de enero de 1925, de 12 de marzo de 1926, de 10 de enero de 1927 y de 26 de febrero de 1929, entre otras).

1.3.8. LOS PROYECTOS DE 1938 Y 1939

Con anterioridad a la elaboración del Código Penal de 1944 y en el nuevo régimen político⁸¹, la Delegación Nacional de Justicia y Derecho de

⁷⁹ Vid. NÚÑEZ DE CEPEDA, H.: *1870, Código Penal, 1932*, La Coruña, 1932, págs. 357 y ss.

⁸⁰ La inviolabilidad del domicilio se recoge dentro del Capítulo I “Garantías individuales y políticas”, estableciendo el artículo 31.4: “*el domicilio de todo español o extranjero residente en España es inviolable. Nadie podrá entrar en él sino en virtud de mandamiento de juez competente. El registro de papeles y efectos se practicará siempre a presencia de interesado o de una persona de su familia, y, en su defecto, de dos vecinos del mismo pueblo*”.

De acuerdo con este precepto, el domicilio se valora como una proyección de la propia persona en el espacio, siendo el lugar en que desarrolla su vida familiar. El término domicilio no tiene un sentido estricto, y equivale a la vivienda. Vid. PASCUAL LÓPEZ, S.: *La inviolabilidad del domicilio en las Constituciones españolas del siglo XX...cit.*, pág. 260.

⁸¹ En este régimen era el Fuero de los españoles el documento en que se recogían los derechos y deberes de los españoles. Concretamente, el artículo 15 recoge el derecho a la inviolabilidad del domicilio en los siguientes términos: “*nadie podrá entrar en el domicilio de un español ni efectuar registros en él sin su consentimiento, a no ser con mandato de la autoridad competente y en los casos y en la forma que establezcan las leyes*”.

Nos parece interesante señalar que el precepto dice “autoridad competente”, lo que significa que no tiene por qué ser la autoridad judicial, por lo que la autorización para entrar y registrar un domicilio no está limitada al poder judicial, como sucede con la Constitución actual, sino que puede ser el ejecutivo quien acuerde esta medida.

Falange Tradicionalista y de las J.O.N.S. publicó un anteproyecto de Código Penal en 1938⁸², en el que tomó parte activa Castejón.

Posteriormente, en la serie de publicaciones de proyectos de códigos penales españoles, el último proyecto completo que podemos mencionar es el de 1939⁸³ elaborado por el Ministerio de Justicia.

Sendos proyectos no aportaron novedades significativas respecto al delito objeto de estudio.

1.3.9. EL CÓDIGO PENAL DE 1944

Al sobrevenir el régimen autoritario tras la guerra civil estaba vigente el Código Penal de la República de 1932, el cual se mantuvo durante largo tiempo, sirviéndose de leyes especiales para adecuarlo a las nuevas concepciones políticas⁸⁴.

La necesidad de refundir la legislación dispersa llevó a la Sección del Consejo Asesor de Justicia a preparar un nuevo proyecto de Ley de Bases para la definitiva reforma, que pasó a las Cortes, aprobándose por Decreto de 23 de diciembre de 1944 el Texto Refundido de Código Penal de 1944 y promulgándose el 13 de enero de 1945⁸⁵.

Además, el artículo 35 del Fuero permitía que la vigencia del artículo 15 fuera “*temporalmente suspendida por el gobierno total o parcialmente mediante Decreto-Ley, que taxativamente determine el alcance y duración de la medida*”. Vid. PASCUAL LÓPEZ, S.: *La inviolabilidad del domicilio en las Constituciones españolas del siglo XX...cit.*, pág. 264.

⁸² El proyecto de 1938, además de las innovaciones de tipo político, consignó separadamente de las penas las medidas de seguridad, manteniendo intacto el principio de legalidad de delitos y penas. Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio de Derecho Penal...cit.*, pág. 95; CASABÓ RUIZ, J.R.: *El anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S., estudio preliminar y edición*, Murcia, 1978, pág. 27.

⁸³ Vid. CASABÓ RUIZ, J.R.: *El anteproyecto de Código Penal de 1939 de F.E.T. y de las J.O.N.S...cit.*, págs. 27-58.

⁸⁴ Vid. ANTÓN ONECA, J., RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A.: *Derecho penal, Parte General...cit.*, pág. 69; TOMÁS Y VALIENTE, J. *Manual de Historia .del Derecho Español...cit.*, págs. 540 y ss; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal español...cit.*, págs. 114 y ss.

⁸⁵ Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio de Derecho Penal...cit.*, pág. 97.

Ahora bien, el Código Penal de 1944 no fue sino una renovación el Código Penal de 1848, con las variaciones que habían incorporado las normas específicas para adecuarlo a los principios políticos que estaban patentes⁸⁶.

El código sigue dividiéndose en tres libros: Libro I sobre “Disposiciones generales”; Libro II de los “Delitos y sus penas” y Libro III sobre las “Faltas y sus penas”.

Apenas podemos hablar de innovaciones en sentido absoluto, refiriéndose éstas casi siempre a matices técnicos y no a tipificaciones nuevas.

A la hora de analizar el tipo penal que nos ocupa, no podemos citar ninguna reforma significativa, ya que, como se ha indicado, el Código Penal de 1944 no es sino una renovación del Código Penal de 1848, de ahí que los artículos sean prácticamente coincidentes.

El allanamiento de morada se halla regulado en los artículos 490, 491, 492 y 492 bis dentro del Capítulo V (Del allanamiento de morada), del Título XII (De los delitos contra la libertad y seguridad), del Libro II (De los delitos y sus penas), del Código Penal de 1944.

Los artículos citados disponen lo siguiente:

Artículo 490: *“El particular que entrare en morada ajena contra la voluntad, expresa o tácita, de su morador será castigado con arresto mayor y multa de 1000 a 5000 pesetas.*

Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación, las penas serán prisión menor y multa de 1000 a 5000 pesetas.”

Artículo 491: *“La disposición del artículo anterior no es aplicable al que entra en morada ajena para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o*

⁸⁶ “No es una reforma total, ni una obra nueva, sino sólo una edición renovada o actualizada de nuestro viejo cuerpo de leyes penales que, en su sistema fundamental y en muchas de sus definiciones y reglas, data del código promulgado el 19 de marzo de 1848”. Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. RODRÍGUEZ RAMOS, I., RUIZ DE CORDEJUOLA LÓPEZ, L.: *Códigos penales españoles...cit.*, pág. 1181.

a un tercero, ni al que lo hace para prestar algún servicio humanitario o a la justicia.”

Artículo 492: *“Lo dispuesto en este capítulo no tiene aplicación respecto de los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas mientras estuvieran abiertas.”*

En consecuencia, al igual que sucede con el código penal anterior de 1932, podemos observar un retroceso en la regulación penal de este delito respecto a los códigos precedentes.

Por lo que respecta al concepto de morada, la jurisprudencia⁸⁷ dice que constituye morada de una persona el lugar, más o menos habitable, donde reside y satisface las condiciones de la vida doméstica, cualquiera que sea el título legítimo por virtud del cual se halle disfrutando de la habitación. El concepto de morada comprende todas las dependencias de la casa habitada, en comunicación interior con ella y destinadas al servicio de sus moradores.

Se incluye el allanamiento de los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas cuando no están abiertas.

En cuanto a la conducta, la preposición “contra” de que se vale el artículo 490 significa “negativa, oposición” manifiesta a que se haga alguna cosa. Esta falta de voluntad puede apreciarse por expresa manifestación o por actos y circunstancias que revelan la prohibición.

1.3.10. REFORMAS POSTERIORES

Entre las reformas posteriores fue muy importante y es de destacar la introducción de la modalidad pasiva del allanamiento de morada en el artículo 490, llevada a cabo por la Ley de 7 de abril de 1952. De este modo el artículo quedaba redactado de la siguiente manera:

⁸⁷ Vid. DEL ROSAL, J., COBO DEL ROSAL, M., RODRÍGUEZ MOURULLO, G., CASTRO, B.: *Código Penal (con jurisprudencia, concordancias y comentarios)*, Madrid, 1964, págs. 629 y ss.

Artículo 490: *“El particular que entrare en morada ajena o se mantuviere en ella contra la voluntad de su morador, será castigado con arresto mayor y multa de 5.000 a 25.000 pesetas.”*

Siguiendo con el anterior artículo 490 se suprime, además, la referencia respecto al requisito de que la voluntad fuera expresa o tácita, señalando únicamente que la conducta debe realizarse “contra la voluntad del morador”, lo cual da lugar a que de nuevo surjan diversas interpretaciones.

Como consecuencia de la reforma de 1958 se introduce el artículo 492 bis que regula la inviolabilidad de un lugar sagrado o edificio religioso:

Artículo 492 bis: *“Salvo lo dispuesto en el artículo 491, el que quebrantara la inviolabilidad de un lugar sagrado, edificio religioso u otro inmueble protegido por dicho privilegio por ley especial o convenio internacional, debidamente ratificado, incurrirá en la pena de arresto mayor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas.”*

Si el reo fuera funcionario público o agente de la autoridad y obrare con abuso de su cargo, se impondrá la pena de prisión menor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas.”

El Texto Refundido de 1973⁸⁸ (aprobado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre) mantuvo la regulación de 1944, incorporando únicamente las leves modificaciones que acabamos de apuntar. De este modo la regulación quedaba de la siguiente manera:

Artículo 490: *“El particular que entrare en morada ajena o se mantuviere en ella contra la voluntad de su morador, será castigado con arresto mayor y multa de 5.000 a 25.000 pesetas.”*

Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación, las penas serán prisión menor y multa de 1.000 a 5.000 pesetas.”

⁸⁸ En 1973 se publicó un nuevo texto refundido, el cual tuvo un carácter eminentemente técnico. Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Curso de Política Criminal*, Valencia, 2003, págs. 49 y ss.

Artículo 491: *“La disposición del artículo anterior no es aplicable al que entra en 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.”*

Artículo 492: *“Lo dispuesto en este capítulo no tiene aplicación respecto de los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas mientras estuvieran abiertas.”*

Artículo 492 bis: *“Salvo lo dispuesto en el artículo 491, el que quebrantara la inviolabilidad de un lugar sagrado, edificio religioso u otro inmueble protegido por dicho privilegio por ley especial o convenio internacional, debidamente ratificado, incurrirá en la pena de arresto mayor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas.*

Si el reo fuera funcionario público o agente de la autoridad y obrare con abuso de su cargo, se impondrá la pena de prisión menor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas.”

Con la muerte de Franco y la subida al trono de Juan Carlos I se desarrolla un proceso de transformación del régimen autoritario a un estado democrático, que culmina con la aprobación de la Constitución Española de 1978. Este proceso de transición democrática tendría que haber ido acompañado de la aprobación de un nuevo código penal, pero no fue así, sino que se optó por el mecanismo de la reforma legal, y de este modo, el vigente código penal en aquel momento fue enmendándose sucesivamente hasta 1995, como luego veremos. No obstante, existieron dos intentos más o menos serios de implantar un nuevo código.

En el Proyecto de Código Penal de 1980 se introdujeron reformas respecto al delito de allanamiento de morada, que se recogía en el Capítulo II (Del allanamiento de morada) del Título II bajo la rúbrica “Delitos contra la libertad y la seguridad”, en los artículos 186 y ss. Las modificaciones más importantes que podemos citar son las siguientes:

- En el artículo 186 se incluye la premisa “sin habitar en ella”: “*el particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena...*”; parece totalmente innecesaria esta expresión, que ni aclara ni aporta nada, ya que si el particular habitara en la morada en la que entra ya no habría figura típica alguna.
- En el segundo párrafo de este artículo añade también la expresión “con cualquier género de violencia o intimidación”, término que tampoco nos ayuda a interpretar mejor el precepto.
- El artículo 188 sustituye los términos cafés, tabernas, posadas,... por el término “establecimientos públicos”, que engloba todos los anteriores.
- Se suprime el artículo 492 bis, relativo a la inviolabilidad de domicilio de los lugares sagrados o edificios religiosos.

El segundo proyecto importante de la época es el conocido como la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983 (PANCP).

Esta propuesta presenta una novedad muy importante y que nos es de especial relevancia a nosotros al estudiar el tipo que nos ocupa, por cuanto crea un título, el Título VII dedicado a los delitos contra la intimidad; y dentro de este título el delito de allanamiento de morada se recoge dentro del Capítulo I (De los delitos contra la intimidad personal y familiar). Este es, sin duda alguna, el aspecto más relevante respecto a la regulación de este delito.

Sólo resaltar que se suprime el anterior artículo 491 relativo al estado de necesidad específico, por quedar esta conducta englobada dentro del estado de necesidad general.

CAPÍTULO II: LA PROTECCIÓN DEL DOMICILIO EN EL DERECHO COMPARADO

2.1. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo pretendemos realizar un estudio comparativo de la legislación y doctrina de varios países para ver cómo se protege el domicilio en los distintos códigos penales.

El allanamiento de morada es sancionado en los ordenamientos jurídicos de nuestros países vecinos, si bien existen diferencias en cuanto a su ubicación sistemática, el bien jurídico protegido, el objeto, el modo de ejecución, la conducta típica y quién puede ser sujeto activo.

Así, nos detendremos primero en el sistema penal alemán, posteriormente en el francés y más tarde en el italiano. Por último, estudiaremos esta figura en el derecho anglosajón.

2.2. ALEMANIA

Alemania reconoce en su Ley Fundamental para la República Federal Alemana (*Grundgesetz*) de 1949⁸⁹ el derecho a la inviolabilidad del domicilio, dentro de los derechos fundamentales⁹⁰ (*Die Grundrechte*)⁹¹. Así, el artículo 13

⁸⁹ Tras la Segunda Guerra Mundial Alemania se dividió en zonas con funciones estatales denominadas “*Länder*”, si bien la intención era constituir el estado como una República Federal; esto tuvo consecuencias para la denominación del documento constitutivo, que se tituló Ley Fundamental (*Grundgesetz*) en lugar de Constitución (*Verfassung*). Vid. EBKE, W.F. y FINKIN, M.W.: *Introduction to German Law*, Kuwe Law International, 1996, pág. 43.

⁹⁰ La Constitución Alemana no contiene ningún precepto donde se reconozca directamente el derecho a la intimidad personal o familiar como hace la Constitución Española, sino que recoge como derecho fundamental la inviolabilidad del domicilio.

establece que: “1. *El domicilio será inviolable. 2. 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.*”

Desde el punto de vista penal, el domicilio se protege mediante el delito de allanamiento de morada tipificado en el Código Penal Alemán de 1871⁹² (*Starfgesetzbuch, StGB*)⁹³. Este delito se recoge en la Sección Séptima de la Parte Especial, que lleva por rúbrica “Delitos contra el orden público”⁹⁴ (*Straftaten gegen dieöffentliche ordnung*), castigando la violación del derecho del propietario o morador, que puede permitir o denegar la entrada⁹⁵.

Encontramos el tipo básico en el artículo 123 y el agravado en el artículo 124:

“§ 123. *Entrada ilegal en domicilio (Hausfriedensbruch).*

(1) *Quien penetre ilegalmente o quien sin autorización permanezca en la vivienda, en los locales de negocios, o en la propiedad delimitada de otro o en espacios cerrados que estén destinados para el servicio público o para el tráfico y no se aleje a petición de quien tenga derecho a ello, será castigado con pena privativa de la libertad hasta un año o con multa.*

⁹¹ La Ley Fundamental de la República de Alemania se divide en 11 capítulos, el primero de los cuales contiene los derechos fundamentales de las personas (artículos 1 a 19). *Vid.* EBKE, W.F. y FINKIN, M.W.: *Introduction to German Law...cit.*, pág. 45.

⁹² En la República Federal Alemana rige desde el 1 de enero de 1975 un código penal constituido por una Parte General nueva y por una Parte Especial, que ha sido reformada por una serie de leyes particulares. Una de las últimas reformas que aportó cambios relevantes, se hizo mediante la Sexta Ley de Reforma del Derecho Penal, de 26 de enero de 1998, que modificó sobre todo los delitos sexuales, los de lesiones y de provocación de incendios. *Vid.* ORTIZ DE NORIEGA, J. et al., *Código Penal Alemán StGB; Código Procesal Alemán StPO*, Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 15 y ss.

⁹³ En el actual Código Penal Alemán se contiene dos tipos de ofensas: los delitos (*verbrechen*) y las faltas (*vergehen*). Así mismo, al igual que el resto de códigos penales continentales europeos, contiene una Parte General (*Allgemeiner teil*) y una Parte Especial (*Besonderer teil*). *Vid.* EBKE, W.F. y FINKIN, M.W.: *Introduction to German Law...cit.*, págs. 383 y ss.

⁹⁴ El profesor Emiliano Borja señala que ello obedece a la notable influencia histórica de la etapa medieval, porque el *hausfriedensbruch* “derivaba del primitivo *heimsuche* que era considerado entre los primeros delitos que daban lugar a la pérdida de la paz y que atentaban gravemente contra el orden público”. *Vid.* BORJA JIMÉNEZ, E.: *El Delito de Allanamiento de Morada, Tesis Doctoral presentada por Emiliano Borja Jiménez,...cit.*, pág. 43.

⁹⁵ *Vid.* EBKE, W.F. y FINKIN, M.W.: *Introduction to German Law...cit.*, pág. 411.

(2) *El hecho solo será perseguido previa denuncia.*

§ 124. *Irrupción grave en domicilio*

Cuando se reúna públicamente una multitud y penetre con la intención de cometer hechos de violencia contra personas o cosas con empleo de fuerza, en la vivienda, en los locales de negocios, o en la propiedad delimitada de otro o en espacios cerrados que estén destinados para el servicio público, entonces toda persona que participe en estas acciones será castigada con pena privativa de la libertad hasta dos años o con multa.”

El bien jurídico protegido por estos tipos penales es el “derecho a la vivienda” (*Hausrecht*), entendida como un espacio concreto de libertad, o un bien personal determinado de especial naturaleza. En efecto, no se entiende como “libertad plena para deambular por el domicilio o sus dependencias”, sino más específico de “no ser molestado por los otros” y de mantener un espacio físico protegido respecto de injerencias exteriores y el derecho a decidir quién puede penetrar en este lugar y quién no. Por tanto, este derecho se compone de un espacio de seguridad física además de un derecho de especial respeto por los demás.⁹⁶

A este respecto señala el profesor Borja Jiménez en su tesis doctoral que “*se entiende éste de forma similar a un derecho real sobre el lugar objeto de protección, de tal forma que el titular de dicho Hausrecht dispone de un poder sobre el área espacial determinada normativamente en tanto que puede decidir qué personas admite en su seno y cuáles no*”⁹⁷.

En cuanto al objeto sobre el que recae la conducta típica, se protegen más lugares que en el ordenamiento español. Así, se tutela el domicilio, el establecimiento comercial, la propiedad privada de otro, y espacios acotados que estén destinados al servicio o tráfico público. Como nota común, todos estos espacios tienen una territorialidad física asegurada, o, al menos, una cuya delimitación espacial se pueda acotar; esto no significa que la entrada al

⁹⁶ Vid. SCHÖNER, J., SCHRÖDER, H.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, C.H. Beck, München, 2012, pág. 1348.

⁹⁷ Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: *El Delito de Allanamiento de Morada, Tesis Doctoral presentada por Emiliano Borja Jiménez, ...cit.*, pág. 44.

lugar tenga que estar cerrada o en condiciones de serlo (por ejemplo se protege el espacio anexo a una puerta sin cerradura).

Vamos a referirnos brevemente a cada uno de estos espacios.

Una vivienda se constituye como un espacio construido, más o menos cerrado, que también puede ser móvil, y que sirve de alojamiento a una o varias personas. Se incluyen en este concepto segundas viviendas estacionales, viviendas alquiladas, hoteles, caravanas, autobuses, campings, tiendas de campaña, embarcaciones, vehículos, celdas de prisiones,... Así mismo, como parte de la vivienda deben entenderse incluidos los espacios anexos como escaleras, jardines, sótanos... y cualquier lugar cuya pertenencia sea identificable⁹⁸.

Un local comercial es un espacio cerrado, que también puede ser móvil, y que destaca por su uso duradero en el tiempo con fines industriales, económicos, artísticos o similares, y no necesariamente con fines exclusivos de venta. Estarían incluidos aquí fábricas, oficinas, casas de mercaderías, carritos de venta de productos o una carpa circense. También serían parte del local comercial aquellos espacios anexos que pudieran determinarse físicamente⁹⁹.

En cuanto a la propiedad privada de otro, la cuestión se centra en el grado de conocimiento de la propiedad que deben tener las personas ajenas a ella, en el sentido que la propiedad individual tiene una manifestación hacia el exterior, y cómo tiene que ser expresada esta manifestación de dominio por su propietario. En todo caso se habla de una “zona psicológica de la propiedad” que debe respetarse socialmente aunque los límites definatorios de la misma resulten, en ocasiones, difusos¹⁰⁰.

Respecto a los espacios acotados destinados al servicio público o al tráfico, subyace una mínima idea de espacio cerrado y determinable. Por servicio público se entienden espacios que por regulación legal se utilizan para facilitar los asuntos públicos, comunales, o al menos abiertos a su servicio o pertenecientes a ese propósito. Lo determinante sería si está dirigido al servicio

⁹⁸ Vid. SCHÖNER, J., SCHRÖDER, H.: *Strafgeszbuch Kommentar...cit.*, pág. 1349.

⁹⁹ Vid. SCHÖNER, J., SCHRÖDER, H.: *Strafgeszbuch Kommentar...cit.*, pág. 1349.

¹⁰⁰ Vid. SCHÖNER, J., SCHRÖDER, H.: *Strafgeszbuch Kommentar...cit.*, págs. 1350-1351.

público o no. Por tráfico público se entienden sólo determinados lugares, ofertados por el sector público o particulares y que sirven para el transporte de personas y mercancías. Se protegen los medios de transporte en sí, como aeronaves, vagones, tranvías, y también construcciones utilizadas por ellos, como salas de espera, halls de las estaciones, zonas de facturación, garajes comunales,... Aquí estarían incluidos los juzgados, escuelas, etcétera¹⁰¹...

En lo que atañe a la conducta típica, se castiga tanto penetrar como permanecer en el lugar tras el requerimiento de abandonarlo por parte del titular. En ambos casos subyace la idea de duración temporal delictual¹⁰².

La entrada supone una invasión corporal, bastando con que se utilice sólo una parte del cuerpo, siempre que sea útil para la permanencia de las personas (se pone como ejemplo que no sería válido un mero acercamiento a la puerta de una estafeta de correos). La comisión por omisión es difícil, pero cabría en el caso en que la entrada sea justificada pero el autor no abandona esa situación de intromisión tras cesar la causa que motivó la entrada lícita, por ejemplo el alargamiento de la estancia de los arrendatarios de un inmueble cuando finaliza la relación contractual. Se excluye el supuesto, sin embargo, en que el huésped tenía autorización del propietario y este abandona la estancia para atender otros asuntos¹⁰³.

El tipo se comete cuando el hecho se realiza contra la voluntad del propietario, lo que se produce cuando el autor penetra en el espacio protegido sin un permiso expreso o escrito¹⁰⁴. No se considera ilegal la entrada de

¹⁰¹ Vid. SCHÖNER, J., SCHRÖDER, H.: *Strafgeszbuch Kommentar...cit.*, págs. 1351-1352.

¹⁰² Vid. SCHÖNER, J., SCHRÖDER, H.: *Strafgeszbuch Kommentar...cit.*, pág. 1352.

¹⁰³ Vid. SCHÖNER, J., SCHRÖDER, H.: *Strafgeszbuch Kommentar...cit.*, pág. 1352.

¹⁰⁴ Basta con que ese permiso sea general. Vid. SCHÖNER, J., SCHRÖDER, H.: *Strafgeszbuch Kommentar...cit.*, pág. 1353.

El permiso debe otorgarse mediante una voluntad auténtica del titular, sin que ésta se haya producido mediante engaño o intimidación, y se puede otorgar de manera genérica siendo suficiente una acción inequívoca. Esta autorización se puede expresa verbalmente, por escrito o incluso con comportamientos inequívocos. Además cabría una limitación específica a algunas personas respecto de este permiso general. Vid. SCHÖNER, J., SCHRÖDER, H.: *Strafgeszbuch Kommentar...cit.*, págs. 1357-1359.

aquellas personas que por razones del servicio deban entrar en lugares determinados, siempre que medie justa causa¹⁰⁵.

El beneficiario de este derecho es aquel que tiene la posibilidad de negar la entrada de terceros, no tan solo los propietarios sino también los poseedores inmediatos, siempre que esa tenencia se haya extendido en el tiempo mediante comportamientos inequívocos, de manera que sea reconocible el derecho; por ello, no quedaría protegido el poseedor de mala fe. Sí se consideran beneficiarias las personas jurídicas, como el estado, los *länder*, ayuntamientos¹⁰⁶,...

Al igual que sucede en el derecho español, el beneficiario de un inmueble alquilado es exclusivamente el arrendatario, por lo que el arrendador no puede penetrar en el inmueble arrendado sin el permiso del arrendatario hasta que finalice la relación contractual.

También es posible que el derecho de vivienda sea disfrutado por varias personas al mismo tiempo¹⁰⁷.

Al ser más amplio el objeto y estar incluidos más espacios dentro del tipo, caben limitaciones de disposición de determinados inmuebles destinados al servicio público, que deben hacerse mediante normas tasadas¹⁰⁸. No se produce tipificación objetiva del artículo 123 cuando por diversas circunstancias resulta imposible abandonar el local¹⁰⁹.

La doctrina alemana establece como causa de justificación el llamado “consentimiento de emergencia”, que faculta al tercero, en determinadas

¹⁰⁵ Vid. SCHÖNER, J., SCHRÖDER, H.: *Strafgeszbuch Kommentar...cit.*, pág. 1353.

¹⁰⁶ Vid. SCHÖNER, J., SCHRÖDER, H.: *Strafgeszbuch Kommentar...cit.*, pág. 1354.

¹⁰⁷ Este es el caso de los co-propietarios o co-arrendatarios; cualquiera de ellos puede autorizar o denegar la entrada de terceras personas. Los cónyuges y las parejas de hecho tienen el mismo derecho, aunque sólo uno de ellos haya firmado el contrato de alquiler, y, en caso de separación, el derecho permanecerá sólo para quien siga habitando en la vivienda. Vid. SCHÖNER, J., SCHRÖDER, H.: *Strafgeszbuch Kommentar...cit.*, págs. 1353-1354.

¹⁰⁸ Por ejemplo, la administración de justicia en las audiencias públicas cuando restringe la presencia del público o limita su acceso o limitaciones legales contenidas en la Ley de Transporte de Pasajeros y en la Ley de Ferrocarril de 1993. Vid. SCHÖNER, J., SCHRÖDER, H.: *Strafgeszbuch Kommentar...cit.*, págs. 1356-1357.

¹⁰⁹ Vid. SCHÖNER, J., SCHRÖDER, H.: *Strafgeszbuch Kommentar...cit.*, pág. 1359.

circunstancias, y siempre que medie una especial situación que requiera una actuación rápida, a penetrar en el inmueble¹¹⁰.

El elemento subjetivo requiere un propósito: es necesario el conocimiento del autor de que su entrada se produce en contra de la voluntad del propietario, no dándose el tipo cuando se haya producido error¹¹¹.

En cuanto a la autoría, no es un delito especial propio, produciéndose el desvalor de la conducta cuando alguien contra la voluntad del propietario penetra en el inmueble¹¹².

A diferencia de lo que sucede en el derecho español, no se distinguen dos conductas en función de que el sujeto sea particular o funcionario público¹¹³.

Se trata de un delito continuado que requiere una duración temporal.

Respecto a los concursos, puede entrar en concurso ideal cuando la entrada se produce con otros hechos delictivos cometidos para remover los impedimentos de la entrada ilegal; en concurso medial cuando la entrada es necesaria para cometer un delito, por ejemplo un robo; y en concurso real cuando el autor comete varios delitos, cuya conexión conceptual no está relacionada entre sí¹¹⁴.

Este delito sólo es perseguible a instancia de parte por el poseedor del derecho de vivienda¹¹⁵.

Se recoge un tipo agravado en el artículo 124 que se produce cuando se reúne públicamente una multitud y penetra con la intención de cometer hechos de violencia contra personas o cosas en los lugares objeto de protección.

¹¹⁰ Se trata de una justificación de corta duración o efímera, sólo por el tiempo que dure la especial situación que da lugar a la justificación de la conducta, y no debe ir contra los intereses del propietario. Debe entenderse en sentido muy restrictivo. Vid. SCHÖNER, J., SCHRÖDER, H.: *Strafgesetzbuch Kommentar...*cit., págs. 1359-1360.

¹¹¹ Vid. SCHÖNER, J., SCHRÖDER, H.: *Strafgesetzbuch Kommentar...*cit., págs. 1360-1361.

¹¹² Vid. SCHÖNER, J., SCHRÖDER, H.: *Strafgesetzbuch Kommentar...*cit., pág. 1361.

¹¹³ Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: *El Delito de Allanamiento de Morada, Tesis Doctoral presentada por Emiliano Borja Jiménez...*cit., pág. 43.

¹¹⁴ Vid. SCHÖNER, J., SCHRÖDER, H.: *Strafgesetzbuch Kommentar...*cit., pág. 1361.

¹¹⁵ Vid. SCHÖNER, J., SCHRÖDER, H.: *Strafgesetzbuch Kommentar...*cit., pág. 1361.

Aquí el bien jurídico protegido es el derecho a la vivienda cuando el daño se produce de forma masiva, y la seguridad pública¹¹⁶.

La conducta típica consiste en que un grupo de personas¹¹⁷ se reúnan públicamente para penetrar en espacios protegidos¹¹⁸, con violencia contra personas o cosas¹¹⁹. Es necesaria una acción violenta inequívoca y debe tener la intención de dañar a personas o cosas¹²⁰.

2.3. FRANCIA

El uno de marzo de 1994 entró en vigor el actual Código Penal Francés, que vino a sustituir al código napoleónico de 1810, que a lo largo de su dilatada vigencia sólo experimentó reformas parciales¹²¹.

Se divide en dos partes¹²², la primera con rango de ley y compuesta por cinco libros¹²³ y la segunda de rango reglamentario, que desarrolla diversos

¹¹⁶ Vid. SCHÖNER, J., SCHRÖDER, H.: *Strafgeszbuch Kommentar...cit.*, pág. 1362.

¹¹⁷ De la agrupación es miembro quien se reúne en un espacio con otros que conforman una mayoría, quien apoya esos comportamientos agresivos, aunque no llegue a penetrar en el espacio protegido y quien, pese a conocer los propósitos violentos de la multitud, no la abandona. La persona participante debe ser identificada exterior y objetivamente como perteneciente al grupo que invade. Vid. SCHÖNER, J., SCHRÖDER, H.: *Strafgeszbuch Kommentar...cit.*, pág. 1364.

¹¹⁸ Se requiere un doble requisito: reunión efectiva de personas y participación en la entrada. No está prevista la permanencia. Vid. SCHÖNER, J., SCHRÖDER, H.: *Strafgeszbuch Kommentar...cit.*, pág. 1362.

¹¹⁹ Los intentos violentos han de producirse contra personas o cosas que se encuentren en el ámbito de protección que extiende el derecho de vivienda. Han de llevarse a cabo en el momento de la entrada en el inmueble o con posterioridad, y ser acciones violentas concluyentes, no siendo necesario que el daño llegue a materializarse. Vid. SCHÖNER, J., SCHRÖDER, H.: *Strafgeszbuch Kommentar...cit.*, págs. 1363-1364.

¹²⁰ El autor ha de tener un conocimiento claro que su unión al grupo puede tener propósitos violentos o dañinos. Vid. SCHÖNER, J., SCHRÖDER, H.: *Strafgeszbuch Kommentar...cit.*, pág. 1364.

¹²¹ El vigente Código Penal Francés es el tercero tras el de 1791 y 1810. El actual código tuvo un largo proceso de evaluación, y no fue aprobado por una única ley sino por varias. Se caracteriza, al igual que el español, por modernizarse sin renunciar a su tradición histórica, sin que exista una ruptura brusca respecto a los códigos penales anteriores. Vid. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El Código Penal Francés: traducido y anotado*, Comares, Granada, 2000, págs. 1 y ss.

¹²² El nuevo código penal mantiene la estructura tradicional de separación en libros, títulos, capítulos y secciones, pero la numeración es novedosa, ya que comienza con el artículo 111-1.

artículos de la primera. Además hay un Libro Sexto dedicado a las faltas, que no están sometidas al principio de reserva de ley¹²⁴.

El Libro II¹²⁵ contiene los crímenes y delitos contra las personas y está dividido en dos títulos. Dentro del Título II “Infracciones contra la persona humana”, la Sección Primera (“De los delitos contra la intimidad”¹²⁶) del Capítulo VI (“De los delitos contra a personalidad”), tipifica el allanamiento de morada en los artículos 226-4-5-7¹²⁷. El Libro IV recoge el delito de allanamiento de morada cometido por funcionario público, artículo 438-8. Como vemos, el vigente Código Penal Francés, al igual que el código de 1810, distingue entre la conducta de introducción en un domicilio ajeno cometida por un particular y la llevada a cabo por un funcionario público¹²⁸.

¹²³ La primera parte consta de cinco libros: Libro Primero, de Disposiciones Generales; Libro Segundo, de Crímenes y Delitos contra las personas; Libro Tercero, Crímenes y Delitos contra los bienes; Libro Cuarto, Crímenes y Delitos contra la nación, el estado, y la paz pública; y Libro Quinto, que contiene otros crímenes y delitos.

¹²⁴ La determinación de las faltas se realiza mediante Decretos emanados del Consejo de Estado, de acuerdo con los principios y límites fijados por las leyes en la materia. *Vid. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El Código Penal Francés...cit., pág. 4.*

¹²⁵ Dentro de la Parte Especial el nuevo código ha variado respecto al anterior: se posponen los delitos contra los intereses del estado, dando prioridad a los ataques contra las personas. *Vid. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El Código Penal Francés...cit., pág. 5.*

¹²⁶ Las infracciones contra la intimidad engloban tipos como el allanamiento de morada, el descubrimiento y revelación de secretos, la captación, registro y transmisión de imágenes o palabras pronunciadas a título privado o confidencial sin el consentimiento del autor, la violación de la correspondencia, los ataques a los derechos de la persona a través de ficheros o tratamientos informáticos y la denuncia calumniosa.

¹²⁷ La numeración de los preceptos en el Código Penal Francés, que es novedosa y comienza con el artículo 111-1, obedece a los siguientes criterios: la primera cifra se refiere al libro, la segunda al título, la tercera al capítulo, y la cuarta, que va tras el guión, al número del artículo dentro de cada capítulo.

¹²⁸ Existe en este código una dualidad de ilícitos en atención a la cualidad del sujeto activo. Esto es herencia de que los textos penales toman en consideración principios jurídicopolíticos de la Revolución Francesa, naciendo así la inviolabilidad del domicilio como un derecho del ciudadano frente a las injerencias arbitrarias del poder del estado. Por ello, en un primer momento sólo se incriminaba la conducta de entrar en un domicilio cuando era perpetrada por un funcionario público, añadiéndose posteriormente la cometida por un particular. *Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: El Delito de Allanamiento de Morada, Tesis Doctoral presentada por Emiliano Borja Jiménez,...cit., págs. 45-46.*

El derecho a la intimidad no se recoge de manera concreta en la Constitución Francesa de 1958¹²⁹, que tampoco establece la garantía de manifestaciones clásicas del derecho¹³⁰. Pero ello no implica ausencia de este derecho, que puede encajarse en otras disposiciones: el preámbulo establece como principio que la “*nación proporcione al individuo y a la familia condiciones necesarias para su desarrollo*”.

El ordenamiento jurídico francés maneja el “derecho a la vida privada”, concepto muy amplio cuyos límites son difíciles de precisar¹³¹, y que no ha sido determinado por la ley. La vida privada comprende tanto el respeto de la libertad (propiedad) como el respeto de la personalidad¹³². El derecho francés ha elaborado mecanismos tradicionalmente diseñados para proteger la vida privada contra los ataques de los poderes públicos¹³³. Así se consagra el

¹²⁹ El contenido de la Constitución Francesa, de acuerdo con su preámbulo, debe integrar los derechos y libertades reconocidos en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Vid. BRU CUADRADA, E.: *La protección de datos en España y en la Unión Europea. Especial referencia a los mecanismos jurídicos de reacción frente a la vulneración del derecho a la intimidad*, Revista de Internet, Derecho y Política (IDP), Nº 5 (2007), pág. 87.

El artículo 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano establece que por ser la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y con la condición que haya una justa y previa indemnización.

¹³⁰ Por lo que respecta a la intimidad, podemos encontrar tres tipos de ordenamientos jurídicos: aquellos en que se reconoce de manera plena a nivel constitucional, como es el caso de los Países Bajos o España; los que recogen simplemente manifestaciones de este derecho, como Alemania o Italia; Francia se encuadra dentro de los ordenamientos que no recogen en su constitución ni el derecho a la intimidad ni sus manifestaciones, aunque sí tiene un reconocimiento legal. Vid. BRU CUADRADA, E.: *La protección de datos en España y en la Unión Europea. Especial referencia a los mecanismos jurídicos de reacción frente a la vulneración del derecho a la intimidad...cit.*, pág. 80.

¹³¹ Vid. ALACARAZ, H.: *El derecho a la intimidad en Francia en la época de la Sociedad de la Información: “Quand je vous ameray? Ma foi, je ne le sais pas...peu-etre jamais, peut etre demanin!”*, Aucaria, Universidad de Sevilla, vol. 9, nº 18, 2007, pág. 8.

¹³² Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: *El Delito de Allanamiento de Morada, Tesis Doctoral presentada por Emiliano Borja Jiménez...cit.*, pág. 46.

¹³³ Vid. ALACARAZ, H.: *El derecho a la intimidad en Francia en la época de la Sociedad de la Información...cit.*, pág. 23.

Los primeros códigos criminales sólo incriminaban esta conducta cuando fuera cometida por funcionarios públicos, ya que en el estado absoluto la mayoría de las violaciones del domicilio venían originadas por los poderes públicos. Tal y como señala el profesor Emiliano Borja “*frente al derecho real de morada germánico, el objeto de protección en los textos y doctrina latinos, se consideró como la libertad del ciudadanos que venía garantizada físicamente por las*

secreto de las comunicaciones y la inviolabilidad del domicilio¹³⁴, que protege el desarrollo de la personalidad en el espacio y mantiene a terceros alejados de un espacio físico, la morada.

Así, el derecho penal castiga dos tipos de daños en la esfera de la intimidad de otro: por un lado se castiga la violación del domicilio, y por otro se protegen ciertas informaciones e imágenes personales.

Por lo que se refiere a la protección de la inviolabilidad del domicilio se sancionan dos conductas, una de ellas cometida por un particular y la otra por un funcionario público¹³⁵. Se castiga con penas más severas ésta última.

El artículo 226-4 tipifica “*quien se introduzca o permanezca en el domicilio de otro mediante estratagemas, amenazas, maltrato o intimidación, excepto en los casos en los que la ley lo permite, será castigado con la pena de un año de prisión y 100.000 F de multa*”. Se castiga la tentativa con la misma pena (artículo 226-5)¹³⁶.

El objeto sobre el que recae esta conducta es más restringido que en el Código Penal Alemán¹³⁷, limitándose al domicilio, que debe entenderse como

cuatro paredes de su domicilio y jurídicamente por los textos constitucionales y criminales”. Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: *El Delito de Allanamiento de Morada, Tesis Doctoral presentada por Emiliano Borja Jiménez, ...cit.*, pág. 46.

¹³⁴ En Francia se reconoce la inviolabilidad del domicilio como un principio de valor constitucional, consagrado por el Consejo Constitucional en su decisión *Perquisitions Fiscales* de 1983. Vid. ALACARAZ, H.: *El derecho a la intimidad en Francia en la época de la Sociedad de la Información...cit.*, pág. 23.

¹³⁵ El código penal de 1810 sólo había previsto la violación del domicilio cometida por un funcionario público, y la había instaurado en el artículo 184, es decir en una parte del código asignada al abuso de autoridad. En 1832, la infracción fue extendida al acto cometido por un particular, pero, teniendo en cuenta del parentesco de los elementos materiales de los dos hechos a partir de ahora incriminados, se habían limitado a añadir un párrafo 2 al artículo 184. El nuevo código penal produce una división entre las dos formas de infracción según que le puedan imputar a un particular o a un funcionario, recogiendo en artículos diferentes, lo que es más lógico. Vid. RASSAT, M.L.: *Droit Pénal Spéciale: infractions des et contre les particuliers*”, Dalloz, París, 2006, pág. 451.

¹³⁶ La penalidad es mayor que la establecida por el código penal anterior. Además, se castiga ahora la tentativa, que con el anterior código no era punible. Vid. RASSAT, M.L.: *Droit Pénal Spéciale: infractions des et contre les particuliers...cit.*, pág. 456.

¹³⁷ Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: *El Delito de Allanamiento de Morada, Tesis Doctoral presentada por Emiliano Borja Jiménez, ...cit.*, pág. 47.

morada¹³⁸, esto es, el espacio en que la persona desarrolla su vida privada al margen de las convenciones sociales. El criterio determinante es que sea un lugar asignado a la ocupación real y efectiva de alguien. Así, la infracción no puede ser cometida en caso de introducción en un local desprovisto de muebles y que nadie habite o no desee habitar ende forma inmediata¹³⁹.

La jurisprudencia constitucional francesa muestra la voluntad de proteger un espacio en sentido amplio: tanto el lugar principal de la residencia como los lugares de residencia ocasionales (hoteles, caravanas,...).

Poco importa el título jurídico del ocupante, que puede ser indistintamente propietario, inquilino, titular precario o incluso ocupante sin título, siempre que habite, de hecho, en el local en cuestión. Tampoco importa la naturaleza del lugar (casa, apartamento, cabaña o incluso tienda de campaña o caravana) desde el momento en que sirva efectivamente de alojamiento.

Incluso da igual que el domicilio sirva, además, para el ejercicio de un trabajo o profesión, si está habitado (despacho de colegio o de un hotel, empresa individual de contabilidad).

Es indiferente que el alojamiento sea permanente, temporal o por temporadas: una habitación de hotel o de hospital es el domicilio del que la ha alquilado o del que se ha instalado en ella, durante el tiempo que la habite.

No obstante, la jurisprudencia ha rechazado considerar que la celda de una cárcel es un domicilio, lo que ha sido criticado por la doctrina puesto que provoca confusión. Que las necesidades de vigilancia permitan a las autoridades penitenciarias entrar, en cualquier momento, en las celdas de los prisioneros es cierto, pero deriva de un hecho justificativo que no conduce a prohibir la consideración de estos lugares como domicilio respecto a toda

¹³⁸ No se restringe al concepto de domicilio o residencia del derecho civil. *Vid.* RASSAT, M.L.: *Droit Pénal Spéciale: infractions des et contre les particuliers...*cit., pág. 452.

¹³⁹ El domicilio designa toda habitación ocupada por una persona, el lugar donde, resida o no, la persona tiene derecho a decidir, cualesquiera que sean los títulos jurídicos de su ocupación y la afectación dada a los locales. *Vid.* RASSAT, M.L.: *Droit Pénal Spéciale: infractions des et contre les particuliers...*cit., pág. 452.

persona ajena a los expresamente autorizados a la entrada (los compañeros detenidos que no compartan celda, por ejemplo)¹⁴⁰.

La protección abarca a la morada y sus dependencias (jardín, terraza, trastero, desván...)¹⁴¹, pero no a los automóviles, ni a un terreno o un patio que no estén cerrados.

Los locales comerciales no parecen gozar de la tutela otorgada por la inviolabilidad domiciliaria¹⁴², ya que son lugares en que el público tiene acceso libre.

La introducción en el domicilio debe ser ejecutada fuera de los casos en que la ley lo permite. La infracción no puede ser imputada a aquel que tiene el derecho personal de entrar en el lugar en cuestión (esposo cuando la separación no es definitiva, inquilino expulsado hasta la ejecución de la de la decisión de expulsión). Así, la calidad de propietario del lugar no da, por sí mismo, el derecho de entrar si el propietario viola los derechos del ocupante, ya sea un inquilino, un sub-inquilino o incluso un ocupante precario o sin título. Eso prohíbe, por ejemplo, expulsar a las personas que ocupan un inmueble si no se dispone de una orden judicial de expulsión, incluso en el caso de los "ocupas"¹⁴³.

El antiguo código limitaba la violación del domicilio a la introducción anormal en el domicilio de otro y, en esta modalidad donde no incriminaba la tentativa, ese acto de introducción debía efectivamente haber sido consumado. La ley nueva, por una parte, tipifica la tentativa, lo que significa que es suficiente el hecho de haber intentado introducirse en el domicilio un tercero y,

¹⁴⁰ Vid. RASSAT, M.L.: *Droit Pénal Spéciale: infractions des et contre les particuliers...*cit., pág. 453.

¹⁴¹ Así lo ha señalado la jurisprudencia, siempre que exista una conexión. Vid. RASSAT, M.L.: *Droit Pénal Spéciale: infractions des et contre les particuliers...*cit., pág. 453.

¹⁴² Vid. ALACARAZ, H.: *El derecho a la intimidad en Francia en la época de la Sociedad de la Información...*cit., págs. 23-24.

¹⁴³ Vid. RASSAT, M.L.: *Droit Pénal Spéciale: infractions des et contre les particuliers...*cit., págs. 453-454.

por otra parte, añade a la introducción anormal, el hecho de permanecer anormalmente en el domicilio de otro¹⁴⁴.

Se castiga tanto entrar (conducta activa) como permanecer (conducta pasiva). Además es necesario que esa entrada se realice mediante estratagemas¹⁴⁵, amenazas, maltrato¹⁴⁶ o intimidación¹⁴⁷. Vemos que los medios ilegítimos usados para violar el domicilio son enumerados de una manera bastante amplia para cubrir prácticamente todas las hipótesis de introducción y de permanencia anormal¹⁴⁸.

Esta entrada ha de ser, además, en contra de la voluntad del morador.

Se requiere un elemento subjetivo del injusto, esto es, la intención de cometer el delito, lo que supone el conocimiento de la falta de derecho del que actúa¹⁴⁹.

Si se cometen otros delitos contra las personas, bien antes de la infracción (para entrar) bien en el curso de ésta, serán perseguidos en concurso real con la violación del domicilio¹⁵⁰.

Hay que recalcar que la infracción de violación de domicilio puede algunas veces perder su autonomía para convertirse en circunstancia

¹⁴⁴ Vid. RASSAT, M.L.: *Droit Pénal Spéciale: infractions des et contre les particuliers...*cit., pág. 454.

¹⁴⁵ Los estratagemas son toda astucia o fraude que permita la entrada o permanencia en el domicilio engañando bien a su ocupante legítimo bien, en su ausencia, alguien que poseyera los medios para entrar. Vid. RASSAT, M.L.: *Droit Pénal Spéciale: infractions des et contre les particuliers...*cit., pág. 455.

¹⁴⁶ Designan toda forma de violencia, tanto sobre las personas como sobre las cosas. Vid. RASSAT, M.L.: *Droit Pénal Spéciale: infractions des et contre les particuliers...*cit., pág. 455.

¹⁴⁷ La intimidación consiste en una presión puramente moral ejercida sobre las personas que pueden permitir el acceso al domicilio. Vid. RASSAT, M.L.: *Droit Pénal Spéciale: infractions des et contre les particuliers...*cit., pág. 455.

¹⁴⁸ Vid. RASSAT, M.L.: *Droit Pénal Spéciale: infractions des et contre les particuliers...*cit., pág. 455.

¹⁴⁹ Vid. RASSAT, M.L.: *Droit Pénal Spéciale: infractions des et contre les particuliers...*cit., pág. 455.

¹⁵⁰ Vid. RASSAT, M.L.: *Droit Pénal Spéciale: infractions des et contre les particuliers...*cit., pág. 456.

agravante de otra infracción, como por ejemplo en el supuesto de robo con fractura¹⁵¹.

Este delito también se puede cometer por las personas jurídicas, tal y como señala el artículo 226-7: *“las personas jurídicas podrán ser declaradas penalmente responsables de las infracciones definidas en la presente Sección”*.

El tipo cometido por un funcionario público se castiga dentro del Libro IV, Título III (De los atentados contra la autoridad del estado), Capítulo II (De los atentados contra las administraciones públicas cometidos por personas que desempeñan la función pública), Sección II (De los abusos de la autoridad cometidos contra los particulares), en el artículo 432-8: *“el hecho, cometido por una persona depositaria de la autoridad pública o encargada de una misión de servicio público, de introducirse o intentar introducirse en el domicilio ajeno contra su voluntad fuera de los casos previstos por la ley, actuando en el ejercicio o con ocasión del ejercicio de sus funciones o de su misión, será castigado con dos años de prisión y multa de 30.000 euros”*.

La penalidad aquí es mayor, ya que se considera como un abuso de autoridad. Tan sólo se castiga la modalidad activa de entrar, pero no la pasiva de permanecer.

La entrada en el domicilio ha de producirse en contra de la voluntad del ocupante, salvo que dicha entrada esté autorizada por la ley y se respeten las condiciones legales. El sujeto pasivo no tiene que haber consentido, o este consentimiento no ha de estar viciado.

Además es necesario que el funcionario público actúe en el ejercicio o con ocasión del ejercicio de sus funciones.

Es punible la tentativa: intentar introducirse.

Cabe reseñar que el Libro IV recoge los delitos relativos a los crímenes y delitos contra la nación, el estado, y la paz pública, estableciendo como intereses fundamentales de la nación a efectos penales *“su independencia, la integridad de su territorio, su seguridad, la forma republicana de sus*

¹⁵¹ Vid. RASSAT, M.L.: *Droit Pénal Spéciale: infractions des et contre les particuliers...cit.*, pág. 456.

instituciones, los medios de su defensa y de su diplomacia, la salvaguarda de su población en Francia y en el extranjero, el equilibrio del medio natural y de su entorno, y los elementos esenciales de su potencial científico y económico y de su patrimonio cultural”¹⁵².

Dentro de este libro, el Título IV recoge las “Infracciones contra los intereses fundamentales de la nación”, conteniendo el Capítulo IV “Otras infracciones contra la defensa nacional”, como las que afectan a la seguridad de las fuerzas armadas, a las zonas protegidas por el interés de la defensa y a los secretos de la defensa nacional. Así, la Sección 1ª “De los delitos contra la seguridad de las Fuerzas Armadas y zonas protegidas vinculadas a la defensa nacional” sanciona dos conductas típicas de entrada en determinados lugares vinculados a la defensa nacional:

Artículo 413-5: “El que, sin autorización de las autoridades competentes, se introduzca fraudulentamente en un terreno, una construcción o un vehículo o aparato cualesquiera sometidos a la autoridad militar o afecto a su servicio, será castigado con la pena de un año de prisión y 100.000 F de multa”.

La conducta en este caso consiste en introducirse fraudulentamente (no se castiga permanecer). A estos efectos se entiende que la entrada es fraudulenta si se realiza sin autorización de las autoridades competentes. Aquí el objeto material es una construcción, terreno, vehículo sometido a la autoridad militar o afecto a su servicio, siendo este último extremo lo determinante.

Artículo 413-7: “Será castigado con la pena de seis meses de prisión y 50.000 F de multa el que, dentro de los servicios, establecimientos o empresas, públicos o privados, vinculados a la defensa nacional, se introduzca sin autorización en el interior de los locales y terrenos cercados, en los que la libre circulación está prohibida, y que están delimitados para garantizar la protección de las instalaciones, del material o del secreto de las investigaciones, de los estudios o de las fabricaciones”.

¹⁵² Artículo 410-1 del Código Penal Francés.

Este tipo sanciona al que, estando ya dentro de un lugar vinculado a la defensa nacional, se introduce, dentro de éste, en locales o terrenos cercados delimitados en los que no está permitido el paso libre; esto es, el sujeto activo ya está legítimamente dentro de un sitio afecto a la defensa nacional, pero entra en algún espacio determinado sin tener una autorización especial para ello, siempre que se requiera dicha habilitación específica para acceder.

La pena aquí es menor, ya que la persona sí tiene un permiso general para estar dentro del lugar militar, pero penetra en un local o terreno cercado dentro de éste en el que se requería un permiso especial.

Un Decreto del Consejo de Estado determina, por un lado, las condiciones en las cuales se procederá a la delimitación de los locales o terrenos señalados en el párrafo anterior y, por otro, las condiciones en las cuales se podrán conceder las autorizaciones para penetrar en ellos.

El artículo 413-8 sanciona con las mismas penas la tentativa de estos delitos.

Tal y como sucede en los delitos recogidos en el Código Penal Militar español en los que se regula el allanamiento de base o establecimiento militar, cuyo estudio se realiza más adelante, el bien jurídico protegido aquí no es la privacidad ni la intimidad, sino la seguridad y defensa nacional.

2.4. ITALIA

La Constitución Italiana de 27 de diciembre de 1947 no recoge de manera expresa el derecho a la intimidad, pero sí reconoce sendas manifestaciones: la inviolabilidad del domicilio en el artículo 14 y el secreto de las comunicaciones en el 15¹⁵³.

El artículo 14 establece que *“el domicilio es inviolable. No se pueden efectuar inspecciones, registros ni embargos salvo en los casos y con las modalidades establecidas por la ley y respetando las garantías previstas para*

¹⁵³ Vid. BRU CUADRADA, E.: *La protección de datos en España y en la Unión Europea. Especial referencia a los mecanismos jurídicos de reacción frente a la vulneración del derecho a la intimidad...*cit., pág. 87.

la salvaguardia de la libertad personal. Se regularán por leyes especiales las verificaciones e inspecciones realizadas por motivos de higiene y salubridad pública o con fines económicos y fiscales”.

La protección penal del domicilio en el Código Penal Italiano de 19 de octubre de 1930 se recoge dentro del Título XII “De los delitos contra las personas” del Libro II; este título se subdivide en tres capítulos en consideración al bien jurídico protegido, recogiendo el Capítulo III los delitos contra la libertad individual, y dentro de este capítulo la Sección IV contiene los delitos contra la inviolabilidad del domicilio.

Se recogen dos tipos de violación del domicilio en sentido estricto en los artículos 614 y 615; la protección ha sido ampliada introduciendo nuevos tipos¹⁵⁴, ante la exigencia de tutelar la esfera personal ante el creciente desarrollo tecnológico.

El primero de ellos fue introducido por la Ley de 8 de abril de 1974, nº 98, que introduce la figura de la interferencia ilícita en la vida privada, artículo 615 bis¹⁵⁵. En un segundo momento, mediante Ley de 23 de diciembre de 1993, nº 547, se introdujeron los delitos de acceso abusivo a un sistema informático o telemático (artículo 615-ter), la detección y difusión abusiva de los códigos de acceso a un sistema informático o telemático (artículo 615-quarter) y la difusión de programas diseñados para dañar o interrumpir un sistema informático (artículo 615-quinquies)¹⁵⁶.

Vamos a centrar el análisis en los dos primeros tipos por ser los que se refieren al delito de allanamiento de morada *strictu sensu*.

¹⁵⁴ Vid. GARÓFOLI, R.: *Manuale de diritto penale, Parte Speciale*, Neldiritto, Roma, 2011, pág. 1209.

¹⁵⁵ Este artículo castiga el uso de herramientas de captación de imágenes o sonido, para procurar indebidamente noticias o imágenes relativas a la vida privada realizada en los sitios mencionados en el artículo 614. Se castiga con una pena más grave si se difunden estas imágenes o sonidos por cualquier medio de información al público.

¹⁵⁶ Este artículo fue modificado por la Ley de 18 de marzo de 2008, nº 48, con la que el legislador italiano dio cumplimiento a la Convención sobre Ciberdelito del Consejo de Europa de 2001 y a la Decisión Marco 2005/222/GAI. Vid. GARÓFOLI, R.: *Manuale de diritto penale...cit.*, pág. 1209.

El Código Penal Italiano distingue en función de la condición del sujeto activo, según sea particular o funcionario público. En nuestro código penal, si bien también se recoge el delito de allanamiento de morada cometido por funcionario público, éste se contiene en un título distinto.

Así, el artículo 614 castiga al que se introduce en la habitación (domicilio) de otro, o en otro lugar de la morada privada o sus dependencias, contra la voluntad expresa o tácita de quien tiene el derecho de exclusión, o se introduce clandestinamente o con engaño. Se sanciona con pena de prisión de hasta tres años. La misma pena se impone también a quienes permanecen en esos lugares contra el deseo expreso de quien tiene el derecho de exclusión, o clandestinamente o con engaño. Se requiere denuncia de la persona ofendida.

Este artículo contiene un subtipo agravado cuando el delito se comete con violencia contra las personas o cosas, o si el delincuente está claramente armado. En este caso la pena es de prisión de uno a cinco años.

Por su parte, el artículo 615 sanciona al funcionario público que, abusando de las facultades inherentes a sus funciones, se introduce o permanece en los sitios mencionados en el artículo anterior, con pena de prisión de uno a cinco años. Si estos hechos se cometen sin cumplir con las formalidades prescritas por la ley, la pena es de prisión de hasta un año.

Lo que se protege con estos tipos penales es lo que tradicionalmente se conoce como “paz doméstica”¹⁵⁷, la tranquilidad y la seguridad del lugar donde se desarrolla la vida privada y las condiciones necesarias para el desarrollo de la personalidad¹⁵⁸. Este derecho se reconoce como una de las principales expresiones del respeto de la vida privada, ya que el domicilio ofrece las condiciones ideales para la plena manifestación de la personalidad del individuo¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Se reconoce el derecho a la exclusividad de presencia humana en la esfera privada domiciliaria, siendo el domicilio el ámbito espacial primario e imprescindible de la libertad de la persona en su dimensión individual-privada.

¹⁵⁸ Vid. ANTOLISEI, F.: *Manuale di diritto penale, Parte Speciale I*, Milano, 15ª ed., 2008, pág. 232.

¹⁵⁹ Vid. GARÓFOLI, R.: *Manuale de diritto penale...cit.*, pág. 1214.

Como hemos señalado anteriormente, el objeto de protección en los textos latinos es más reducido que en el sistema penal germánico. Así, el Código Penal Italiano protege el domicilio (habitación), otro lugar de la morada privada o sus dependencias. Tal y como indica el profesor Emiliano Borja “se están empleando diferentes términos para designar una misma realidad, conceptualizada y determinada como un área espacial cerrada o parcialmente abierta donde normalmente el sujeto desarrolla una actividad privada (llámese paz doméstica, llámese intimidad o con cualquier otra expresión) y excluida al mundo exterior”¹⁶⁰. No obstante, vamos a analizar cada uno de estos conceptos.

Por habitación se entiende el lugar donde se desarrolla libre y legítimamente la vida doméstica, sólo o con otro, de manera permanente u ocasional¹⁶¹. Al igual que sucede en nuestro sistema, la doctrina considera que da igual que se trate de un bien mueble o inmueble, cerrado o abierto, lo fundamental es que se desarrolle en él la vida doméstica y se encuentre delimitado por la voluntad de excluir la injerencia de terceras personas¹⁶².

“Otro lugar de la morada privada” sería cualquier lugar apto para el desarrollo de la vida privada; es más amplio que el concepto de habitación, puesto que comprende ambientes en los que no se desarrolla propiamente la vida doméstica, como un estudio profesional, una biblioteca, un establecimiento industrial, un bar¹⁶³...

También se protegen sus dependencias, lo que comprende los lugares accesorios a éstos, predispuesto para su mejor uso y disfrute¹⁶⁴. No se

¹⁶⁰ Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: *El Delito de Allanamiento de Morada, Tesis Doctoral presentada por Emiliano Borja Jiménez...*cit., pág. 48.

¹⁶¹ Vid. ANTOLISEI, F.: *Manuale di diritto penale...*cit., pág. 233; GARÓFOLI, R.: *Manuale de diritto penale...*cit., pág. 1210.

¹⁶² Puede ser una estancia, un palacio, una caverna, una embarcación, una tienda,... Vid. ANTOLISEI, F.: *Manuale di diritto penale...*cit., pág. 233; GARÓFOLI, R.: *Manuale de diritto penale...*cit., pág. 1210.

¹⁶³ Vid. ANTOLISEI, F.: *Manuale di diritto penale...*cit., pág. 233; GARÓFOLI, R.: *Manuale de diritto penale...*cit., pág. 1211.

¹⁶⁴ Vid. ANTOLISEI, F.: *Manuale di diritto penale...*cit., pág. 234; GARÓFOLI, R.: *Manuale de diritto penale...*cit., pág. 1213.

requiere que se comuniquen directamente con ellos; lo importante es que estén en relación de dependencia¹⁶⁵.

En cuanto a las modalidades de conducta, al igual que sucede en el código penal español, se castiga tanto la conducta activa, introducirse¹⁶⁶, como la pasiva, permanecer¹⁶⁷.

Basta con que se realice en contra de la voluntad, expresa o tácita¹⁶⁸, del morador¹⁶⁹, o de forma engañosa o clandestinamente¹⁷⁰.

Como hemos indicado, sujeto activo puede ser cualquiera, ya que se recoge en el artículo 615 la conducta realizada por funcionario público.

Sujeto pasivo es quien tiene el derecho de exclusión, esto es, el que actualmente habita en el lugar o el que le representa en caso de impedimento¹⁷¹.

¹⁶⁵ Al igual que sucede en el derecho español, deben, por lo tanto, ser considerados como parte de la vivienda, patios privados, jardines, huertos, terrazas, balcones, garajes, graneros, las pistas de tenis,... Vid. ANTOLISEI, F.: *Manuale di diritto penale...*cit., pág. 234.

¹⁶⁶ A diferencia de otros sistemas latinos, introducirse significa entrar con todo el cuerpo, aunque sea a través de un medio anormal (una ventana, una chimenea...); no basta, por tanto, con introducir una parte del cuerpo (una pierna, un brazo, la cabeza...). Vid. ANTOLISEI, F.: *Manuale di diritto penale...*cit., pág. 237.

¹⁶⁷ Permanecer significa continuar en un lugar determinado. Vid. ANTOLISEI, F.: *Manuale di diritto penale...*cit., pág. 237.

Antolisei considera que en este caso, la permanencia ha de ser contra la voluntad expresa, o de forma clandestina o con engaño, excluyéndose en este caso la voluntad tácita. Vid. ANTOLISEI, F.: *Manuale di diritto penale...*cit., pág. 237.

¹⁶⁸ Esta voluntad tiene que manifestarse mediante signos y actos evidentes e inequívocos, igual que en nuestro sistema penal. Vid. ANTOLISEI, F.: *Manuale di diritto penale...*cit., pág. 237; GARÓFOLI, R.: *Manuale de diritto penale...*cit., pág. 1215.

¹⁶⁹ La voluntad relevante es de quien tiene el derecho de exclusión. Vid. ANTOLISEI, F.: *Manuale di diritto penale...*cit., pág. 237; GARÓFOLI, R.: *Manuale de diritto penale...*cit., pág. 1213.

¹⁷⁰ Se equipara a que se lleve a cabo contra la voluntad del morador, el hecho de que se lleve a cabo de forma clandestina o engañosa. De forma clandestina sería en secreto, sin ser visto; de forma engañosa, cuando se ha inducido a error, por ejemplo, usando un nombre falso, o cuando se ha extorsionado mediante violencia o amenazas. Vid. ANTOLISEI, F.: *Manuale di diritto penale...*cit., pág. 237.

¹⁷¹ Puede ser tanto el propietario como el poseedor de la morada. En caso de que haya varios habitantes, basta la opinión de cualquiera de ellos; si existe una convivencia jerarquizada, el derecho de exclusión correspondería al jefe de la convivencia. Vid. ANTOLISEI, F.: *Manuale di diritto penale...*cit., pág. 239.

En cuanto al elemento subjetivo del injusto, la doctrina y la jurisprudencia consideran que se requiere el dolo genérico, esto es, la conciencia y voluntad de introducirse o permanecer en la vivienda, u otros lugares protegidos, en contra de la voluntad del titular del derecho de exclusión¹⁷².

Nuestro código penal distingue la modalidad violenta de la no violenta. El Código Penal Italiano, dentro del artículo 614 contiene la circunstancia agravante cuando el hecho se comete con violencia contra las personas¹⁷³ o las cosas¹⁷⁴ o si el delincuente está claramente armado¹⁷⁵.

La violencia se puede cometer en cualquier momento de la comisión del hecho, siempre antes de la consumación¹⁷⁶.

Es un delito perseguible a instancia de parte, pero en caso de que se cometa el subtipo agravado, sería perseguible también de oficio¹⁷⁷.

Como hemos indicado más arriba, el artículo 615 sanciona al funcionario público que, abusando de las facultades inherentes a sus funciones, se introduce o permanece en los sitios mencionados en el artículo anterior, con pena de prisión de uno a cinco años. Si estos hechos se cometen sin cumplir con las formalidades prescritas por la ley, la pena es de prisión de hasta un año.

Esta titularidad se reconoce a cualquier persona física (ciudadanos, extranjero, apátrida) y también a las personas jurídicas. *Vid. GARÓFOLI, R.: Manuale de diritto penale...cit., pág. 1216.*

¹⁷² Aunque algunos autores consideran que hace falta una intención específica de allanar el domicilio, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria entienden que basta un dolo genérico de entrar o permanecer en el domicilio de otro en contra de su voluntad. *Vid. GARÓFOLI, R.: Manuale de diritto penale...cit., pág. 1218.*

¹⁷³ Consiste en cualquier coacción física realizada con la intención de deprimir o anular la capacidad de autodeterminación del sujeto pasivo. *Vid. GARÓFOLI, R.: Manuale de diritto penale...cit., pág. 1219.*

¹⁷⁴ La violencia contra las cosas consiste en un daño, una transformación o un cambio en el destino de la cosa. *Vid. GARÓFOLI, R.: Manuale de diritto penale...cit., pág. 1219.*

¹⁷⁵ Sólo se aplica la agravación si la presencia del arma puede ser advertida por el sujeto pasivo, no siendo suficiente la mera sospecha acerca de la existencia del arma. No es necesario que el arma sea utilizada ni que sea efectivamente cometido algún acto de intimidación, siendo suficiente que el sujeto activo vaya efectivamente armado en el momento de cometer la conducta típica. *Vid. GARÓFOLI, R.: Manuale de diritto penale...cit., pág. 1219.*

¹⁷⁶ *Vid. GARÓFOLI, R.: Manuale de diritto penale...cit., pág. 1219.*

¹⁷⁷ *Vid. ANTOLISEI, F.: Manuale di diritto penale...cit., pág. 241.*

El bien jurídico protegido aquí es tanto la inviolabilidad del domicilio como el interés público del correcto ejercicio de los deberes inherentes a la función pública¹⁷⁸.

El sujeto activo ha de ser un funcionario público, pero no basta con esto, sino que es necesario que entre en el domicilio de otro abusando de los atributos propios de sus funciones, como por ejemplo, el funcionario de policía que, abusando de sus atribuciones, efectúa un registro más allá de los casos permitidos por la legislación procesal¹⁷⁹.

Se establece una atenuación de la pena si estos hechos se cometen sin cumplir con las formalidades prescritas por la ley¹⁸⁰.

2.5. DERECHO ANGLOSAJÓN

Tal y como indica el profesor Emiliano Borja en su tesis doctoral, existen grandes diferencias entre los principios que rigen el sistema penal anglosajón y el latino¹⁸¹.

Este derecho anglosajón está integrado principalmente por el ordenamiento jurídico inglés y por el americano. Este último ha evolucionado del *common law* inglés, que nace de la doctrina emanada de las sentencias de los tribunales¹⁸².

¹⁷⁸ Vid. GARÓFOLI, R.: *Manuale de diritto penale...*cit., pág. 1220.

¹⁷⁹ Vid. ANTOLISEI, F.: *Manuale di diritto penale...*cit., pág. 241.

Este ejercicio abusivo de poderes se debe utilizar como una herramienta para entrar, o al menos para facilitar la entrada o permanencia en la vivienda. Vid. GARÓFOLI, R.: *Manuale de diritto penale...*cit., pág. 1221.

¹⁸⁰ En este caso sólo se castiga la conducta activa, esto es, la introducción no la permanencia. Vid. ANTOLISEI, F.: *Manuale di diritto penale...*cit., pág. 242; GARÓFOLI, R.: *Manuale de diritto penale...*cit., pág. 1221.

¹⁸¹ Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: *El Delito de Allanamiento de Morada, Tesis Doctoral presentada por Emiliano Borja Jiménez...*cit., pág. 49.

¹⁸² "Este common law no se toma de la ley, sino de los antecedentes proporcionados por los tribunales en sus resoluciones al intentar aclarar la ley. De estas declaraciones, pues, derivan esos principios fundamentales". Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: *El Delito de Allanamiento de Morada, Tesis Doctoral presentada por Emiliano Borja Jiménez...*cit., pág. 50.

El sistema penal anglosajón está formado, junto con el *common law*¹⁸³, por leyes penales escritas (*statute law*)¹⁸⁴.

Dentro del derecho escrito, los derechos de los ciudadanos británicos se recogen en el Human Rights Act 1998, que requiere a las autoridades que actúen de acuerdo con lo dispuesto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁸⁵. Así se reconoce, en similares términos al convenio¹⁸⁶, en el artículo 8 el derecho al respeto a la vida privada y familiar: “1. *Todas las personas tienen derecho a que se respete su vida privada y familiar, su casa y su correspondencia.*

2. *No debe haber interferencia de las autoridades públicas en el ejercicio de este derecho, excepto cuando lo permita la ley y sea necesario en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, seguridad pública, el bienestar económico del país, para la prevención de las infracciones penales,*

¹⁸³ Aunque actualmente son preponderantes los estatutos o leyes escritas como fuente del derecho penal, la jurisprudencia inglesa ha desarrollado un papel fundamental en la integración del derecho mediante el denominado *common law*. Vid. SÁNCHEZ OSES, J.: *La codificación del Derecho Penal en Inglaterra*, Anuario de Derecho Penal, 1956, págs. 270-271.

Durante el siglo XIX la legislación penal inglesa era esencialmente *common law*. La definición de los delitos y las reglas de la responsabilidad criminal eran desarrolladas caso por caso por las sentencias de los jueces. Vid. SIMESTER, A.P., SULLIVAN, G.R.: *Criminal Law, Theory and Doctrine*, Oxford and Portland, Oregón, 2007, pág. 44.

¹⁸⁴ Por su parte, el *statute law* está formado por los “Estatutos” (Actos del Parlamento), leyes aprobadas por ambas Cámaras. La más antigua radica en 1266. Vid. SÁNCHEZ OSES, J.: *La codificación del Derecho Penal en Inglaterra...cit.*, pág. 269.

Hoy en día, la ley penal inglesa está integrada en su mayoría por *statute law*. Vid. SIMESTER, A.P., SULLIVAN, G.R.: *Criminal Law, Theory and Doctrine...cit.*, pág. 44.

¹⁸⁵ El Reino Unido fue uno de los miembros originarios de este Convenio. Vid. SIMESTER, A.P., SULLIVAN, G.R.: *Criminal Law, Theory and Doctrine...cit.*, pág. 31.

¹⁸⁶ El Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce en el artículo 8 el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia: “1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

2. *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 de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”*

Este Convenio no recoge la vida familiar o el domicilio como derechos en sí mismos, sino como un aspecto del derecho a la privacidad (“*privacy*”). Vid. CLAES, E., DUFF, A. y GUTWIRTH, S.: *Privacy and the criminal law*, Intersentia, Oxford, 2006, pág. 129.

la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.”

Tal y como establece la jurisprudencia británica, es necesario interpretar la legislación interna de acuerdo con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de manera que sean compatibles¹⁸⁷. Así, este Convenio junto con las decisiones del Tribunal de Estrasburgo, tienen un impacto importante en la legislación penal sustantiva¹⁸⁸.

En cuanto a EEUU, todas las leyes estatales, federales y locales siguen las líneas marcadas por la Constitución y la Carta de Derechos, lo que garantiza que es una nación gobernada por el estado de derecho (*rule of law*)¹⁸⁹. Se establece así un equilibrio entre la necesidad de control social y la garantía de los derechos individuales como la vida, la libertad y la propiedad. La legislación criminal es uno de los medios mediante los cuales el gobierno protege a los ciudadanos de los ataques contra su persona y su propiedad, estableciendo el entorno necesario para el libre desarrollo de su libertad¹⁹⁰.

La Cuarta Enmienda protege la propiedad de las personas respecto de registros e incautaciones gubernamentales¹⁹¹. Reconoce el derecho de las personas a estar seguros en sus personas, casas, documentos y efectos contra

¹⁸⁷ Vid. SIMESTER, A.P., SULLIVAN, G.R.: *Criminal Law, Theory and Doctrine...cit.*, págs. 33 y ss.

¹⁸⁸ Vid. SIMESTER, A.P., SULLIVAN, G.R.: *Criminal Law, Theory and Doctrine...cit.*, pág. 39.

¹⁸⁹ Vid. SIGNORELLI, W.P.: *Criminal Law, Procedure and Evidence*, CRC Press, Nueva York, 2011, pág. 3.

¹⁹⁰ Vid. SIGNORELLI, W.P.: *Criminal Law, Procedure and Evidence...cit.*, pág. 13. A lo largo de la historia, determinados actos se han considerado tradicionalmente delitos, como es el caso de los asesinatos, robos, violaciones, "*burglary*"... Vid. SIGNORELLI, W.P.: *Criminal Law, Procedure and Evidence...cit.*, pág. 15.

¹⁹¹ Vid. SIGNORELLI, W.P.: *Criminal Law, Procedure and Evidence...cit.*, pág. 32.

Si la persona da el consentimiento para que se produzca la entrada y registro, no existirá violación alguna de la Cuarta Enmienda. Este consentimiento ha de ser voluntario, y no ser obtenido mediante coacción. Así mismo, ha de ser otorgado por quien está legitimado para ello, esto es el propietario o el poseedor. Así, por ejemplo, en caso de una vivienda alquilada sería el inquilino; si existen varios co-propietarios, puede ser cualquiera de ellos. Vid. SIGNORELLI, W.P.: *Criminal Law, Procedure and Evidence...cit.*, pág. 233.

registros¹⁹² irracionales e incautaciones¹⁹³, derecho que no debe ser violado, y no se emitirán órdenes judiciales salvo que exista una “causa probable” (*probable cause*)¹⁹⁴ apoyada en una afirmación, y especificando el lugar que se debe registrar, y las personas o cosas objeto del registro.

Los tribunales prefieren que haya una orden judicial¹⁹⁵, pero se permiten excepciones siempre que exista una “causa probable”¹⁹⁶. La Corte Suprema ha dicho que “*esas normas garantizan la seguridad de los ciudadanos de interferencias irracionales en su privacidad y de acusaciones infundadas de delitos (...) La regla de la causa probable es un concepto práctico, no técnico, siendo el mejor concepto que se ha encontrado para equilibrar los intereses contrapuestos*”¹⁹⁷.

También se permite una excepción para el caso de que estemos ante una emergencia, esto es, un acontecimiento que requiere una acción inmediata para prevenir la muerte, una lesión o un daño en la propiedad¹⁹⁸. Sería el caso, por ejemplo, de los bomberos o la policía que entran en un edificio en llamas.

¹⁹² Los registros ocurren cuando los agentes del gobierno se entrometen en la zona de privacidad de las personas, sea su persona física, ropa, propiedad, casa, o comunicaciones. *Vid. SIGNORELLI, W.P.: Criminal Law, Procedure and Evidence...cit., pág. 32.*

¹⁹³ La incautación consiste en el embargo por un agente del gobierno de objetos, incautación de comunicaciones o coger a una persona bajo custodia. *Vid. SIGNORELLI, W.P.: Criminal Law, Procedure and Evidence...cit., pág. 32.*

¹⁹⁴ Supone que nadie puede ser detenido por meras sospechas, o sin una buena causa. Esta protección se extiende al registro gubernamental y a la propiedad. Existe cuando los hechos y circunstancias de los que se tiene información veraz es suficiente para creer que se está cometiendo un delito o que se va a cometer un delito. Para proceder a un registro existirá cuando esos hechos y circunstancias sean suficientes para creer que hay artículos ilegales en un determinado lugar. *Vid. SIGNORELLI, W.P.: Criminal Law, Procedure and Evidence...cit., págs. 32-33.*

¹⁹⁵ La orden judicial debe determinar el lugar exacto que ha de ser registrado. *Vid. SIGNORELLI, W.P.: Criminal Law, Procedure and Evidence...cit., pág. 133.*

¹⁹⁶ *Vid. SIGNORELLI, W.P.: Criminal Law, Procedure and Evidence...cit., pág. 32.*

¹⁹⁷ *Vid. SIGNORELLI, W.P.: Criminal Law, Procedure and Evidence...cit., págs. 33-34.* Para determinar esta causa probable los tribunales analizan las circunstancias del caso desde el punto de vista de una persona prudente objetiva y racionalmente.

¹⁹⁸ *Vid. SIGNORELLI, W.P.: Criminal Law, Procedure and Evidence...cit., pág. 183.*

Si bien se reconoce este derecho al respeto de la vida privada, a la casa, y a la propiedad, no existe un delito autónomo de allanamiento de morada¹⁹⁹ en el derecho anglosajón, pero sí podemos encontrar tipos que protegen ciertos lugares conectados con el desarrollo de la privacidad del individuo.

En el “*Theft Act*” británico de 1968, modificado por el *Criminal Justice Act* 1991²⁰⁰, se recoge el “*burglary*”, que es el robo con escalamiento²⁰¹. Establece en el apartado 9 que “*Una persona es culpable de burglary si:*

(a) *entra en un edificio o parte de él como “trespasser” (intruso) e intenta cometer cualquiera de los delitos mencionados en la subsección 2.*

(b) *habiendo entrado en un edificio o parte de él como intruso roba o intenta robar alguna cosa del edificio o parte de él, o inflige o trata de infligir a alguna persona que esté dentro lesiones corporales graves.*

(2) *Los delitos a los que se refiere la subsección (1)(a) son delitos de robo de alguna cosa dentro del edificio o de parte del edificio, o infligir a una persona que esté dentro lesiones corporales graves, o un daño ilegal al edificio o alguna cosa dentro de él, o con la intención de cometer un delito sexual.*

(3) *Las referencias de las subsecciones (1) y (2) sobre edificios, se aplican también a vehículos y embarcaciones habitadas, y a cualquier tipo de vehículo o embarcación, tanto si la persona que tiene una habitación en él está en ese momento como si no lo está.*

¹⁹⁹ Tal y como señala el profesor Emiliano Borja “*el derecho anglosajón no contempla la garantía penal de la inviolabilidad del domicilio en sí misma e independientemente de otros valores. No existe un tipo penal que por sí solo que tipifica las intrusiones legítimas en la morada ajena tomando ésta como elemento fundamental sobre el que se desarrolla la figura delictiva*”. Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: *El Delito de Allanamiento de Morada, Tesis Doctoral presentada por Emiliano Borja Jiménez, ...cit.*, pág. 55.

²⁰⁰ Vid. SIMESTER, A.P., SULLIVAN, G.R.: *Criminal Law, Theory and Doctrine...cit.*, pág. 521.

²⁰¹ Explica el profesor Borja que Britton, una autoridad del derecho inglés, definió el *burglar* como aquél que por la noche, en tiempo de paz, entra con fuerza en una morada o iglesia, o violenta los muros o las torres de una ciudad para cometer allí una felonía. Más tarde, Coke y Hale lo definieron de la misma manera pero sin mencionar los muros o torres de una ciudad. Posteriormente el *common law* suprimió la iglesia como objeto de ataque y lo definió como la entrada violenta en una vivienda ajena durante la noche con la intención de cometer un delito. Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: *El Delito de Allanamiento de Morada, Tesis Doctoral presentada por Emiliano Borja Jiménez, ...cit.*, pág. 51.

(4) *Las personas culpables de este delito serán castigadas a pena de prisión que no exceda de*

(a) *si el delito se comete en un edificio o parte de un edificio que es una vivienda (“dwelling”), 14 años.*

(b) *en cualquier otro caso, 10 años.”*

Se prevé un subtipo agravado en el apartado 10: “(1) *Una persona es culpable de “burglary” agravado si comete este delito y en el momento de cometerlo lleva un arma o una imitación de arma, cualquier arma ofensiva o cualquier explosivo, y a estos efectos:*

(a) *“arma de fuego” incluye una pistola de aire comprimido, y “arma de fuego de imitación” es cualquier cosa que tiene apariencia de arma de fuego, sea o no sea capaz de disparar;*

(b) *“arma ofensiva” significa cualquier artículo hecho o adaptado para causar una lesión o incapacitar a una persona, o utilizada por la persona que la tiene para ese; y*

(c) *“explosivo” es cualquier artículo hecho a mano con la intención de producir una explosión, o utilizado por la persona que lo posee para ese uso.*

(2) *La persona culpable de burglary agravado puede ser condenada a cadena perpetua”.*

La Sección 9 establece dos tipos de “burglary”. De acuerdo con el apartado primero comete este delito quien entra en cualquier edificio o parte de él como “trespasser” (intruso) con la intención²⁰² de llevar a cabo alguna de estas acciones²⁰³:

²⁰² Se exige, como elemento subjetivo del injusto, que la entrada se produzca con la intención de cometer un delito (*felony*, en el *common law*), no una falta o un mal que no constituya delito. Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: *El Delito de Allanamiento de Morada, Tesis Doctoral presentada por Emiliano Borja Jiménez...*cit., pág. 53; SIMESTER, A.P., SULLIVAN, G.R.: *Criminal Law, Theory and Doctrine...*cit., pág. 530.

La conducta recogida en este párrafo consiste en entrar con la intención, en el momento de la entrada, de cometer alguno de los delitos que se recogen. Vid. SIMESTER, A.P., SULLIVAN, G.R.: *Criminal Law, Theory and Doctrine...*cit., pág. 522.

²⁰³ Hay que tener en cuenta que el apartado 63 del “*Sexual Offences Act 2003*”, introduce un nuevo delito consistente en entrar con la intención de cometer un delito sexual, que sustituye y amplía en antiguo delito contenido en este apartado 9 consistente en entrar como “trespasser” con la intención de cometer una violación. Vid. *Criminal Law 2012-2013*, Routledge; Nueva

- Robar.
- Infligir lesiones corporales graves.
- Ocasionar un daño en el edificio o en alguna cosa dentro del edificio.

La Sección 9.1.b castiga como reo de este delito a quien, habiendo entrado en un edificio o parte de él²⁰⁴ como “*trespasser*” (intruso) roba o intenta robar o inflige un grave daño corporal.

De acuerdo con el profesor Emiliano Borja lo que se protege no es la intimidad domiciliaria ni la vida doméstica, ya que se trata de un “*tipo de recogida subordinado a la conexión subjetiva del autor en relación a otros delitos*”²⁰⁵.

Ambos tipos requieren que el sujeto activo entre en un edificio o parte de él como “*trespasser*” (intruso). El objeto material es un edificio (*building*)²⁰⁶ o parte de él²⁰⁷; el Estatuto no contiene una definición completa de qué debemos entender por edificio, pero podemos hacer las siguientes apreciaciones²⁰⁸:

- Los vehículos y embarcaciones habitados, aún cuando la persona no esté allí²⁰⁹.
- En *Stevens vs Gourley* (1958) se definió el término “*building*” como una “*estructura de tamaño considerable y proyectada para ser permanente o al menos para permanecer una largo período de tiempo*”.

York, 2012, pág. 98; SIMESTER, A.P., SULLIVAN, G.R.: *Criminal Law, Theory and Doctrine...*cit., pág. 523.

²⁰⁴ En este caso se castiga al individuo que, una vez ha entrado, comete estos delitos. Vid. SIMESTER, A.P., SULLIVAN, G.R.: *Criminal Law, Theory and Doctrine...*cit., pág. 522.

²⁰⁵ Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: *El Delito de Allanamiento de Morada, Tesis Doctoral presentada por Emiliano Borja Jiménez...*cit., pág. 56.

²⁰⁶ En el *common law* el objeto fue la morada o vivienda ajena (*dwelling of another*), siempre que estuviese destinada a servir de habitación a una persona en el momento de entrada. Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: *El Delito de Allanamiento de Morada, Tesis Doctoral presentada por Emiliano Borja Jiménez...*cit., pág. 53.

²⁰⁷ Se entiende que se comete este delito entrando en parte de un edificio cuando no se tiene permiso para acceder a esa parte en concreto; se pone el ejemplo del huésped de un hotel que entra en la habitación de otro huésped con la intención de robar. Vid. SIMESTER, A.P., SULLIVAN, G.R.: *Criminal Law, Theory and Doctrine...*cit., pág. 527.

²⁰⁸ Vid. *Criminal Law, 2012-2013*, Routledge, London, 8ª ed., 2012, pág. 99.

²⁰⁹ Vid. SIMESTER, A.P., SULLIVAN, G.R.: *Criminal Law, Theory and Doctrine...*cit., pág. 527.

- En *B y S vs Leathly* (1979) se consideró edificio a efectos de aplicación de este tipo un gran container frigorífico sin ruedas con suministro eléctrico.
- Sin embargo, en *Norkfalk Constabulary vs Seekings and Goul* (1986) un tráiler con ruedas, usado para almacenamiento con suministro eléctrico, no se consideró edificio.
- Se incluye también una caravana o embarcación mientras sea utilizada como vivienda, aunque el residente esté ausente²¹⁰.
- En *R vs Walkington* (1979) se condenó por este tipo a un cliente por entrar detrás de un mostrador, al considerarlo “parte de un edificio”.

Es necesario que el sujeto activo entre (*entry*) o haya entrado²¹¹. La entrada ha de ser efectiva y sustancial (*R vs Collins*, 1972)²¹². Esa entrada, además, se ha de producir para cometer un delito, debe existir una relación causal; si la intención de cometer las acciones a que se refiere el tipo surge luego, no podríamos apreciar la existencia de *burglary*²¹³.

También es necesario que quien entre lo haga como “*trespasser*” (intruso), que se define como aquél que entra en una propiedad sin permiso expreso o implícito²¹⁴. Tiene también esta consideración quien tiene permiso para un propósito particular, pero se excede respecto del permiso concedido (*R*

²¹⁰ Vid. SIMESTER, A.P., SULLIVAN, G.R.: *Criminal Law, Theory and Doctrine...*cit., pág. 527.

²¹¹ El *common law* exigía que la entrada se produjera mediante fuerza corporal y violencia en la entrada; posteriormente se requirió violencia psicológica; al pasar el delito al derecho escrito fueron debilitándose estos requisitos, hasta que en la actualidad únicamente se exige la entrada. Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: *El Delito de Allanamiento de Morada, Tesis Doctoral presentada por Emiliano Borja Jiménez...*cit., pág. 52.

²¹² Vid. *Criminal Law, 2012-2013...*cit., págs. 99-100. Es difícil establecer la línea divisoria entre lo que se entiende como una entrada completa a efectos de cometer el delito, y cuando estaríamos ante una tentativa; en el *common law* era suficiente con introducir una parte del cuerpo, pero el Act de 1968 no determina qué debemos considerar por entrada. La jurisprudencia tan sólo establece que esa entrada sea efectiva y sustancial. Vid. SIMESTER, A.P., SULLIVAN, G.R.: *Criminal Law, Theory and Doctrine...*cit., pág. 523.

²¹³ Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: *El Delito de Allanamiento de Morada, Tesis Doctoral presentada por Emiliano Borja Jiménez...*cit., pág. 53.

²¹⁴ Se considera intruso aquél que entra fuera de los casos permitidos por la ley o sin el permiso de quien puede concederlo. Podrá conceder este permiso el propietario o el ocupante, o cualquier miembro de la casa. Vid. SIMESTER, A.P., SULLIVAN, G.R.: *Criminal Law, Theory and Doctrine...*cit., págs. 524-525.

vs Smith and Johns [1976])²¹⁵. Se requiere como “*mens rea*” que quien entre lo haga con la intención de ser un intruso, admitiéndose la modalidad imprudente²¹⁶.

El apartado 3 establece una penalidad mayor cuando el edificio tiene la consideración de vivienda (*dwelling*)²¹⁷. Se protege aquel espacio dedicado a la vida privada en el que el individuo puede excluir a terceras personas²¹⁸.

En EEUU se recoge este delito en términos similares al derecho británico en los códigos penales de los diferentes Estados Federales. Concretamente, el Código Penal de Nueva York²¹⁹ recoge el “*burglary*” dentro de la Parte Tercera (*Specific Offences*), en el Título I, entre los delitos que implican daños e intrusión en la propiedad, artículo 140 (*offenses involving damage to and intrusión upon property*). Se considera una “*felony*”, que se define, de acuerdo con el artículo 10 del Código Penal de Nueva York, como un delito por el que se puede imponer pena de prisión superior a un año. En el derecho americano se castiga el “*burglary*” de primer, de segundo y de tercer grado. La conducta básica, el primer grado, castiga a quien, intencionadamente, entra o permanece ilegalmente en un edificio (*building*)²²⁰ para cometer un delito. El segundo y el tercer grado lo que contienen es una agravación cuando concurren determinadas circunstancias. Se castiga, a

²¹⁵ Vid. *Criminal Law, 2012-2013...cit.*, pág. 100; SIMESTER, A.P., SULLIVAN, G.R.: *Criminal Law, Theory and Doctrine...cit.*, pág. 525.

²¹⁶ Vid. *Criminal Law, 2012-2013...cit.*, pág. 100; Vid. SIMESTER, A.P., SULLIVAN, G.R.: *Criminal Law, Theory and Doctrine...cit.*, pág. 526.

²¹⁷ Vid. SIMESTER, A.P., SULLIVAN, G.R.: *Criminal Law, Theory and Doctrine...cit.*, pág. 522.

²¹⁸ Vid. SIMESTER, A.P., SULLIVAN, G.R.: *Criminal Law, Theory and Doctrine...cit.*, pág. 531.

²¹⁹ Vid. *Criminal Law, handbook of New York*, Charlottes Ville (VA), Lexis Nexis, 2012, pág. 4.

²²⁰ El código sí proporciona una definición de lo que se considera “*building*” a efectos del delito de *burglary* en el artículo 140.00: incluye cualquier estructura, vehículo o embarcación utilizada para el alojamiento durante la noche de las personas, o utilizado por personas para llevar negocio en el mismo, o cuando se utiliza como una escuela primaria o secundaria, o incluso un camión cerrado o un remolque cerrado. Cuando un edificio se compone de dos o más unidades por separado, aseguradas u ocupadas, cada unidad será considerada como un edificio. Vid. *Criminal Law, handbook of New York...cit.*, pág. 132.

diferencia del derecho británico, tanto entrar como permanecer; además esa entrada ha de ser ilegal²²¹.

Así, en el *burglary* de segundo grado, se establece una penalidad mayor si se dan alguna de las siguientes circunstancias: si el edificio tiene la consideración de vivienda (“*dwelling*”)²²² o si el sujeto activo comete el hecho yendo armado con explosivos o armas letales, causa lesiones físicas a una persona que no participa en el crimen, amenaza con utilizar un instrumento peligroso o muestra algo que parece ser una pistola, revólver, rifle, escopeta, ametralladora u otra arma de fuego²²³.

En el de tercer grado se impone una penalidad mayor cuando el edificio es una vivienda y además el hecho se comete concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: yendo armado con explosivos o armas letales, causando lesiones físicas a una persona que no participa en el crimen, amenazando con utilizar un instrumento peligroso o mostrando algo que parece ser una pistola, revólver, rifle, escopeta, ametralladora u otra arma de fuego, salvo que dicha arma no fuera un arma cargada susceptible de producir la muerte o cualquier otra lesión grave²²⁴.

La otra figura que hemos indicado es el *criminal trespass*²²⁵.

²²¹ De acuerdo con el código penal (artículo 140), una persona entra ilegalmente cuando no tiene licencia o privilegio para hacerlo. Si se trata de un lugar abierto al público se entiende que la persona tiene derecho a entrar de manera legal salvo que se le haya ordenado legalmente lo contrario y el propietario se lo haya notificado personalmente. Si se trata de un edificio abierto al público sólo en parte, legalmente sólo podrá acceder a las partes abiertas al público en general. Si una persona entra o permanece en un terreno aparentemente sin uso y que no está acotado o señalado con la intención de excluir a terceros, se entiende que tiene licencia y privilegio para ello salvo que el propietario se lo haya notificado personalmente. Para entrar en un edificio escolar es necesario tener un permiso escrito por quien es competente para otorgarlo o una causa legítima (por ejemplo, ser padre o tutor de un estudiante). *Vid. Criminal Law, handbook of New York...cit.*, pág. 132.

²²² Se define en el artículo 140.00 del código como un edificio que generalmente está ocupado por una persona como alojamientos por la noche. *Vid. Criminal Law, handbook of New York...cit.*, pág. 132.

²²³ *Vid. Criminal Law, handbook of New York...cit.*, pág. 134.

²²⁴ *Vid. Criminal Law, handbook of New York...cit.*, pág. 134.

²²⁵ En el *common law* significaba lesión o menoscabo en los derechos de un tercero, y especialmente en su persona, salud, reputación, o propiedad. *Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: El*

Al igual que sucede con el *burglary*, al ser la conducta tan amplia no podemos entender que el bien jurídico protegido sea la inviolabilidad domiciliaria²²⁶. Se protege más bien la posesión, o el orden público o la seguridad. También se puede considerar que lo que se protege es la “*privacy*”, que en derecho anglosajón comprende el derecho a tener un espacio privado²²⁷, un dominio, en el que se puede disfrutar de la intimidad²²⁸. Esta “*privacy*” actúa como un arma legal para equilibrar los poderes²²⁹, de manera que se protege a los ciudadanos del poder del estado para evitar intrusiones en su propiedad²³⁰.

Este delito se recoge de manera similar en las distintas legislaciones penales de EEUU²³¹. El tipo comprende las entradas ilícitas penales, y en la mayoría de los casos, también la modalidad omisiva de permanecer. Vamos a coger la regulación del Código Penal Neoyorquino, donde se recoge dentro de la Parte Tercera (*Specific Offences*), del Título I (delitos que implican daños e intrusión en la propiedad), artículo 140 (*offenses involving damage to and intrusión upon property*), dividiéndose en tres grados²³².

El *criminal trespass* de tercer grado castiga a quien, a sabiendas, entra o permanece ilegalmente en un edificio (*building*) o en un bien inmueble cercado

Delito de Allanamiento de Morada, Tesis Doctoral presentada por Emiliano Borja Jiménez,...cit., pág. 54.

²²⁶ Esta figura recuerda mucho a la injuria del derecho romano, como cualquier lesión que se puede infligir a una persona, aunque mediatamente se pueda dañar también la propiedad. *Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: El Delito de Allanamiento de Morada, Tesis Doctoral presentada por Emiliano Borja Jiménez,...cit.,* pág. 56.

²²⁷ La intimidad se refiere a aquel espacio que es cerrado y exclusivo. *Vid. CLAES, E., DUFF, A. y GUTWIRTH, S.: Privacy and the criminal law...cit.,* pág. 44.

²²⁸ *Vid. CLAES, E., DUFF, A. y GUTWIRTH, S.: Privacy and the criminal law...cit.,* pág. 22.

²²⁹ *Vid. CLAES, E., DUFF, A. y GUTWIRTH, S.: Privacy and the criminal law...cit.,* pág. 74.

²³⁰ *Vid. CLAES, E., DUFF, A. y GUTWIRTH, S.: Privacy and the criminal law...cit.,* pág. 124.

²³¹ Se define en el derecho americano como la entrada o permanencia de manera ilegal o sin permiso, siendo conocedor de esta circunstancia. *Vid. Criminal Law, handbook of New York...cit.,* pág. 132.

²³² El *criminal trespass* de primer grado se castiga como una “*felony*”, y el de segundo y tercero como un “*misdemeanor*”. *Vid. Criminal Law, handbook of New York...cit.,* págs. 132-134.

El “*misdemeanor*” es aquel delito por el que se puede imponer pena de prisión de más de 15 días pero menos de un año. *Vid. Criminal Law, handbook of New York...cit.,* pág. 4.

o dispuesto de manera que muestra la intención de excluir a terceros. También se protegen por este tipo los siguientes lugares:

- Las partes de un edificio utilizadas como escuela primaria o secundaria, o como un campamento de niños durante la noche o como un campamento de verano definido en la sección 1392 de la Ley de Salud Pública, si los hechos se cometen en violación de las normas que regulan su entrada y uso.
- Los lugares situados dentro o fuera de una ciudad con una población de más de un millón, cuando el edificio se utiliza como una escuela primaria o secundaria en violación de un requerimiento personal notificado de abandonar el lugar dado por la persona competente.
- Cuando el edificio se utiliza como un proyecto de vivienda pública y el hecho se comete incumpliendo las normas que regulan su entrada y uso o el requerimiento personal y notificado emitido por la persona competente.
- Cuando la propiedad consiste en un derecho de paso o un patio de un ferrocarril, siempre que haya sido designada como una zona de no paso.

El de segundo grado consiste en la misma acción, entrar o permanecer ilegalmente a sabiendas, pero se diferencia por el objeto material o por la condición del sujeto activo. Así, o se comete el hecho en una vivienda o lo comete una persona que, siendo la encargada de realizar un registro conforme a la Ley de Corrección, entra o permanece en una escuela primaria pública o privada, parroquial, intermedia, secundaria, escuela de formación profesional o instituto, sabiendo que la víctima del delito por la cual se requiere tal registro asiste o asistió anteriormente a dicha escuela. No será perseguible esta modalidad delictiva si la persona es estudiante matriculado en tal escuela; si es un estudiante participante legítimo en un evento escolar patrocinado; si es un padre o un tutor legal de un estudiante matriculado en dicha escuela y entra en la escuela con el propósito de asistir a un evento o actividad de sus hijos; si la escuela se designa como lugar de votación y una persona entra en tal edificio con el propósito limitado de votar; o si la persona entra en la construcción de

esas escuelas para los propósitos limitados autorizados por el superintendente o administrador principal de la misma.

En el *criminal trespass* de primer grado, la conducta sigue siendo la misma, pero en la comisión del delito, además, se tiene que dar las siguientes circunstancias:

- Cuando el sujeto activo lleva o sabe que otro participante en el delito lleva explosivos o armas letales.
- Lleva un arma de fuego, rifle o pistola, y además posee o tiene fácilmente accesible munición que puede ser disparada con esa arma, o bien sabe que dicha circunstancia se da en otro participante en el delito.

La diferencia fundamental que encontramos respecto del *burglary* es que el objeto material es mucho más amplio, y además no se exige que la conducta se realice con la intención de cometer un delito. En cuanto a la gravedad de los delitos, se considera más grave el *burglary* (*felony* de clase b o c) que el *criminal trespass* (*felony* de clase d o *misdemeanor*).

Un aspecto importante a tener en cuenta es que la legislación americana establece como causa de justificación el uso de la fuerza física para prevenir o evitar la comisión de estos delitos, cuando razonablemente se prevea que se pueden cometer, permitiendo incluso el uso de fuerza letal para prevenir o evitar la comisión de *burglary* cuando este delito se comete contra una vivienda o un edificio ocupado²³³.

²³³ Vid. *Criminal Law, handbook of New York...cit.*, pág. 14.

CAPÍTULO III: BREVES APUNTES SOBRE EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

Como se ha indicado al tratar la evolución histórica, el proceso de transición democrática²³⁴ debería haber ido acompañado de un nuevo código penal, pero éste no vio la luz hasta 1995.

El Código Penal de 1995 se divide en dos libros: el Libro I, donde se regula la Parte General, y el Libro II, que contiene la Parte Especial, en la que se recogen los delitos. Es la parte del código penal que más se ha modificado respecto al código penal anterior; la Parte Especial cambió en 1995 por dos razones:

1º. Aparecieron delitos que hasta ese momento no existían.

2º. Se cambió el orden en que venían recogidos los delitos.

El código penal anterior daba más importancia a los delitos que afectaban a las instituciones que a los que afectaban a las personas. El Código de 1995 invirtió el orden, situando en primer lugar los delitos que ofenden a los bienes individuales, y luego los que atañen a los bienes colectivos.

Para tutelar este derecho a la inviolabilidad del domicilio el Código Penal de 1995 ha tipificado el delito de allanamiento de morada dentro del Título X del Libro II, bajo la rúbrica “Delitos contra la Intimidad” (siguiendo la línea doctrinal que ya se marcaba en el PANCP de 1983). Concretamente estos tipos penales se hallan recogidos en el Capítulo II, en los artículos 202 y siguientes.

²³⁴ El tránsito de la dictadura franquista a la democracia fue consagrado por nuestra Constitución Española de 1978. Vid. PASCUAL LÓPEZ, S.: *La inviolabilidad del domicilio en las Constituciones españolas del siglo XX...cit.*, pág. 267.

Esta nueva ubicación constituye un cambio sistemático respecto a la regulación anterior, en la que estos delitos se encuadraban en el título relativo a los “Delitos contra la libertad y la seguridad”. Junto con esto, cabe destacar la novedosa incorporación al Código Penal de 1995 del allanamiento de domicilio de persona jurídica, así como del allanamiento cualificado por la condición de autoridad o funcionario público, cuando actúe fuera de los casos permitidos en la ley y sin mediar causa por delito. Por lo que respecta al tipo básico y a la agravación cuando el hecho se ejecuta con violencia o intimidación, apenas sufren modificaciones, si bien se endurecen las penas.

De acuerdo con el artículo 1, apartado 2, letra d) de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, las modalidades de allanamiento previstas en los artículos 202 y 204 son competencia del Tribunal del Jurado.

El delito es perseguible tanto de oficio como a instancia de parte, si bien SANZ MORÁN²³⁵ apunta que debería serlo a instancia de parte, dado el carácter personalísimo del bien jurídico y la escasa gravedad de estas figuras.

Las conductas típicas, dentro del Título X (Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad de domicilio) que acabamos de mencionar, se encuentran recogidas en el Capítulo II: Del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas, y establecimientos abiertos al público, artículos 202 al 204:

Artículo 202: “1. *El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en ella contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.*

2. *Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses.*”

²³⁵ Vid. SANZ MORÁN, A.J.: *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 92.

Artículo 203²³⁶: “1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a diez meses el que entrare contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica, pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura.

2. Será castigado con la pena de multa de uno a tres meses el que se mantuviere contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.

3. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, el que, con violencia o intimidación entrare o se mantuviere contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica, pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.”

Artículo 204. “La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa legal por delito, cometiere cualquiera de los hechos descritos en los dos artículos anteriores, será castigado con las penas respectivamente prevista en los mismos, en su mitad superior, e inhabilitación absoluta de seis a doce años.”

El elemento esencial y común de todas las modalidades de allanamiento es la entrada o el mantenimiento contra la voluntad de su titular en una morada, domicilio o establecimiento ajenos.

A continuación y tras determinar el bien jurídico protegido, analizaremos brevemente cada uno de estos tipos.

²³⁶ Artículo recientemente modificado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en vigor desde el día 1 de julio del presente año, reforma que será objeto de análisis al estudiar en profundidad este tipo penal en el apartado correspondiente.

3.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La determinación del bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada no ha sido una cuestión pacífica en la doctrina, donde podemos encontrar varias posturas²³⁷.

Si bien, como es sabido, la ubicación sistemática de un tipo no determina su objeto de tutela, en esta ocasión veremos que sí ha contribuido a determinar el bien jurídico protegido²³⁸, que no es otro que la intimidad domiciliaria.

²³⁷ Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: *El bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada*, en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Doctor Don José Casabó Ruiz*, Vol. I, Valencia, 1997, págs. 225-280; BOIX REIG, J., GARCÍA RIVAS, N., JUANATEY DORADO, C., JAREÑO LEAL, A., DOVAL PAÍS, A., LLORIA GARCÍA, P., ANARTE BORRALLA, E., GRIMALIZANDRA, V., AGUADO LÓPEZ, S.: *Derecho Penal, parte Especial, Vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales*, Iustel, Madrid, 2010, págs. 471 y ss.; MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 510; SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal, Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2012, pág. 189; VIVES ANTÓN, T. (Coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995, Vol. I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 1013; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 595; CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en VIVES ANTÓN, T., ORTOS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 326; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DíEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal, Parte Especial II*, Valencia, 2004, pág. 854.

²³⁸ Un sector muy significativo de nuestra doctrina entiende que el nuevo código penal ha resuelto definitivamente la cuestión de cuál es el bien jurídico afectado por las distintas modalidades de allanamiento, dada su actual situación sistemática así como la rúbrica que encabeza la regulación de las distintas figuras delictivas recogidas en el Título X del código penal. Vid. JORGE BARREIRO, A.: *El delito de allanamiento de morada en el Código Penal de 1995*, en DíEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C., GRACIA MARTÍN, L., HIGUERA GUIMERA, J.F., ROMEO CASABONA, GRACIA MARTÍN, HIGUERA GUIMERA: *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio. Libro Homenaje al Profesor Doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pág. 483; SANZ MORÁN, A.J.: *Algunas observaciones sobre el delito de allanamiento de morada*, en *Estudios de Derecho Penal y Criminología, en homenaje al Profesor J.M. Rodríguez Devesa, Vol. II*, Madrid, 1989, págs. 315 y ss; MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial...cit.*, pág. 509; CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARÁN, M.: *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 491; GONZÁLEZ RUS, J.J. en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2ª ed., 2005, pág. 381.

De esta manera el Código Penal de 1995 ha dado respaldo legal a las propuestas de un sector mayoritario de la doctrina tendente a vincular la inviolabilidad de domicilio con la intimidad²³⁹.

Esto conlleva el abandono de propuestas anteriores, que siguiendo una tradición jurídica proveniente de la Edad Media, fijaban el bien jurídico en la idea de seguridad personal²⁴⁰. La protección dispensada al hogar en esta época se concreta en la institución del asilo doméstico y de la paz doméstica, que se extiende no sólo al morador, sino también al extraño que se refugia, justificando incluso la muerte del invasor. El quebrantamiento de esta paz doméstica comprendía toda entrada en la casa que pudiera calificarse de ilegítima.

Lo que se trataba de proteger era un lugar resguardado donde poder vivir libre y seguro frente al exterior, el derecho del individuo a vivir seguro en la

²³⁹ Vid. BOIX REIG, J., GARCÍA RIVAS, N., JUANATEY DORADO, C., JAREÑO LEAL, A., DOVAL PAÍS, A., LLORIA GARCÍA, P., ANARTE BORRALLA, E., GRIMA LIZANDRA, V., AGUADO LÓPEZ, S.: *Derecho Penal, parte Especial, Vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales...*cit., pág. 471; MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial...*cit., pág. 510; SANZ MORÁN, A.J.: *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas...*cit., págs. 15 y ss; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (Dir.), LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Coord.): *Comentarios al Código Penal*, tomo 2, Bosch, Barcelona, 2007, pág. 1593; CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARÁN, M.: *Comentarios al Código Penal, Parte Especial...*cit., pág. 489; JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 27-42; GONZÁLEZ RUS, J.J. en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...*cit., pág. 381; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...*cit., págs. 595-596; RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Dir.), MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coord.): *Código Penal, Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, La Ley, Madrid, 4ª ed., 2011, págs. 882-883; ARROYO ZAPATERO, L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FERRÉ OLIVÉ, J.C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J.R., TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid, 2007, pág. 479; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª ed., Valencia, 2013, pág. 270; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), MANJÓN CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PUSCHEL, A. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial (I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 809; LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.): *Derecho penal, Parte Especial*, Colex, Madrid, 5ª ed., 2010, págs. 189-190; CONDE PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): *Código Penal comentado*, tomo I, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 626; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 5ª ed., 2008, pág. 249; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 869; RODRÍGUEZ PADRÓN, C.: *La protección penal del domicilio*, Cuadernos de Derecho Judicial, nº 1, 1998, pág. 93.

²⁴⁰ Vid. ORLANDIS, J.: *La paz de la casa en el derecho español de la Alta Edad Media...*cit., págs. 107 y ss.

morada. En nuestra doctrina CUELLO CALÓN y LUZÓN PEÑA defendieron esta postura²⁴¹.

En la segunda mitad del siglo XIX existe un amplio acuerdo doctrinal en adscribir el allanamiento a los delitos en los que se protege la libertad personal²⁴², ya que los respectivos códigos penales limitaban históricamente la referencia a lugares protegidos a la morada como proyección espacial de la propia personalidad. SUÁREZ MONTES hablaba de libertad individual localizada²⁴³.

BORJA JIMÉNEZ explica que la libertad no es menoscabada por el delito de allanamiento, ya que el sujeto pasivo puede formar o actuar su voluntad, a pesar de la presencia de un tercero y además la conducta típica se satisface aún en ausencia del morador²⁴⁴.

Autores como RODRÍGUEZ DEVESA²⁴⁵ o TORÍO LÓPEZ defienden que se protege la libertad de la voluntad.

²⁴¹ Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en J.L., ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 857; BORJA JIMÉNEZ, E.: *El bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada...*cit., pág. 233.

²⁴² Vid. SANZ MORÁN, A.J.: *Algunas observaciones...*cit., pág. 316; BORJA JIMÉNEZ, E.: *El bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada...*cit., págs. 225-280; JORGE BARREIRO, A.: *El delito de allanamiento de morada en el Código Penal de 1995*, en DIEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C., GRACIA MARTÍN, L., HIGUERA GUIMERA, J.F., ROMEO CASABONA, ...cit., págs. 1354 y ss.

²⁴³ Vid. SUÁREZ MONTES, R.: *El delito de allanamiento de morada*, R.G.L.J., 1968, págs. 865-867. Afirma este autor que “*la inviolabilidad de la morada es un aspecto, o una manifestación, de la libertad individual localizada*”, ya que establece: “*en el domicilio se concretan los presupuestos espacio-ambientales susceptibles de condicionar y garantizar las primeras formas de exteriorización de la personalidad, en las múltiples manifestaciones de la vida privada. Se trata de un derecho inherente a la personalidad que irradia en el ambiente destinado a acogerla.*”

²⁴⁴ Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: *El bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada...*cit., pág. 238.

²⁴⁵ En palabras de RODRÍGUEZ DEVESA caracterizaría a estos delitos “*un desprecio de la voluntad del sujeto pasivo contrario a la injerencia de una tercera persona en una esfera en que la ley faculta a aquél para establecer una prohibición, de manera que el delito se agota con el quebrantamiento de la prohibición, esto es, realizando el acto contrario a la voluntad del ofendido*”. Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho penal, Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 16ª ed., 1995, págs. 278 y ss.

Entre las propuestas tradicionales de la doctrina se hallan aquellas tendentes a establecer más exactamente el bien jurídico en el respeto a la voluntad del morador de disposición sobre la propia morada, estableciendo el delito de allanamiento como un delito contra la voluntad. Fue BINDING quien estableció una relación entre libertad y voluntad, de manera que la lesión de la voluntad supone una limitación de la libertad²⁴⁶. En nuestra doctrina JASO ROLDÁN asumió esta postura²⁴⁷.

Sin embargo estas propuestas doctrinales no parecen postulables hoy en día a la luz del artículo 18.2 de la Constitución, y así aparece la intimidad domiciliaria como bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada, lo que ya defendía algún sector de la doctrina entre los que podemos citar a JORGE BARREIRO²⁴⁸, SANZ MORÁN²⁴⁹ o MORALES PRATS²⁵⁰.

La Constitución reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar en su artículo 18 apartado 1. Este derecho se concibe como el derecho a mantener ámbitos de reserva de los que se excluyen a otras personas. El Tribunal Constitucional, en la STC 233/2005, de 26 de septiembre, establece que el derecho a la intimidad personal *“implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”*.

La intimidad, por tanto, viene a constituir una dimensión de la libertad personal, de forma que el domicilio delimita una parcela de este bien jurídico que es el soporte donde se localizan las manifestaciones de la vida privada.

²⁴⁶ Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: *El bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada...*cit., pág. 239.

²⁴⁷ Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 860.

²⁴⁸ Vid. JORGE BARREIRO, A.: *El delito de allanamiento de morada en el Código Penal de 1995*, en DIEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C., GRACIA MARTÍN, L., HIGUERA GUIMERA, J.F., ROMEO CASABONA, ... cit., pág. 27.

²⁴⁹ Vid. SANZ MORÁN, A.J.: *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas...*cit., págs. 15 y ss.

²⁵⁰ Vid. MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial...*cit., pág. 510.

Así, la STS de 14 de enero de 1993, establece cuál es el bien jurídico en estos delitos: *“el delito de allanamiento de morada tiene como bien jurídico protegido el derecho que tienen todos los individuos a que sea respetado el ámbito espacial en el que se desenvuelve su intimidad personal. Se comete, por tanto, este delito cuando una persona entra en morada ajena contra la voluntad de su morador”*.

La STS de 5 de junio de 1991, aclara que la morada *“constituye un complemento natural y necesario de la intimidad personal y familiar que utiliza la propia persona como refugio para sustraerse a la curiosidad pública por lo que en la mayoría de los textos constitucionales se sitúa la inviolabilidad de domicilio en el catálogo de los bienes que merecen la protección constitucional como establece nuestro texto en el artículo 18.2 exigiendo el consentimiento del titular para la entrada o registro salvo las excepciones taxativa y limitativamente previstas en los casos de autorización o mandamiento judicial y flagrante delito”*.

Más recientemente la STS de 30 de noviembre de 2006 afirma que la violación de la intimidad domiciliaria constituye el bien jurídico.

En este sentido las SSTS de 4 de julio de 2005 y de 16 de enero de 2008 señalan que el valor constitucional de la intimidad personal y familiar sugiere que debe ser el derecho de las personas a la intimidad la clave con que debe ser interpretado el artículo 202, de suerte que el elemento objetivo del tipo descrito en esta norma debe entenderse siempre que la privacidad resulte lesionada o gravemente amenazada, lo que inevitablemente ocurrirá cuando alguien entre en la vivienda de una persona, cualquiera que sea el móvil que a ello le induzca, sin su consentimiento expreso o tácito.

La STS de 30 de junio de 2011 señala como bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada: *“la intimidad de los moradores de la vivienda como reducto íntimo de la vida personal y lugar de desarrollo de la vida familiar con exclusión de terceros”*.

De este modo podemos afirmar que la intimidad domiciliaria como prolongación espacial de la voluntad del morador constituye el soporte fáctico en el cual la persona ostenta facultades de exclusión de terceros, para garantizar unas condiciones adecuadas para el libre desarrollo de la personalidad en la “*privacy*” doméstica individual o familiar.

En la intimidad domiciliaria como bien jurídico deben distinguirse dos facetas:

- Libertad domiciliaria, que expresa la idea de prolongación espacial de los ocupantes de la morada o del contexto espacial profesional.
- Inviolabilidad de la morada, que se identifica con el “*ius prohibendi*” en cuanto instrumento jurídico adecuado para preservar la intimidad.

Como podemos observar y siguiendo lo dispuesto por la STC 22/2003, de 10 de febrero, el contenido del derecho es fundamentalmente negativo, ya que ante todo se garantiza la facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o permanencia de cualquier persona, especialmente de la autoridad pública para la práctica de un registro.

Frente a esta postura, un amplio sector de la doctrina española²⁵¹, entre los que se encuentran CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, y de la

²⁵¹ Vid. CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, J., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal, Parte Especial...*cit., pág. 326; VIVES ANTÓN, T. (Coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995...*cit., pág. 1014; ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*, Valencia, 2004, pág. 498; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial...*cit., pág. 270; SILVA SÁNCHEZ, J.M., RAGUÉS Y VALLÉS, R. (Coord.): *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 3ª ed., 2011, pág. 154; MIMBRERA TORRES, E. en CRUZ DE PABLO, J.A. (Coord.): *Comentarios al Código Penal, Vol. I*, Grupo Difusión, Madrid, 2008, pág. 441; CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.): *Derecho Penal, Parte Especial, doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 283; GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 813; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.), JUDEL PRIETO, A., PIÑEL RODRÍGUEZ, J.R.: *Manual de Derecho Penal, Tomo II, Parte Especial*, Civitas, Navarra, 5ª ed., 2008, págs. 204-205; GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., FIGUEROA NAVARRO, C.: *Lecciones de Derecho*

jurisprudencia²⁵² afirman que el bien jurídico protegido en el delito de allanamiento es la inviolabilidad del domicilio proclamada en el artículo 18.2 de la Constitución como una parte de la intimidad.

La inviolabilidad del domicilio, según ha reiterado el Tribunal Constitucional desde la sentencia de 17 de febrero de 1984 constituye “*un auténtico derecho fundamental de la persona establecido para garantizar el ámbito de privacidad de ésta dentro del espacio delimitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse, precisamente, por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones externas de otras personas o de la autoridad pública, exención o inmunidad que tienen su causa y su razón de ser en que el domicilio es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima.*”

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, concretamente la STS de 14 de enero de 1993, define el bien jurídico como el derecho a que sea respetado el ámbito espacial en el que se desarrolla la intimidad personal del sujeto, concretándolo en los derechos a la intimidad e inviolabilidad del domicilio.

Ahora bien, el derecho a la inviolabilidad de domicilio es una manifestación del derecho a la intimidad, es un instrumento de tutela de ésta. Así mismo, es un derecho frente al estado, pensado para preservar las garantías constitucionales o legales, por lo que es más correcto vincularlo con la figura del artículo 534 del código penal que analizaremos más tarde. Por todo ello, la inviolabilidad del domicilio no agota el ámbito de protección del delito de allanamiento.

Penal. Parte Especial (Adaptadas a la docencia del Plan Bolonia), Edisofer, Madrid, 2011, pág. 72.

²⁵² Vid. SSTS de 5 de junio de 1991, de 17 de marzo de 1992, de 2 de marzo de 1993, de 28 de noviembre de 1994, de 6 de mayo de 1999, de 14 de junio de 2000, de 5 de diciembre de 2005, de 16 de enero de 2008 y de 25 de noviembre de 2009, entre otras.

En conclusión, y siguiendo los razonamientos expuestos por BORJA JIMÉNEZ²⁵³ lo que se sanciona en el allanamiento son las conductas intromisivas en la morada²⁵⁴, que es un espacio donde se desarrollan los actos propios de la vida privada. Por tanto podemos afirmar que lo que trata de protegerse es el libre desarrollo de la personalidad sin injerencias de terceras personas. El bien jurídico protegido es, pues, la intimidad domiciliaria.

3.2. TIPO BÁSICO

El delito de allanamiento de morada *strictu sensu* viene regulado en el artículo 202 del código penal que castiga al “*particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en ella contra la voluntad de su morador*”.

3.2.1. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

De acuerdo con este precepto sujeto activo sólo puede serlo un particular²⁵⁵, cualquiera que no tenga derecho a entrar o permanecer en la

²⁵³ Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: *El bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada...*cit., págs. 275 y ss.

²⁵⁴ En este sentido, señala la profesora JAREÑO LEAL que lo que se protege es la morada como extensión del derecho a la intimidad de las personas. Vid. BOIX REIG, J., GARCÍA RIVAS, N., JUANATEY DORADO, C., JAREÑO LEAL, A., DOVAL PAÍS, A., LLORIA GARCÍA, P., ANARTE BORRALLA, E., GRIMA LIZANDRA, V., AGUADO LÓPEZ, S.: *Derecho Penal, Parte Especial, Vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales...*cit., pág. 472.

²⁵⁵ El problema se nos plantea cuando el sujeto activo es un funcionario público. En este caso si actúa fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa legal por delito, se le aplicará el delito especial impropio del artículo 204; cuando “*medie causa por delito y sin respetar las garantías constitucionales*” entre en un domicilio sin el consentimiento del morador se aplicará el artículo 534.1. Vid. CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en VIVES ANTÓN, T., ORTS BERENQUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal, Parte Especial...*cit., pág. 327; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial...*cit., pág. 270; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.), JUDEL PRIETO, A., PIÑEL RODRÍGUEZ, R.: *Manual de Derecho Penal...*cit., pág. 205; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): *Código Penal Comentado*, tomo I, Bosch, Barcelona, 2004, págs. 626 y 627; MIMBREBA TORRES, E., en CRUZ DE

referida morada²⁵⁶. Sujeto activo, por tanto, puede ser cualquier persona que sea imputable y que no habite en la morada²⁵⁷. Siguiendo a JORGE BARREIRO²⁵⁸ se entiende que habita en la morada quien se encuentra vinculado con alguna relación jurídica con el morador, “*de tal forma que tiene derecho a no ser excluido de la morada salvo resolución judicial*”. Así, cometerá allanamiento el cónyuge separado legalmente que entre en el domicilio sin el consentimiento de la esposa.

Sujeto pasivo es el morador, esto es, quien tiene el derecho de exclusión de injerencias de terceras personas, con absoluta independencia de cuál sea el título por el que mora: propietario, inquilino, o mero morador de hecho²⁵⁹. Ya se ha superado la discusión doctrinal en torno a si por morador se entendía “el amo, cabeza y señor de la casa” o bien a todos los que habitaban en la

PABLO, J.A. (Coord.): *Comentarios al Código Penal, Vol. I*, Madrid, 2008, pág. 443; CONDE PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): *Código Penal comentado...cit.*, pág. 626; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), MANJÓN CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PUSCHEL, A. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...cit.*, págs. 819-810; VIVES ANTÓN, T. (Coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995...cit.*, pág. 1014; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 854.

El Tribunal Supremo, en la STS de 17 de noviembre de 2000, ha afirmado que “*sujeto activo lo ha de ser un particular, pues si se trata de autoridad o funcionario público, el comportamiento antijurídico se halla sancionado en el artículo 204 CP, pudiendo atribuirse la condición de sujeto activo de la infracción a cualquier persona con tal que sea imputable y que no habite en la misma morada.*”

²⁵⁶ Vid. GONZÁLEZ RUS, J.J. en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...cit.*, pág. 382; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 596; SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 189; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 251.

²⁵⁷ Vid. STS de 17 de noviembre de 2000.

²⁵⁸ Vid. JORGE BARREIRO en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal*, tomo VII, Edersa, Madrid, 1999, págs. 307 y ss.

²⁵⁹ Vid. GONZÁLEZ RUS, J.J. en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...cit.*, pág. 382; CORCOY BIDASOLO, M.: *Derecho Penal, Parte Especial, doctrina y jurisprudencia...cit.*, pág. 285; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 596; SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 189; VIVES ANTÓN, T. (Coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995...cit.*, pág. 1015; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, págs. 872-873.

Vid. SSTS de 16 de abril de 2011 y de 5 de junio de 2012.

morada²⁶⁰. El Tribunal Supremo²⁶¹ ha llegado a decir que el morador puede ser sujeto pasivo respecto del propietario, que puede ser sujeto activo si entra en una morada de la que siendo dueño no es morador.

3.2.2. CONDUCTA

El citado artículo contempla dos modalidades típicas: entrar en morada ajena (de naturaleza activa) y mantenerse en la misma contra la voluntad del morador (de carácter omisivo)²⁶². Se configura como una ley mixta alternativa, al permitir una doble modalidad comisiva, sin que ello suponga que se multipliquen el número de delitos²⁶³.

Entrar equivale a penetrar en algún espacio de la morada por cualquier medio. Siguiendo a SANZ MORÁN²⁶⁴ debe tratarse siempre de una invasión física o corporal, realizada con todo el cuerpo, siendo atípica la introducción de aparatos de captación de imagen y/o sonido, como teleobjetivos²⁶⁵, así como

²⁶⁰ Vid. Por todos JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada...*cit., pág. 44.

²⁶¹ Vid. STS de 17 de noviembre de 2000.

²⁶² Vid. SUÁREZ MONTES, R.: *El delito de allanamiento de morada...*cit., págs. 874 y ss; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal, Parte Especial...*cit., pág. 251; POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, tomo I, Tecnos, Madrid, 2010-2011, pág. 255; GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., FIGUEROA NAVARRO, C.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial (Adaptadas a la docencia del Plan Bolonia)*...cit., pág. 72.

²⁶³ Vid. SANZ MORÁN, A.: *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas...*cit., pág. 73; VIVES ANTÓN, T. (Coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995...*cit., pág. 1015; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 870.

²⁶⁴ Vid. SANZ MORÁN, A.: *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas...*cit., pág. 38.

²⁶⁵ Vid. BOIX REIG, J., GARCÍA RIVAS, N., JUANATEY DORADO, C., JAREÑO LEAL, A., DOVAL PAÍS, A., LLORIA GARCÍA, P., ANARTE BORRALLA, E., GRIMA LIZANDRA, V., AGUADO LÓPEZ, S.: *Derecho Penal, parte Especial, Vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales...*cit., pág. 473; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 875; JORGE BARREIRO, A.: *El delito de allanamiento de morada...* cit., pág.60; el mismo, *Artículo 202*, pág. 317; SUÁREZ MONTES, R.: *El delito de allanamiento de morada...*cit., pág. 875; GONZÁLEZ RUS, J.J. en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...*cit., pág. 383; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial...*cit., pág. 271;

introducir una parte del cuerpo o asomarse a través de una puerta o ventana en el interior del domicilio²⁶⁶. Esta interpretación deja fuera del delito de allanamiento determinados ataques, que han de buscar respuesta en otro lugar. El artículo 197 del Código Penal²⁶⁷ castiga la interceptación de las comunicaciones y el uso de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, hecho para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro. Por su parte, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen²⁶⁸, considera intromisión ilegítima en su artículo 7.1: “*El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas*”²⁶⁹. Aunque estos actos están protegidos a través de otras figuras, si lo que se trata de salvaguardar a través del delito de allanamiento de morada es la intimidad domiciliaria, parece más lógico, considerar que estas conductas podrían ser constitutivas de los tipos específicos que las contemplan, salvo el caso en que se entre en el domicilio para instalar estos aparatos, en cuyo caso habría que resolver los posibles conflictos mediante las reglas del concurso de normas.

MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES (Coord.): *Comentarios a la Parte Especial...cit.*, pág. 512; CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARAN, M.: *Comentarios al Código Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 490; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 600; CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.): *Derecho Penal, Parte Especial, doctrina y jurisprudencia... cit.*, pág. 284.

²⁶⁶ Vid. POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial...cit.*, pág. 255.

²⁶⁷ Artículo 197 CP: “ *El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses*”.

²⁶⁸ La Exposición de Motivos de esta ley recoge el enfoque que ha de recibir la protección de estos derechos, señalando que las ideas predominantes en cada momento de la sociedad y los elementos que conforman el interés público, son los criterios fundamentales sobre cuya consideración podrán ser admitidas determinadas intromisiones en el ámbito de la intimidad que no podrán ser reputadas ilegítimas.

²⁶⁹ La Exposición de Motivos de la ley reconoce el carácter preferente de la protección penal en los casos en que ésta exista, por ser la de más fuerte efectividad.

La segunda modalidad, subsidiaria de la anterior²⁷⁰ y de naturaleza omisiva, consiste en mantenerse dentro de la morada sin habitar en la misma y contra la voluntad del morador²⁷¹.

Este artículo ya no hace referencia, como lo hacían los códigos de antaño²⁷², a que la voluntad del morador tenga que ser expresa o tácita, lo que ha generado problemas interpretativos, teniendo que ser el Tribunal Supremo quien aclare este extremo²⁷³.

La jurisprudencia (STS de 14 de enero de 1993) dice que son dos los elementos definidores del tipo penal: entrar o permanecer en morada ajena y la

²⁷⁰ Es subsidiaria de la anterior, por lo que no se trata de dos delitos acumulables. *Vid.* CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en VIVES ANTÓN, T., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 327; MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES (Coord.): *Comentarios a la Parte Especial...cit.*, pág. 512; CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARAN, M.: *Comentarios al Código Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 490; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 600; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), MANJÓN CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PUSCHEL, A. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...cit.*, pág. 810; VIVES ANTÓN, T. (Coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995...cit.*, pág. 1015.

²⁷¹ Requiere un previo consentimiento de entrada y una posterior cesación del mismo. Se precisa una mínima permanencia en el interior de la morada una vez recibida la petición de salir de la misma. *Vid.* BOIX REIG, J., GARCÍA RIVAS, N., JUANATEY DORADO, C., JAREÑO LEAL, A., DOVAL PAÍS, A., LLORIA GARCÍA, P., ANARTE BORRALLA, E., GRIMA LIZANDRA, V., AGUADO LÓPEZ, S.: *Derecho Penal, parte Especial, Vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales...cit.*, pág. 474; SUÁREZ MONTES, R.: *El delito de allanamiento de morada...cit.*, pág. 876; CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en VIVES ANTÓN, T., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal: Parte Especial...cit.*, pág. 328; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (Dir.), LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 1596; VIVES ANTÓN, T. (Coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995...cit.*, pág. 1015; POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial...cit.*, pág. 256.

²⁷² El Código Penal de 1928 dedicaba el artículo 669 a determinar qué se entendía por entrada contraria a la voluntad del morador: "Se entenderá que la entrada en domicilio ajeno se verifica contra la voluntad del morador no solamente cuando éste manifieste su oposición a que esta entrada se realice, sino cuando de algún modo conste o se suponga fundadamente su oposición o no preceda su expreso o tácito asentimiento". Los Códigos Penales de 1932 y 1944 castigaban al particular que entrara en morada ajena contra la voluntad expresa o tácita de su morador.

²⁷³ *Vid.* JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada...cit.*, pág. 66; SUÁREZ MONTES, R.: *El delito de allanamiento de morada...cit.*, págs. 21 y ss; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en J.L., ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 879.

circunstancia de hacerlo contra la voluntad del morador, expresa o tácitamente manifestada.

Por lo que respecta a este último extremo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en las SSTS de 24 de febrero de 1984²⁷⁴, de 16 de octubre de 1986, de 8 de febrero de 1989, de 5 de diciembre de 2005, de 7 de junio de 2006 y de 16 de enero de 2008, ha señalado que la oposición del morador ha de ser concluyente, y que deben admitirse modalidades tácitas siempre que pudieran ser percibidas por el sujeto activo del delito, bastando que lógica y racionalmente pueda deducirse de las circunstancias del hecho o de otros antecedentes. Incluso ha llegado a decir en la STS de 6 de noviembre de 1987, que la voluntad contraria del morador se presume siempre, salvo que el sujeto activo acredite lo contrario. La jurisprudencia posterior viene admitiendo que el consentimiento puede ser expreso, tácito y hasta presunto²⁷⁵. Así, por ejemplo, resulta interesante citar la STS de 20 de enero de 2006 en la que el tribunal entendió que había una autorización presunta, y por tanto los hechos no se cometieron contra la voluntad del morador, en un supuesto en que un hombre entró en el domicilio de su expareja causándole lesiones, y concurrían las siguientes circunstancias: el domicilio era de la mujer, y si bien era cierto que el hombre, separado de ella, habitaba en otra casa, en ocasiones pernoctaba en la de la mujer y disponía de llaves para acceder a la vivienda, sin que existieran pruebas de que la mujer fuera desconocedora de ello o hubiera solicitado la devolución de las llaves. En los supuestos problemáticos de separaciones sentimentales como el que acabamos de exponer, el Tribunal Supremo, sin embargo, entiende que hay allanamiento de morada cuando una de las partes ha manifestado expresamente la voluntad de impedir la entrada a la otra en la morada. En esta línea, la STS de 22 de febrero de 2006, condena al exmarido por un delito de allanamiento de morada afirmando que el delito “*se comete cuando el agente se introduce o permanece en la morada ajena contra la*

²⁷⁴ “*Se requiere que la referida conducta se perpetre contra la voluntad del morador o el que tiene derecho a excluir, voluntad que puede ser expresa, tácita y hasta presunta.*”

²⁷⁵ *Vid.* Entre otras, la STS de 7 de junio de 2006: “*Es cierto que el consentimiento que elimina la antijuridicidad del hecho puede ser expreso, tácito o presunto.*”

voluntad de quienes en ella habitan, conclusión que resulta manifiesta a tenor de que los suegros del acusado le habían reiterado expresamente esa voluntad, así como su esposa, que acudió al juzgador de guardia tras refugiarse en casa de sus padres solicitando orden de alejamiento, que se acordó²⁷⁶. En otro supuesto de la misma índole, también se afirma que existe allanamiento por llevarse a cabo la entrada contra la voluntad del morador habida cuenta que la pareja se encontraba en situación de enfado (ella había recogido sus enseres y se había trasladado de casa) y el acceso a la vivienda se realizó de manera violenta, rompiendo tanto la puerta de acceso al patio de vecinos como la de acceso a la propia vivienda de la ofendida y su familia (STS de 7 de junio de 2006).

La voluntad contraria es, pues, un requisito típico²⁷⁷, que actúa como una causa excluyente del tipo. Esta voluntad ha de ser clara, real y existente, y se ha de deducir de la actuación del sujeto activo. Tiene que aparecer manifestada al exterior, ya sea de manera expresa o tácita, a través de hechos concluyentes. Siguiendo a SANZ MORÁN²⁷⁸ la voluntad tácita sería aquella que puede inferirse de actos relacionados con la conducta del sujeto pasivo. El consentimiento ha de ser reconocible externamente, aunque no se requiera al efecto una declaración de voluntad expresa del titular del bien jurídico protegido, bastando actos concluyentes por su parte. No parece acertado, por tanto, admitir una voluntad presunta, ya que mientras la voluntad tácita existe,

²⁷⁶ Vid. En esta línea STS de 1 de diciembre de 2010.

²⁷⁷ Vid. BOIX REIG, J., GARCÍA RIVAS, N., JUANATEY DORADO, C., JAREÑO LEAL, A., DOVAL PAÍS, A., LLORIA GARCÍA, P., ANARTE BORRALLA, E., GRIMA LIZANDRA, V., AGUADO LÓPEZ, S.: *Derecho Penal, parte Especial, Vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales...*cit., pág. 476; SUÁREZ MONTES, R.: *El delito de allanamiento de morada...*cit., pág. 878; CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en VIVES ANTÓN, T., ORTS BERENQUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal, Parte Especial...*cit., pág. 328; SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal, Parte Especial...*cit., pág. 190; SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), RAGUÉS Y VALLÉS, R. (Coord.): *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial...*cit., pág. 155; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en J.L., ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 877; Vid. POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial...*cit., pág. 258.

²⁷⁸ Vid. SANZ MORÁN, A.: *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas...*cit., pág. 94.

porque la revelan los hechos realizados, la voluntad presunta no existe, sino que se considera existente²⁷⁹. Al exigir el código penal que los hechos se lleven a cabo “contra la voluntad del morador”, se está requiriendo una oposición real a la entrada, y esto no lo puede satisfacer una voluntad presunta. Incluir esta voluntad junto con la voluntad expresa y tácita parece, en consecuencia excesivo.

Para que la conformidad del sujeto pasivo convierta en atípica la conducta será necesario que tenga capacidad para consentir, esto es “*capacidad de entender y querer suficiente para comprender la trascendencia de la decisión por medio de la cual se renuncia a la protección penal del bien jurídico y el alcance de la intervención sobre el mismo.*”²⁸⁰.

Este consentimiento ha de ser actual, otorgado antes de la comisión del hecho²⁸¹ y no tiene que haber sido revocado²⁸². Tal y como señala JUANES PECES²⁸³ una entrada en principio consentida puede convertirse posteriormente en incontestada, ya que la oposición a la permanencia de un tercero puede surgir en un momento posterior a la entrada. No sería válido, si se concede una vez consumado el hecho típico²⁸⁴.

Pero además, el consentimiento ha de ser válido, por lo que debemos analizar los vicios que pueden afectar a su eficacia. Será ineficaz el

²⁷⁹ Vid. JORGE BARREIRO: *El allanamiento de morada...*cit., pág. 69.

²⁸⁰ Vid. DE LA GÁNDARA VALLEJO, B.: *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, Madrid, 1995, pág. 114.

²⁸¹ Vid. STS de 7 de junio de 2006, que señala que “*el carácter delictivo o no de la conducta no lo decide una voluntad “a posteriori” de uno de los moradores sobre una presunta autorización. En tal caso estaría en manos del sujeto pasivo no castigar la infracción con solo afirmar, aunque no responda a la realidad, que de haber conocido la voluntad de acceder a su domicilio una determinada persona no se hubiere opuesto.*”

²⁸² Vid. CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARAN, M.: *Comentarios al Código Penal, Parte Especial...*cit., pág. 492; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal, Parte Especial...*cit., pág. 253.

²⁸³ Vid. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (Dir.), LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...*cit., págs. 1594 y ss.

²⁸⁴ Vid. DE LA GÁNDARA VALLEJO, B.: *Consentimiento...*cit., pág. 118; SEGURA GARCÍA, M.: *El consentimiento del titular del bien jurídico en derecho penal*, Valencia, 2000, pág. 139; JORGE BARREIRO, A.: *El delito de allanamiento de morada en el Código Penal de 1995*, en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C....cit., pág. 1370.

consentimiento obtenido mediante violencia o intimidación²⁸⁵. Debemos apuntar que si el hecho se ejecuta empleando violencia o intimidación estaremos ante la modalidad agravada que prevé el apartado 2 del artículo 202 y que analizaremos más adelante. Respecto a la tipicidad de la entrada cuando la conformidad del morador se ha obtenido de manera engañosa no encontramos una repuesta unánime en la doctrina²⁸⁶, si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo sí ha calificado como allanamiento de morada conductas subsumibles en este supuesto²⁸⁷. La jurisprudencia viene reiterando de manera unánime²⁸⁸ la necesidad de que el consentimiento se preste en condiciones que impidan cualquier asomo de presión psicológica: “... *el consentimiento o la conformidad implica su estado de ánimo concreto en virtud del cual la persona interesada, ante la situación también concreta que las circunstancias le permitan, acceder al registro porque soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente, que ese acto tenía lugar. Se trata en suma de una aprobación, una aquiescencia, un asentimiento, una licencia o una venia que soslaya cualquier otra exigencia procedimental*”. En este sentido es interesante la STS de 5 de junio de 2012 que condenó a los recurrentes por un delito de allanamiento de morada, entre otros, por entender que habían anulado la voluntad del morador, que padecía una patología mental, y al que inferían malos tratos y vejaciones, tanto físicas como psicológicas; a saber, le propiciaban golpes, puñetazos, le privaban de alimentos, le encerraban,... El

²⁸⁵ Vid. DE LA GÁNDARA VALLEJO, B.: *Consentimiento...*cit., págs. 127 y ss; SEGURA GARCÍA, M.: *El consentimiento...*cit., págs. 143 y ss.

²⁸⁶ A favor se pronuncian, entre otros MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial...*cit., pág. 272; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/PÉREZ DEL VALLE, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): *Código penal...*cit., pág. 2345; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal, Parte Especial...*cit., pág. 253. En contra podemos citar autores como DE LA GÁNDARA VALLEJO, B.: *Consentimiento...*cit., pág. 129; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DíEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios...*cit., pág. 882.

²⁸⁷ La STS de 2 de febrero de 1988 condenó por allanamiento de morada a un individuo que, haciéndose pasar por empleado de una compañía de electricidad y alegando la necesidad de revisar la instalación eléctrica, consiguió el acceso al interior de la vivienda para una vez dentro, poner de manifiesto intenciones lascivas.

²⁸⁸ Vid. SSTS de 29 de junio de 1999, de 12 de abril y de 2 de noviembre de 2002, de 7 de marzo y de 12 de noviembre de 2007.

Tribunal Supremo entendió que *“a través de múltiples acciones intimidatorias, cuando no francamente violentas, se propusieron “anular la voluntad” de la víctima. Actos estos que revisten tal gravedad que incluso dan lugar a la apreciación de otras infracciones penales (...). No cabe dudar razonablemente ni de la oposición de la víctima, así vejada y atacada de manera sistemática, a la permanencia del recurrente en su vivienda”*. Siguiendo esta postura, la STS 16 de abril de 2011, en la que el tribunal desestima el motivo que alegaba la inexistencia del delito de allanamiento *“por haberle sido abierta voluntariamente la puerta de la vivienda por parte de una de las moradoras. El argumento contradice de pleno la narración de los hechos probados, en la que se afirma que el acusado se valió de la conminación mediante una navaja o instrumento similar contra Amelia para conseguir que le permitiera acceder a la vivienda, circunstancia que explica que no conste señal de fuerza alguna en la puerta. Y sí se probó en cambio una herida poco profunda en la espalda de la joven que permite inferir que incluso le pudo haber propinado un pinchazo como medio violento para que no se opusiera a abrirle el domicilio”*.

La opción más acertada sería la mantenida por la jurisprudencia, ya que el consentimiento obtenido mediante violencia o intimidación no puede considerarse válido, y en consecuencia, la voluntad que se obtiene de este modo convertiría en típica la conducta.

Respecto a los requisitos que debe cumplir el consentimiento a efectos de autorizar legítimamente la entrada en un domicilio, la STS de 28 de octubre de 2010, siguiendo la línea jurisprudencial marcada por las SSTS de 4 de noviembre de 2002 y de 14 de marzo de 2006, enumera los siguientes:

- Otorgado por persona capaz, esto es mayor de edad y que no tenga restringida su capacidad de obrar. En supuestos de minusvalía psíquica aparente, con independencia de que esté declarada judicialmente o no, el consentimiento no será válido en base al artículo 25 del código penal reformado por la Ley Orgánica 1/2015, en vigor desde el 1 de julio el presente año: *“a los efectos de este código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias*

físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Asimismo a los efectos de este código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”.

- Otorgado consciente y libremente, esto es:

-Que no esté invalidado por error, violencia o intimidación.

-Que no se condicione a ninguna circunstancia periférica, como promesas policiales de cualquier índole.

-Si el titular que ha de prestar el consentimiento se encuentra detenido, para otorgar válidamente el consentimiento será necesaria la presencia de letrado, haciéndose constar mediante diligencia policial²⁸⁹. Establece la jurisprudencia que *“el consentimiento a la realización de la diligencia, uno de los supuestos que permiten la injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, requiere que ha de ser prestado ante un letrado que le asista y ello porque esa manifestación de carácter personal que realiza el detenido puede afectar, indudablemente, a su derecho a la inviolabilidad y también a su derecho de defensa, a la articulación de su defensa en el proceso penal, para lo que ha de estar asesorado sobre el contenido y alcance del acto de naturaleza procesal que realiza”*²⁹⁰.

- Puede prestarse oralmente o por escrito.

²⁸⁹ Vid. SSTs de 2 de julio de 1993, de 23 de enero de 1998, de 14 de marzo de 2000, de 12 de noviembre de 2000 y de 3 de abril de 2001.

²⁹⁰ Vid. STS de 2 de diciembre de 1998.

- Debe otorgarse expresamente. Aunque la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza en su artículo 551 el consentimiento presunto, la jurisprudencia entiende que este precepto ha de interpretarse restrictivamente, ya que *“el consentimiento tácito ha de constar de modo inequívoco mediante actos propios tanto de no oposición cuanto, y sobre todo, de colaboración, pues la duda sobre el consentimiento presunto hay que resolverla a favor de la no autorización, en virtud del principio in dubio libertas y el criterio declarado por el Tribunal Constitucional de interpretar siempre las normas en el sentido más favorable a los derechos fundamentales de la persona, en este caso del titular de la morada”*²⁹¹. Dice el Tribunal Supremo que *“si el consentimiento no se produce en las condiciones de serenidad y libertad ambiental necesarias no se considerará suficiente como consentido: “qui siluit cum loqui debuit, et notint, consentiré de videtur”, pues consiente el que soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente, que entre y registre”*²⁹².
- Debe ser otorgado por el titular del domicilio, titularidad que puede provenir de cualquier título legítimo.
- Ha de prestarse para un asunto concreto, que conozca el que lo concede, sin que se pueda aprovechar para otros fines distintos.
- No son necesarias las formalidades previstas en el artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto de la presencia del Secretario Judicial.

En los supuestos de pluralidad de moradores pueden surgir problemas en aras a determinar la voluntad que debe prevalecer entre las expresadas por aquéllos²⁹³, ya que cada uno goza de plena capacidad para aceptar o rechazar

²⁹¹ Vid. SSTS de 5 de marzo, de 30 de septiembre y de 3 de octubre de 1996, de 7 de marzo de 1997 y de 26 de junio de 1998.

²⁹² Vid. STS de 28 de octubre de 2010.

²⁹³ BOIX REIG, J., GARCÍA RIVAS, N., JUANATEY DORADO, C., JAREÑO LEAL, A., DOVAL PAÍS, A., LLORIA GARCÍA, P., ANARTE BORRALLA, E., GRIMA LIZANDRA, V., AGUADO LÓPEZ, S.: *Derecho Penal, parte Especial, Vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos*

la presencia de terceros en el ámbito espacial protegido. En primer lugar cabe señalar que el concepto de morador es un concepto fáctico y no jurídico, por lo tanto, lo determinante será que efectivamente la persona viva en la morada²⁹⁴. Aunque en la doctrina española podemos encontrar autores²⁹⁵ que atienden a la existencia de una relación jerarquizada entre los moradores para tratar de solucionar esta cuestión, la doctrina mayoritaria, entre la que encontramos a CARBONELL MATEU y a GONZÁLEZ CUSSAC, considera que debe prevalecer el veto sobre el consentimiento²⁹⁶. De acuerdo con esta postura, es suficiente la oposición de uno de los moradores, ya que la intimidad no es un bien jurídico graduable de modo que pueda hablarse de voluntades de mayor valor que otras. Esta última lectura es la que parece más adecuada y acorde a la realidad de nuestros días, en la que ya no cabe hablar de una convivencia familiar jerarquizada en la que el *pater familias* goza de preeminencia respecto al resto. Si a esto añadimos que lo que se trata de proteger es la intimidad de las personas que habitan en la morada y que estamos ante una cuestión de hecho, hay que concluir que basta con que resulte afectada la intimidad de uno solo de los moradores que habitan en un domicilio para entender que se ha cometido el delito. En consecuencia y siguiendo este planteamiento, bastará con la voluntad contraria de uno para evitar la entrada. Cuestión diferente es que nos encontremos ante menores o personas sometidas a patria potestad,

personales...cit., págs. 476 y ss.; GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., FIGUEROA NAVARRO, C.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial (Adaptadas a la docencia del Plan Bolonia)*...cit., pág. 73.

²⁹⁴ Vid. JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada en el Código Penal de 1995*...cit., pág. 72.

²⁹⁵ Vid. Por todos JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada en el Código Penal de 1995*...cit., págs. 71 y ss; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.), JUDEL PRIETO, A., PIÑEL RODRÍGUEZ, R.: *Manual de Derecho Penal*...cit., pág. 205; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): *Código Penal Comentado*...cit., pág. 627.

²⁹⁶ Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DíEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal*...cit., pág. 886; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*...cit., pág. 272; CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en VIVES ANTÓN, T., ORTS BERENQUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal, Parte Especial*...cit., pág. 328; GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal*...cit., pág. 815; VIVES ANTÓN, T. (Coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995*...cit., pág. 1016.

tutela o curatela²⁹⁷. En estos supuestos sí parece lógico que no baste con la voluntad de estas personas, que no tienen plena capacidad para consentir.

En consecuencia a lo expuesto, los presupuestos esenciales del delito son:

- Entrada o mantenimiento ilícito en espacio cerrado o en parte abierto, separado del mundo exterior.
- Espacio destinado a actividades propias de la vida privada, sin que sea necesario que éste sea el destino exclusivo del mismo.
- Actualidad del uso: es uno de los elementos que más problemas interpretativos ha suscitado. SUÁREZ MONTES ha indicado que la actualidad de uso puede ser tanto permanente como temporal, quedando fuera los lugares no ocupados y los abandonados de manera efectiva.

Otros autores como MORILLAS CUEVA lo han condicionado a que la morada pueda ser habitada con inmediatez, de modo que las ausencias transitorias no conculcarían la actualidad del uso.

Los elementos definitorios de la actualidad del uso son los siguientes:

- Debe quedar constatada la prolongación espacial de la voluntad del sujeto dirigida a autodeterminarse en esa esfera.
- El lugar debe constituir el soporte fáctico en el cual se sostiene un dominio del contexto de la acción, lo que se expresa en facultades de exclusión de terceros.
- La relación individuo-ambiente debe ser de tal calidad que constituya una condición ambiental adecuada para el libre desarrollo de la personalidad del individuo.

²⁹⁷ Vid. GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 815.

- Legitimidad de uso.

3.3. TIPO CUALIFICADO

El delito de allanamiento de morada contiene dos tipos: uno básico y otro agravado. El apartado segundo del artículo 202²⁹⁸ prevé el subtipo agravado cuando las conductas básicas se lleven a cabo con violencia o intimidación.

SUÁREZ MONTES²⁹⁹ ya apuntaba la necesidad de aclarar tres cuestiones respecto a esta modalidad: determinar si la violencia ha de ejercerse sobre las personas o sobre las cosas; precisar cuál es el “hecho” al que se refiere la ley, y en el que ha de concurrir la violencia o intimidación, y determinar la clase de relación en que debe encontrarse la violencia o intimidación respecto a ese hecho.

Si bien la mayoría de la doctrina entiende que la violencia o intimidación ha de proyectarse sobre las personas³⁰⁰, la jurisprudencia del Tribunal

²⁹⁸ Artículo 202.2 CP: “Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses”.

²⁹⁹ Vid. SUÁREZ MONTES, R.: *El delito de allanamiento de morada...cit.*, pág. 887; JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada...cit.*, pág. 78.

³⁰⁰ Suelen mencionarse diversos preceptos del código penal donde se define la violencia en términos de fuerza física (artículo 243 CP), o bien tanto física como psíquica (artículo 173.2. CP) sobre las personas, o se acompaña a la expresión “violencia o intimidación” la referencia explícita a que debe recaer “en” o “sobre” las personas (artículos 237, 244.4 o 245 CP), o se contraponen precisamente esta violencia o intimidación sobre las personas a la “fuerza en las cosas” (artículos 237, 244.2.4. CP); a esto cabe añadir que al ser un delito que afecta a la libertad, debería contar sólo la violencia sobre las personas. Vid. BOIX REIG, J., GARCÍA RIVAS, N., JUANATEY DORADO, C., JAREÑO LEAL, A., DOVAL PAÍS, A., LLORIA GARCÍA, P., ANARTE BORRALLA, E., GRIMA LIZANDRA, V., AGUADO LÓPEZ, S.: *Derecho Penal, parte Especial, Vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales...cit.*, pág. 477; SANZ MORÁN, A.: *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas...cit.*, págs. 94-95; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 900; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 272; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 604; MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial...cit.*, págs. 514-515; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), MANJÓN CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PUSCHEL, A. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...cit.*, págs. 814-815; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.), JUDEL PRIETO, A., PIÑEL RODRÍGUEZ, R.: *Manual de Derecho Penal... cit.*, pág. 206; LAMARCA PÉREZ, C.: *Derecho*

Supremo ha extendido la aplicación del tipo agravado a los supuestos de fuerza en las cosas, como por ejemplo, la ruptura de la puerta de entrada. El tribunal entiende equiparable la violencia o intimidación en las personas con la ejercida “*in rebus*”³⁰¹. Entre otras podemos citar las SSTs de 6 de noviembre de 1987, de 21 de abril de 1988, de 9 de febrero de 1990, de 28 de octubre de 1991, de 14 de enero de 1993, de 2 de marzo de 1993, de 2 de noviembre de 1994, de 21 de mayo de 1997, de 13 de abril de 2004, de 16 de noviembre de 2004, de 30 de noviembre de 2006 y de 21 de febrero de 2007. Respecto a esta cuestión opinamos que resulta más acertada la postura de la doctrina, pues es cierto que a lo largo del código penal se menciona expresamente tanto la violencia sobre las cosas como sobre las personas cuando el legislador ha querido sancionar o agravar ambas conductas. Ahora bien, por otra parte entendemos que sería más acertado en aras a una mayor protección de la intimidad domiciliaria, que se introdujera en la agravación la fuerza ejercida sobre las cosas, lo que podría haberse hecho aprovechando la reforma operada mediante la Ley Orgánica 1/2015.

El empleo de estos medios ha de hallarse en una relación de medio a fin con la acción típica de intrusión física en morada ajena o de mantenimiento ilícito³⁰², lo que ha sido indicado también por el Tribunal Supremo en las SSTs

Penal, Parte Especial... cit., pág. 194; CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARAN, M.: *Comentarios al Código Penal, Parte Especial...*cit., pág. 493; VIVES ANTÓN, T. (Coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995...*cit., pág. 1017; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal, Parte Especial...*cit., pág. 254.

³⁰¹ Vid. GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., FIGUEROA NAVARRO, C.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial (Adaptadas a la docencia del Plan Bolonia)*...cit., pág. 73.

³⁰² Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 604; MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial...*cit., pág. 514; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A., PIÑEL RODRÍGUEZ, J.R.: *Manual de Derecho Penal...*cit., pág. 206; CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal, Parte Especial...*cit., pág. 330; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), MANJÓN CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PUSCHEL, A. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...*cit., pág. 815; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (Dir.), LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 1597; GONZÁLEZ RUS, J.J. en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...*cit., pág. 385; VIVES ANTÓN, T. (Coord.): *Comentarios al Código Penal de*

de 8 de mayo de 1998³⁰³ y de 23 de febrero de 2011. Así, la violencia o intimidación se han de utilizar como medios para realizar el hecho típico.

Respecto a la referencia al “hecho” que debe realizarse con violencia o intimidación, ya afirmaba SUÁREZ MONTES³⁰⁴, que comprende ambas modalidades: la activa y la pasiva.

Finalmente cabe señalar que la violencia o intimidación posteriores a la conducta típica no la agravan, ya que el tipo cualificado es para el caso de que estas modalidades sean el medio para lograr el fin de entrar o mantenerse en la morada³⁰⁵.

3.4. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Puesto que el derecho a la inviolabilidad del domicilio no se configura como un derecho de carácter absoluto, pueden concurrir causas de justificación o incluso de exención de la responsabilidad criminal, como la legítima defensa, el estado de necesidad, o el ejercicio legítimo de un derecho³⁰⁶.

1995...cit., pág. 1017; Vid. POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial...*cit., pág. 261.

³⁰³ Aclara la sala que “parece lógico exigir, para la realización del tipo agravado, que la violencia o intimidación se hayan ejercido para entrar o para mantenerse en la morada ajena”.

³⁰⁴ Vid. SUÁREZ MONTES, R.: *El delito de allanamiento de morada...*cit., pág. 888.

³⁰⁵ Vid. BOIX REIG, J., GARCÍA RIVAS, N., JUANATEY DORADO, C., JAREÑO LEAL, A., DOVAL PAÍS, A., LLORIA GARCÍA, P., ANARTE BORRALLA, E., GRIMA LIZANDRA, V., AGUADO LÓPEZ, S.: *Derecho Penal, parte Especial, Vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales...*cit., pág. 478.

³⁰⁶ Vid. SUÁREZ MONTES, R.: *El delito de allanamiento de morada...*cit., pág. 896; JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada...*cit., págs. 85 y ss; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial...*cit., pág. 273; SANZ MORÁN, A.: *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas...*cit., págs. 76-78; LAMARCA PÉREZ, C.: *Derecho Penal, Parte Especial...*cit., pág. 195; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), MANJÓN CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PUSCHEL, A. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...*cit., pág. 815; MIMBRERA TORRES, E. en CRUZ DE PABLO, J.A. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 449; SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal, Parte Especial...*cit., pág. 190.

En primer lugar podemos encontrarnos ante un supuesto de legítima defensa; SANZ MORÁN³⁰⁷ menciona el de quien entra para defenderse de una agresión dirigida desde el interior de una morada. Si bien es cierto que resulta difícil imaginar este caso, si efectivamente se dan y se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 20.4 del código penal podríamos aplicar esta eximente, a saber:

- Que nos encontremos ante una agresión ilegítima, esto es, un ataque a bienes jurídicos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminente.
- Necesidad racional del medio empleado para impedirla.
- Falta de provocación por parte del defensor.

Así, por ejemplo, no es tan raro oír al vecino que está pegando a su mujer, o amenazándola a voces con matarla. Por tanto, la entrada en un domicilio sin los requisitos establecidos por la ley ante los gritos de auxilio de una persona cuya vida se encuentra en peligro como consecuencia de los golpes que está recibiendo en el curso de una discusión matrimonial, estaría justificada por la legítima defensa: estamos ante una agresión ilegítima y en principio no habría provocación por parte del que interviene para evitar el mal. Lo único que deberíamos corroborar es la racionalidad de los medios empleados para la defensa.

Como indica SANZ MORÁN³⁰⁸ es frecuente recordar en este contexto las limitaciones legales a la defensa de la morada o sus dependencias, respecto de la cual “*se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas*”, en los términos previstos en el artículo 20.4 apartado primero. Pero la situación que hemos analizado y que ahora nos interesa es diferente: si frente

³⁰⁷ Vid. SANZ MORÁN, A.: *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas,...*cit., pág. 76.

³⁰⁸ Vid. SANZ MORÁN, A.: *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas,...*cit., pág. 76.

a una agresión ilegítima realizada por el morador cabe defenderse justificadamente realizando la conducta típica del allanamiento de morada.

En cuanto al estado de necesidad, tal y como venía exigiendo la doctrina³⁰⁹, ha desaparecido la regulación específica que preveía el código penal anterior³¹⁰, por lo que debemos acudir al artículo 20.5 del código penal actual. Podemos apreciar esta causa de justificación cuando se entre en morada ajena para evitar un mal grave a uno mismo, a los moradores o a un tercero, siempre que:

- El mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar.
- La situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.
- El necesitado no tenga, por razón de su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

Cuando nos encontremos ante un supuesto de estado de necesidad, no sólo hemos de ponderar los intereses en conflicto, también hemos de valorar hasta qué punto el allanamiento es la forma adecuada de solucionar el conflicto³¹¹. Si el allanamiento se realiza para sorprender cualquier acto propio de la intimidad no constitutivo de delito como por ejemplo, un adulterio, no podremos hablar de estado de necesidad.

En caso de que se trate de un delito flagrante, el allanamiento quedaría justificado por la causa de exención prevista en el artículo 20.7 del código penal, obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho³¹². En esta eximente distinguimos dos elementos: el primero viene

³⁰⁹ Vid. SUÁREZ MONTES, R.: *El delito de allanamiento de morada...cit.*, págs. 896 y ss; JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada...cit.*, págs. 85 y ss.

³¹⁰ Artículo 491 CP anterior: "*La disposición del artículo anterior no es 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*".

³¹¹ Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial...cit.*, pág. 273; SANZ MORÁN, A.: *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas...cit.*, págs. 76-77.

³¹² Vid. MIMBRERA TORRES, E. en CRUZ DE PABLO, J.A. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, págs. 449-450.

referido al desempeño de funciones públicas propias del cargo que tiene asignado el sujeto activo. En segundo lugar es necesario que concurra la circunstancia de la legitimidad en el ejercicio del cargo; esto es, que la persona que desempeña funciones públicas se halle en el ejercicio de potestades correspondientes a su competencia o en el ejercicio de una función a él específicamente atribuida en virtud de la relación orgánica que le vincula con la Administración. En todo caso, siempre será necesario que se respeten los principios de necesidad y proporcionalidad.

Si el sujeto que entra en una morada ajena tiene una autorización específica de entrada amparada por el Derecho de Familia, como el derecho de los padres a entrar en la morada del hijo menor sometido a su patria potestad, o por el Derecho Laboral, estaríamos también ante una eximente del precitado artículo 20.7. En los supuestos de diligencias administrativas o judiciales llevadas a cabo por un funcionario público o autoridad, sería de aplicación el artículo 534.1 del código penal³¹³.

3.5. ASPECTO SUBJETIVO

Se plantean problemas interpretativos en torno a la exigencia del elemento subjetivo del injusto centrado en el ánimo de vulnerar la morada.

Frente a posturas mayoritarias en la doctrina como la defendida por GUALLART y DE VIALA³¹⁴ y por las SSTS de 6 de mayo de 1999, de 16 de

³¹³ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), MANJÓN CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PUSCHEL, A. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...*cit., pág. 815; SANZ MORÁN, A.: *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas...*cit., págs. 77-78.

³¹⁴ Vid. SUÁREZ MONTES, R.: *El delito de allanamiento de morada...*cit., págs. 892 y ss, donde señala que el dolo “existirá siempre que la acción sea ejecutada con conocimiento de que se entra, o se mantiene, en morada ajena, contra la voluntad del morador. El elemento subjetivo de la presente infracción no exige nada más. En particular no requiere ningún propósito especial o intención determinada. De ahí que sea indiferente el motivo que guía al autor, así como el que quiera el delito como fin en sí o sólo como medio al servicio de una finalidad ulterior”. Siguiendo este razonamiento GUALLART Y DE VIALA, A.: *¿Existe un elemento subjetivo del injusto en el delito de allanamiento de morada?*, A.D.P.C.P., 1981, pág. 547, sostiene que “lo injusto de la figura quedará constituido sin necesidad de aquellos animus,

septiembre de 2002³¹⁵, de 4 de julio de 2005, de 5 de diciembre de 2005, de 21 de febrero de 2007³¹⁶, de 16 de enero de 2008, de 25 de noviembre de 2009³¹⁷ y 6 de abril de 2011³¹⁸, que coinciden en que de la redacción del precepto no

tendencia o intención específicos en los que, como ya vimos, los citados elementos subjetivos consisten. La conciencia y voluntad de realización de la descripción típica por parte del sujeto, es decir, el dolo, cubrirá perfectamente el tipo subjetivo de la figura delictiva". Por su parte CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (Dir.), LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 1596, afirma que "es evidente, dada la configuración del tipo, que es suficiente a los efectos del dolo con que este sea genérico, lo que ocurre es que en algunos casos, la intención del sujeto al entrar en una morada es la de robar o cometer otro delito". En el mismo sentido BOIX REIG, J., GARCÍA RIVAS, N., JUANATEY DORADO, C., JAREÑO LEAL, A., DOVAL PAÍS, A., LLORIA GARCÍA, P., ANARTE BORRALLA, E., GRIMA LIZANDRA, V., AGUADO LÓPEZ, S.: *Derecho Penal, parte Especial, Vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales...cit.*, pág. 482; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 899; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 602; GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 815; LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.): *Derecho penal, Parte Especial...cit.*, pág. 194; GONZÁLEZ RUS, J.J. en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...cit.*, pág. 385; RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Dir.), MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coord.): *Código Penal, concordado y comentado...cit.*, pág. 884; ARROYO ZAPATERO, L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FERRÉ OLIVÉ, J.C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J.R., TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 481; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 602; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 253; SANZ MORÁN, A.: *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas...cit.*, pág. 73.

³¹⁵ De acuerdo con esta sentencia basta con el dolo genérico, ya que normalmente nadie tiene el propósito de entrar en morada ajena por el solo hecho de entrar, sino que el sujeto activo invade usualmente la vivienda ajena con otras pretensiones muy diferentes pero que su consecución lleva implícita la entrada a esos recintos de intimidad ajena, constitucionalmente protegidos.

³¹⁶ El Tribunal Supremo señala que no es precisa la intención de atentar contra la intimidad del domicilio. Basta con que su conocimiento abarque el hecho de que penetra o permanece en morada ajena y que lo hace contra la voluntad del morador.

³¹⁷ No exige el tipo delictivo un elemento subjetivo específico: es suficiente con que se cometa el tipo objetivo con conciencia de que entra en un domicilio ajeno sin consentimiento de quienes pueden otorgarlo y sin motivo justificante que pueda subsanar la falta de autorización, pues dicha conciencia necesariamente comporta la de que se invada el espacio en que otras personas viven sin sujeción a los usos y convenciones sociales y ejerciendo su más mínima libertad.

³¹⁸ Señala el Tribunal Supremo que "el delito de allanamiento sólo exige que vertebralmente alrededor del dolo genérico de entrar y permanecer en morada ajena contra la voluntad del dueño, sin exigirse la presencia de otro elemento subjetivo del injusto adicional, y ello porque la vivienda constituye el espacio de privacidad más íntimo de la persona, allí donde la persona y su familia vive su intimidad al resguardo de los usos y convencionalismos sociales, por lo que nadie puede invadir ese escenario sin el consentimiento del morador".

se infiere tal exigencia, existe la contraria, defendida por QUINTANO³¹⁹ y refrendada por las SSTS de 18 de junio de 1990, de 17 de marzo de 1992 y de 28 de noviembre de 1994, que exigen la demostración de un dolo específico de violar el domicilio.

La tesis defendida por el Tribunal Supremo señala que *“la necesidad de que no quede parcialmente inatendida la “ratio” de la norma en cuestión, reduciéndose inmotivadamente los supuestos en que la inviolabilidad del domicilio debe ser penalmente protegida, obliga además a no exigir la concurrencia de un elemento subjetivo que en el tipo diseñado por el legislador no aparece por parte alguna. Nos referimos, naturalmente, a la supuesta forzosidad de que el invasor del domicilio ajeno tenga el ánimo específico de lesionar la intimidad de sus moradores o, lo que es igual, que actúe con dolo directo de primer grado. Para que el tipo subjetivo del allanamiento de morada de persona física se realice, es suficiente con que se “ponga” el tipo objetivo con conciencia de que se entra en un domicilio ajeno sin consentimiento de quienes pueden otorgarlo y sin motivo justificante que pueda subsanar la falta de autorización, pues dicha conciencia necesariamente comporta la de que se invade el espacio en que otras personas viven sin sujeción a los usos y convenciones sociales y ejerciendo su más íntima libertad”*³²⁰.

Esta cuestión es de gran importancia, ya que si exigimos una intención de vulnerar la intimidad domiciliaria tendremos que prescindir del concurso de infracciones penales cuando la entrada en morada ajena constituya una lesión circunstancial para la comisión de otras infracciones penales de distinta naturaleza como el robo o la agresión sexual, tal y como apunta MORALES PRATS³²¹.

³¹⁹ Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la Parte Especial...cit.*, págs. 984 y ss.

³²⁰ Vid. STS de 14 de junio de 2000.

³²¹ Vid. MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial...cit.*, pág. 514; GUALLART Y DE VIALA, A.: *¿Existe un elemento subjetivo del injusto en el delito de allanamiento de morada?...cit.*, pág. 555.

En nuestra opinión resulta acertada la postura mayoritaria seguida por la doctrina y la jurisprudencia de no exigir un dolo específico, ya que el allanamiento se configura de una manera objetiva, el tipo únicamente exige la entrada o mantenimiento en morada ajena, contra la voluntad del morador. Así, el delito se realiza cuando el sujeto activo entra en una morada sabiendo que es de otro y contra la voluntad del morador, de forma que el injusto de esta figura delictiva queda constituido sin referencia a ningún *animus* o intención específica. Esta conducta, por tanto, hace innecesario que se aprecie una intención determinada para apreciar el delito.

No es posible la comisión imprudente, ya que el Código Penal de 1995 sólo castiga las modalidades imprudentes cuando así lo establece expresamente³²².

Al no castigarse la imprudencia, el error de tipo³²³ convierte en impune la conducta³²⁴. Apreciaremos error de tipo, por ejemplo, cuando el error verse sobre el carácter de “morada” del lugar que se invade, sobre la ajenidad de dicho espacio o sobre la voluntad contraria del morador³²⁵. Puede existir error

³²² Artículo 12 CP: “Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigaran cuando expresamente lo disponga la Ley.”

³²³ El error de tipo supone que falta el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo. De acuerdo con el apartado 1 del artículo 14 de nuestro CP “el error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal”. Continúa diciendo este artículo en su apartado 2 que si el error fuera vencible, la infracción se castigará en su caso, como imprudente.

³²⁴ Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, págs. 896-897; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (Dir.), LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 1597; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 597; CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en VIVES ANTÓN, T., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal: Parte Especial...cit.*, pág. 330

³²⁵ Vid. SANZ MORÁN, A.: *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas...cit.*, pág. 71.

Siguiendo a DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, los tipos penales con elementos normativos son aquellos que contienen expresiones que sólo pueden ser concretadas a través de una valoración o remisión a ordenamientos normativos diversos al jurídico o a sectores normativos diferentes al propiamente penal. Estos tipos penales pueden ser de diversos tipos, como por ejemplo contentivos de términos que deben ser determinados a través de ordenamientos normativos o valoraciones extrajurídicas, o bien que deben ser determinados con atención a

de prohibición³²⁶ cuando el sujeto activo cree erróneamente que el pasivo consiente en su permanencia en la morada³²⁷. En este sentido, el Tribunal Supremo, en la STS de 29 de enero de 2010, no admitió error de prohibición en un caso en que el acusado creía que se trataba de su casa, pero existía una situación de separación matrimonial, habiendo sido apartado del domicilio de forma explícita y comprensible para cualquiera.

3.6. FORMAS DE APARACIÓN DEL DELITO

Estamos ante un delito de simple actividad, por lo que basta con la realización de la conducta típica para su consumación, no siendo necesaria la producción de un resultado material³²⁸. Así, en la modalidad activa el delito se consumará cuando el sujeto activo entre en morada ajena. Respecto a la

normas jurídicas específicas o de acuerdo al ordenamiento jurídico en general. Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, La Ley, Madrid, 2008, págs. 44-54. Algunos ejemplos de términos normativos pueden ser, precisamente, el concepto de morada o de ajenidad.

Junto con estos elementos normativos nos encontramos con otros, los descriptivos, que son aquellos que no requieren un juicio valorativo para su conocimiento y comprensión, sino que se conocen por mera observación, sin que sea necesario acudir a otras normas para conocer su significado. Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error*, en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Doctor Don José Casabó Ruiz*, vol. I, Valencia, 1997, pág. 660.

³²⁶ El error de prohibición supone un desconocimiento de la antijuridicidad de la conducta. Este error se dará cuando en el momento de su actuación al sujeto le falte conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, bien porque tiene una representación positiva de la licitud de la misma o bien porque no tiene ninguna. Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *El error de prohibición: pasado, presente y futuro* en CEREZO MIR, J. (Dir.): *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos: libro homenaje al profesor doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, pág. 351.

³²⁷ Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, págs. 896-899.

³²⁸ Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, págs. 923; SUÁREZ MONTES, R.F.: *El delito de allanamiento de morada...cit.*, pág. 886; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 602; SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 191.

pasiva, será necesario que transcurra un tiempo superior al necesario para abandonar la morada una vez se conoce la voluntad contraria del morador³²⁹.

Además es un delito permanente³³⁰, lo que significa que si el sujeto activo entra en la morada ajena y después se mantiene en la misma contra la voluntad del morador, existirá un único delito de allanamiento³³¹.

De acuerdo con la doctrina mayoritaria³³² y con la jurisprudencia³³³ es posible admitir una tentativa de allanamiento, al menos en la modalidad activa de entrar en morada ajena³³⁴.

³²⁹ Vid. CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en VIVES ANTÓN, T., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal: Parte Especial...*cit., pág. 328.

³³⁰ Vid. JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada...*cit., pág. 88; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 871; SUÁREZ MONTES, R.F.: *El delito de allanamiento de morada...*cit., pág. 886; VIVES ANTÓN, T.S.; BOIX REIG, J.; ORTS BERENGER, E.; CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Derecho Penal: Parte Especial...*cit., pág. 328; CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARAN, M.: *Comentarios al Código Penal, Parte Especial...*cit., pág. 490; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 602; CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.): *Derecho Penal, Parte Especial, doctrina y jurisprudencia...*cit., pág. 285; BOIX REIG, J., GARCÍA RIVAS, N., JUANATEY DORADO, C., JAREÑO LEAL, A., DOVAL PAÍS, A., LLORIA GARCÍA, P., ANARTE BORRALLA, E., GRIMA LIZANDRA, V., AGUADO LÓPEZ, S.: *Derecho Penal, parte Especial, Vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales...*cit., pág. 474. Señala la profesora JAREÑO LEAL en este último manual que “la lesión del bien jurídico se mantiene actual mientras dura tal estancia sin consentimiento, y finaliza con la salida del intruso. Ello comporta consecuencias específicas con respecto a la legítima defensa, ya que mientras se prolonga la actualidad de la agresión es posible el ejercicio de esta causa de justificación por el morador”.

³³¹ Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial...*cit., pág. 273; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), MANJÓN CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PUSCHEL, A. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...*cit., pág. 811; CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARAN, M.: *Comentarios al Código Penal, Parte Especial...*cit., pág. 490; GONZÁLEZ RUS, J.J. en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...*cit., págs. 382-383.

³³² Vid. BOIX REIG, J., GARCÍA RIVAS, N., JUANATEY DORADO, C., JAREÑO LEAL, A., DOVAL PAÍS, A., LLORIA GARCÍA, P., ANARTE BORRALLA, E., GRIMA LIZANDRA, V., AGUADO LÓPEZ, S.: *Derecho Penal, parte Especial, Vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales...*cit., pág. 473; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 924; JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de de morada...*cit., págs. 87-88; del mismo *El delito de allanamiento de morada...*cit., pág. 1369 y *Artículo 202...*cit., págs. 316-317; GONZÁLEZ RUS, J.J. en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...*cit., pág. 385; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.), JUDEL PRIETO, A., PIÑEL

No resultan punibles los actos preparatorios de proposición, provocación o conspiración, al faltar una previsión legal expresa en ese sentido, tal y como reclaman los artículos 17 y 18 del código penal³³⁵.

El problema de la autoría en el delito de allanamiento es abordado por SANZ MORÁN³³⁶, quien señala que no es un delito de propia mano³³⁷, ya que lo decisivo es la lesión del bien jurídico³³⁸. En consecuencia, cabría admitir la autoría mediata.

Respecto a la coautoría³³⁹, es interpretada de manera amplia por la jurisprudencia³⁴⁰, entendiéndose que podrá darse incluso sin que el coautor entre físicamente en la morada³⁴¹.

RODRÍGUEZ, R.: *Manual de Derecho Penal...* cit., pág. 206; SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal, Parte Especial...* cit., pág. 191.

³³³ Vid. SSTS de 10 de noviembre de 1982 y de 26 de marzo de 1991; VIVES ANTÓN, T. (Coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995...* cit., pág. 1016.

³³⁴ En la modalidad omisiva es difícil que se pueda apreciar la tentativa del delito. Vid. BOIX REIG, J., GARCÍA RIVAS, N., JUANATEY DORADO, C., JAREÑO LEAL, A., DOVAL PAÍS, A., LLORIA GARCÍA, P., ANARTE BORRALLA, E., GRIMA LIZANDRA, V., AGUADO LÓPEZ, S.: *Derecho Penal, parte Especial, Vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales...* cit., pág. 474.

³³⁵ El artículo 17 CP regula la conspiración y la proposición, y en su apartado 3 establece que “*la conspiración y la proposición para delinquir sólo se castigaran en los casos especialmente previstos en la ley*”. Por su parte, el artículo 18 CP, al regular la provocación, prevé que “*se castigará exclusivamente en los casos en que la ley así lo prevea*”.

³³⁶ Vid. SANZ MORÁN, A.: *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas...* cit., pág. 84.

³³⁷ Los delitos de propia mano exigen que la conducta típica se realice de forma personal e inmediata, por lo que en los mismos no cabe la autoría mediata.

³³⁸ Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...* cit., págs. 925-926.

³³⁹ El artículo 28.1 CP establece que “*son autores quienes realizan el hecho conjuntamente*”. La coautoría supone que varios sujetos realicen conjuntamente los elementos que integran la conducta típica, y que entre ellos exista un acuerdo de voluntades.

³⁴⁰ Vid. SSTS de 6 de julio de 2010 y de 17 de marzo de 1992, en la que la sala entiende que los hechos probados “*ponen de relieve que la participación del procesado Romeo va más allá de la simple cooperación periférica o secundaria para constituirse en un elemento decisivo y decisor en orden a la realización del hecho delictivo, por lo que su verdadero encaje en el diseño de la participación debe realizarse en el apartado de los coautores y no de los cómplices*”.

³⁴¹ Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...* cit., pág. 925.

En cuanto a las formas de participación y de acuerdo con el Tribunal Supremo cabe apreciar tanto la inducción (STS de 28 de noviembre de 1994³⁴²), como la cooperación necesaria (STS de 17 de marzo de 1992)³⁴³.

Estamos de acuerdo con la postura expuesta ya que, de lo contrario, quedarían impunes determinados sujetos cuya colaboración ha sido decisiva a la hora de cometer el delito; es el supuesto, por ejemplo, de una persona que se encargue de apropiarse de unas llaves que faciliten el acceso al domicilio o que induzcan a cometer un delito cuya ejecución requiere la entrada en morada ajena, como es el caso expuesto en la precitada STS de 28 de noviembre de 1994.

Es frecuente que se utilice un allanamiento de morada como medio necesario para la comisión de otros delitos³⁴⁴, lo que dará lugar a aplicar las

³⁴² Aclara la sala que “como señala el Ministerio Fiscal, la inducción tiene que ser directa, lo que significa que el inductor ha de tener en su mente la representación de todos los elementos esenciales del delito a cuya ejecución impulsa a los inducidos. Como en este caso no se trata de un delito especial o totalmente desligado de la acción inicialmente planeada, hay que estimar como suficiente la existencia de un dolo eventual. Entre las presiones que el inductor podía tener en su mente está la posibilidad racional de que si la agresión se iba a efectuar buscando a la víctima en su domicilio, sería necesario penetrar en la vivienda sin descartar la posible utilización de violencia para conseguir estos propósitos”.

³⁴³ Vid. SANZ MORÁN, A.: *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas...*cit., pág. 73.

³⁴⁴ Vid. BOIX REIG, J., GARCÍA RIVAS, N., JUANATEY DORADO, C., JAREÑO LEAL, A., DOVAL PAÍS, A., LLORIA GARCÍA, P., ANARTE BORRALLA, E., GRIMA LIZANDRA, V., AGUADO LÓPEZ, S.: *Derecho Penal, parte Especial, Vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales...*cit., pág. 483; SUÁREZ MONTES, R.: *El delito de allanamiento de morada...*cit., pág. 899; JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada...*cit., pág. 89; SOTO NIETO, F.: *El delito de allanamiento de morada y su instrumentalidad concursal*, La Ley, 2004, pág. 1304; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial...*cit., págs. 273-274; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 603; CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C: *Derecho penal, Parte Especial...*cit., pág. 330; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), MANJÓN CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PUSCHEL, A. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...*cit., pág. 816; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.), JUDEL PRIETO, A., PIÑEL RODRÍGUEZ, R.: *Manual de Derecho Penal...*cit., pág. 206; GONZÁLEZ RUS, J.J. en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...*cit., pág. 385; MIMBRERA TORRES, E. en CRUZ DE PABLO, J.A. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 450; VIVES ANTÓN, T. (Coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995...*cit., págs. 1018-1019; SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), RAGUÉS Y VALLÉS, R. (Coord.): *Lecciones*

normas sobre concurso de delitos. Debido a su naturaleza de delito permanente resulta problemático aplicar la teoría concursal.

Decimos que el delito de allanamiento de morada es un delito permanente porque la conducta típica se mantiene de manera ininterrumpida después de la consumación, pero ello no da lugar a varios delitos, sino a uno solo.

En primer lugar, por tanto, hemos de abordar la cuestión de la unidad delictiva; una vez analizado cuando nos encontramos ante un delito o ante una pluralidad de ellos, pasaremos a examinar los criterios de determinación de la unidad de acción, para distinguir entre el concurso real y el concurso ideal.

En cuanto a la unidad delictiva³⁴⁵ hemos de partir de que nos encontramos ante un tipo mixto alternativo, ya que la conducta típica admite una doble modalidad comisiva: entrar o mantenerse. Ahora bien, si el sujeto activo entra en la morada y una vez dentro se mantiene en la misma, siempre contra la voluntad del morador, estaremos ante un único delito de allanamiento. También nos encontraremos ante un solo delito en el supuesto de que exista una pluralidad de moradores, ya que lo que se protege es la intimidad domiciliaria, y el domicilio es único³⁴⁶.

Es más complicado resolver la cuestión cuando estamos ante el supuesto en que un mismo sujeto activo allana sucesivas veces la misma morada, o distintas moradas pero de la misma víctima. En este caso hay autores³⁴⁷ que entienden que no podemos hablar de un delito continuado porque el artículo 74 en su número 3 excluye las ofensas a bienes eminentemente personales. Frente a esta postura encontramos la mantenida

de Derecho Penal, Parte Especial...cit., pág. 158; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 253.

³⁴⁵ Vid. SANZ MORÁN, A.: *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid, 1986, págs. 109 y ss.

³⁴⁶ Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 928.

³⁴⁷ Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 928.

por SANZ MORÁN³⁴⁸, que considera que sí cabe hablar de continuidad delictiva en este supuesto. Parece más acertada la segunda solución, ya que si se establece como excepción de la regla contenida en el artículo 74 los ataques al honor, deberíamos incluir también las ofensas a la intimidad, ya que los dos derechos reciben la misma protección constitucional, estando reconocidos ambos por un mismo artículo, el 18 de la Constitución.

En segundo lugar resulta interesante recordar cuándo nos encontramos ante un concurso de leyes y cuándo ante un concurso de delitos. Estamos ante un concurso de leyes cuando una misma conducta puede encuadrarse en dos o más preceptos del código penal³⁴⁹. En este caso, para determinar qué delito debemos aplicar hemos de acudir a las reglas del concurso de normas que ha ido elaborando la doctrina.

Así, en virtud del principio de especialidad recogido en el artículo 8 del código penal³⁵⁰, aplicaríamos el delito específico previsto en el artículo 490 apartado 1³⁵¹ frente al delito de allanamiento de morada.

Cuando nos encontramos ante un delito de robo de casa habitada del artículo 241 del código penal, este precepto consume al allanamiento de morada³⁵².

³⁴⁸ Vid. SANZ MORÁN, A.: *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa...cit.*, págs. 136 y ss; SANZ MORÁN, A.: *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas...cit.*, pág. 86.

³⁴⁹ Vid. SANZ MORÁN, A.: *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa...cit.*, pág. 119.

³⁵⁰ Un precepto será especial respecto de otro cuando contenga todos los elementos del otro, y además algún elemento o característica adicional que le da un carácter específico. Entre ambas leyes debe existir una relación de género y especie. Vid. SANZ MORÁN, A.: *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa...cit.*, págs. 123 y ss.

³⁵¹ Este precepto castiga el allanamiento de morada del Rey o cualquiera de sus ascendientes o descendientes, la Reina consorte o el consorte de la reina, el Regente o algún miembro de la Regencia o el Príncipe heredero de la Corona.

³⁵² De acuerdo con el principio de consunción del artículo 8 apartado 3 del código penal, el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. Vid. JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada...cit.*, pág. 90; SOTO NIETO, F.: *El delito de allanamiento de morada y su instrumentalidad concursal...cit.*, pág. 1306; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 602; CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en VIVES ANTÓN, T.S., ORTS

Más complicados resultan los supuestos de modalidades agravadas de violencia doméstica, ya que pueden darse circunstancias paradójicas: en el caso del artículo 173 apartado 2 del código penal la pena aplicable es superior, mientras que en el supuesto de las modalidades cualificadas del artículo 153 apartado 2 y apartado 3 del código penal la pena es menor³⁵³. Esto último también sucede respecto a las amenazas y a las coacciones en el ámbito doméstico previstas en los artículos 171.4 y 5, y 172.2, que prevén penas menores. En estos casos no hay allanamiento porque las propias normas fijan la pena.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tratado de aclarar cuándo estamos ante un concurso de leyes y cuándo ante un concurso de delitos con miras a no vulnerar el principio “*non bis in idem*”. Como es sabido, este principio, si bien no aparece reconocido expresamente en la Constitución, ha de considerarse comprendido en el artículo 25.1 de la Constitución en cuanto integrado en el derecho fundamental a la legalidad, como ha declarado el Tribunal Constitucional, entre otras, en las SSTC 2/81, 154/90, 204/96 y 221/97. Este principio que supone la prohibición de un ejercicio reiterado del “*ius puniendi*” del estado, impide castigar doblemente en el ámbito tanto de las sanciones penales como de las administrativas³⁵⁴: no cabe doble castigo por un mismo hecho, a un mismo sujeto, y por idéntica infracción delictiva. Además

BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal, Parte Especial...cit.*, pág. 330; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), MANJÓN CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PUSCHEL, A. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...cit.*, pág. 816; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (Dir.), LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 1596; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.), JUDEL PRIETO, A., PIÑEL RODRÍGUEZ, R.: *Manual de Derecho Penal...cit.*, pág. 206; MIMBRERA TORRES, E. en CRUZ DE PABLO, J.A. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 450; CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.): *Derecho Penal, Parte Especial, doctrina y jurisprudencia...cit.*, pág. 287; DEL MORAL GARCÍA, A., SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (Coord.): *Código Penal, Comentarios y Jurisprudencia*, tomo II, Comares, Granada, 2002, págs. 1540-1541.

³⁵³ El apartado 4 del artículo 8 del código penal, indica que el precepto penal más grave excluirá aquellos que castiguen el hecho con pena menor.

³⁵⁴ Excepto en aquellos casos en los que el bien jurídico protegido mediante la sanción disciplinaria es diferente respecto al bien jurídico protegido por el tipo penal, en los que sí cabría la doble sanción, penal y administrativa.

aparece vinculado a la problemática del concurso de delitos. En este sentido ha declarado el Tribunal Supremo que *“cuando los hechos delictivos encajan en dos disposiciones penales y no es necesario aplicar las dos para abarcar la total antijuridicidad del suceso, nos hallamos ante un concurso de normas a resolver por lo regulado en el artículo 8 CP, concretamente por la regla 3ª que recoge el criterio de la absorción, a aplicar cuando el precepto penal más amplio consume a otro más simple. Pero la consunción de una norma sólo puede admitirse cuando ninguna parte injusta del hecho queda sin respuesta penal, debiendo accederse en otro caso al concurso de delitos”*³⁵⁵.

El tribunal ha utilizado este razonamiento para aplicar el concurso de delitos cuando el delito de allanamiento coincide con el de agresión sexual³⁵⁶, argumentando que en modo alguno puede entenderse que el delito de allanamiento de morada es absorbido por el de agresión sexual, ya que el bien jurídico protegido es totalmente diferente. El delito de violación protege el derecho de la mujer a disponer de su propio cuerpo, mientras que el de allanamiento tutela la intimidad domiciliaria, que garantiza el ámbito de privacidad de la persona dentro del espacio limitado que elige, y que ha de quedar exento de las agresiones externas de otras personas. Este bien resultará lesionado cuando alguien entre en la vivienda de otra persona sin su consentimiento, expreso o tácito, cualquiera que sea su móvil, ya que no se exige un elemento subjetivo específico. Por tanto, si se castiga sólo el delito de agresión sexual quedará sin tutelar el bien jurídico de la intimidad de la víctima, *“al no abarcar la condena penal los dos ilícitos punibles que protegen dos normas penales distintas que cumplimentan funciones y fines diferentes y compatibles, al afectar las conductas a bienes jurídicos que el legislador ampara de forma autónoma”*³⁵⁷.

³⁵⁵ Vid. STS de 31 de marzo de 2003.

³⁵⁶ Vid. SSTS de 5 de diciembre de 2005, de 16 de enero de 2008 y de 5 de noviembre de 2008, en las que lo ha catalogado de concurso medial.

³⁵⁷ Vid. SSTS de 5 de diciembre de 2005 y de 25 de noviembre de 2009.

Estos mismos argumentos resultan aplicables cuando el delito de allanamiento de morada coincide con el de lesiones u homicidio³⁵⁸.

Aclarados estos extremos, vamos a abordar la cuestión del concurso efectivo de delitos. Con carácter general podemos decir que habrá concurso ideal si hay coincidencia entre la realización de los tipos concurrentes³⁵⁹, esto es, se debe producir una verdadera unión objetiva de las acciones en ejecución, no bastando la mera simultaneidad ni la pura coincidencia externa de los procesos ejecutivos. Estaremos ante un concurso real cuando el sujeto activo, con ocasión de un delito, comete otro. Por último, hablamos de concurso medial del artículo 77 apartado 2 del código penal cuando uno de los delitos que se cometen es medio necesario para conseguir un fin diferente y realizar otro delito. Para dilucidar cuando estamos ante un concurso medial y cuando no hemos de acudir a dos criterios: la necesidad, esto es, que la finalidad que se pretende no pueda conseguirse sin cometer el delito que sirve de “medio”, y que existan varias acciones, ya que si apreciamos una única acción estaríamos ante un concurso ideal.

Una vez expuestas someramente las reglas para resolver los concursos, vamos a tratar de analizar supuestos concretos que se dan en la práctica respecto al delito de allanamiento que está siendo objeto de análisis y que muchas veces resultan complejos de resolver.

Uno de los casos más problemáticos lo encontramos cuando el allanamiento concurre con el delito de robo con violencia o intimidación³⁶⁰. Esta cuestión dio lugar a la Consulta de la Fiscalía General del Estado 10/1997, de

³⁵⁸ Vid. Entre otras, SSTS de 22 de febrero de 2006 y de 4 de abril de 2012.

³⁵⁹ Vid. SANZ MORÁN, A.: *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa...*cit., págs. 152 y ss; SOTO NIETO, F.: *El delito de allanamiento de morada y su instrumentalidad concursal...*cit., pág. 1305.

³⁶⁰ Vid. JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada...*cit., pág. 89; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial...*cit., pág. 274; CONDE PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): *Código Penal comentado...*cit., pág. 628; CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.): *Derecho Penal, Parte Especial, doctrina y jurisprudencia...*cit., pág. 287; RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Dir.), MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coord.): *Código Penal, Concordado y Comentado...*cit., pág. 884; DEL MORAL GARCÍA, A., SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (Coord.): *Código Penal, Comentarios y Jurisprudencia...*cit., págs. 1540-1541.

29 de octubre, sobre robos con violencia o intimidación perpetrados en morada, en la que apunta: “*todos los casos en que la entrada o permanencia ilícita en la morada ajena conviva con otra infracción penal se penarán a través de las normas de concurso de delitos que muchas veces será medial, aunque no es descartable que en ocasiones haya que acudir al sistema ordinario de punición del artículo por tratarse de un concurso real puro. No existe ningún dato o característica especial en los delitos de robo con violencia o intimidación que, con arreglo al nuevo código penal, fundamenten una solución distinta a la del concurso con el delito de allanamiento de morada que se utiliza sin duda alguna para otros delitos como los de lesiones o los que atentan contra la libertad sexual.*”

Siguiendo lo apuntado por la Fiscalía, existirá concurso ideal, o en su caso medial, con el allanamiento de morada y los delitos cometidos para la perpetración o mantenimiento de la situación antijurídica³⁶¹. Habrá concurso real entre el allanamiento y los delitos cometidos con ocasión del mismo, es decir, si el allanamiento no ha sido el medio para la realización de otro delito, que se produce con posterioridad al mismo³⁶².

Cuando el allanamiento no ha sido el medio para cometer otros delitos, sino que se produce con posterioridad al mismo, estaremos ante un concurso

³⁶¹ Vid. SANZ MORÁN, A.: *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas...cit.*, pág. 91; CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal, Parte Especial...cit.*, pág. 330; GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 816; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), MANJÓN CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PUSCHEL, A. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...cit.*, pág. 817; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (Dir.), LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, págs. 1603-1605.

³⁶² Vid. CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal, Parte Especial...cit.*, pág. 330; GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, págs. 816; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), MANJÓN CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PUSCHEL, A. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...cit.*, págs. 817-818; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (Dir.), LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, págs. 1603-1605.

real. Así lo ha dicho el Tribunal Supremo, entre otras³⁶³ en la STS de 14 de junio de 2000: *“el acusado cometió un delito de allanamiento de morada previsto y penado en el art. 202 CP, en concurso instrumental con una falta de hurto, toda vez que, aprovechando un descuido de sus moradores, y por consiguiente sin su respectiva autorización, entró en las viviendas que se detallan en el "factum", siendo indiferente que su ánimo en tales ocasiones fuese sólo el de sustraer lo que encontrase, pues este primordial propósito no puede desvanecer la conciencia, que el acusado indiscutiblemente tenía, de invadir domicilios sin consentimiento de sus titulares”*.

En cuanto a la apreciación del concurso medial, la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo declara que no basta una simple apreciación de medio a fin entre las conductas delictivas, sino que es necesaria una situación de real necesidad, esto es, que no obedezca a una mera conveniencia o mayor facilidad para cometer un delito, sino que haya una conexión instrumental de carácter objetivo, más allá del mero pensamiento para entrar en el ámbito de lo imprescindible³⁶⁴. De esta manera, aunque pueda existir una relación de medio a fin entre ambos delitos, si falta el nexo de necesidad objetiva no podrá aplicarse el concurso medial³⁶⁵. La STS de 3 de febrero de 2003 señala que *“no basta tal relación de medio a fin en el propósito del sujeto activo, pues la ley exige que sea necesaria, esto es, que no obedezca a una mera conveniencia o mayor facilidad para cometer el delito, sino que haya una conexión instrumental de carácter objetivo, situada más allá del mero pensamiento o deseo del autor de los hechos para entrar en el ámbito de lo imprescindible según la forma en que realmente ocurrieron”*. En el mismo sentido, la STS de 15 de septiembre de 2011 matiza que *“la norma legal no requiere una simple relación de medio a fin entre ambas conductas delictivas, sino que exige una situación de real necesidad, esto es, que no obedezca a*

³⁶³ Vid. SSTS de 7 de junio de 2005, de 5 de diciembre de 2005, de 30 de noviembre de 2006 y 25 de noviembre de 2009.

³⁶⁴ Vid. SSTS de 17 de febrero de 2012, de 28 de octubre de 2011, 27 de octubre de 2011, de 30 de septiembre de 2011, 21 de septiembre de 2011 y de 12 de julio de 2011.

³⁶⁵ Vid. SSTS de 15 de septiembre de 2011 y 27 de octubre de 2011.

una mera conveniencia o mayor facilidad para cometer el delito, sino que haya una conexión instrumental de carácter objetivo, situada más allá del mero pensamiento o deseo del autor de los hechos para entrar en el ámbito de lo imprescindible. De suerte que aunque entre ambas infracciones pudiera existir una relación de medio a fin en el propósito del sujeto, si falta el nexo de necesidad objetiva, no podrá aplicarse el concurso medial”. Siguiendo este razonamiento, la STS de 29 de noviembre de 2012 apreció concurso medial entre el delito de allanamiento de morada y el de agresión sexual “*al constituir el allanamiento de morada el medio para la comisión del delito más grave que, en el presente supuesto, lo constituye el delito de agresión sexual (...), ya que entre el allanamiento y la agresión sexual hubo una conexión instrumental de carácter objetivo, situada más allá del mero pensamiento o deseo del autor de los hechos para entrar en el ámbito de lo casi imprescindible según la forma en que realmente ocurrieron, lo que sustenta el concurso medial apreciado por el tribunal de instancia”.*

3.7. ALLANAMIENTO DE DOMICILIO DE PERSONA JURÍDICA O ESTABLECIMIENTO ABIERTO AL PÚBLICO

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal optó por extender la tutela penal y otorgar las referidas facultades de exclusión en el domicilio de personas jurídicas o en establecimientos abiertos al público, por constituir contextos espaciales en los que también pueden proyectarse manifestaciones de la intimidad personal relativas a personas que trabajan o desarrollan su profesión en esos espacios³⁶⁶. Así, se introdujo el artículo 203, que ha sido recientemente modificado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de

³⁶⁶ Una de las novedades del Código Penal de 1995 fue precisamente la incorporación a este delito como espacios protegidos, del domicilio de las personas jurídicas, despachos profesionales y oficinas, o establecimientos abiertos al público.

Se vino a sustituir así el antiguo artículo 492, en el que se excluía de la tutela penal a los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas mientras estuvieran abiertas. *Vid. RODRÍGUEZ PADRÓN, C.: La protección penal del domicilio...cit., pág. 102.*

marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal³⁶⁷.

Este precepto, en su redacción anterior a la reforma, disponía lo siguiente³⁶⁸: “1. *Será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a diez meses el que entrare contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica, pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura.*

2. *Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, el que, con violencia o intimidación entrare o se mantuviere contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica, pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.*”

Junto con esta ampliación se suprimieron los artículos 492 y 492 bis³⁶⁹ del código penal anterior.

³⁶⁷ La reforma es consecuencia del contexto económico y social que vive España. Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: *La nueva reforma penal en 2013*, Eunomia, Revista en Cultura de la Legalidad, nº 6, marzo-agosto 2014, pág. 17.

³⁶⁸ El artículo 203 reproduce el mismo esquema que el utilizado en el artículo 202: en el párrafo primero castiga el allanamiento sin violencia ni intimidación, mientras que el segundo párrafo contiene un subtipo agravado para los supuestos en que el allanamiento se lleve a cabo con violencia o intimidación. Vid. CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en VIVES ANTÓN, T., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 331.

³⁶⁸ Este segundo párrafo, que contiene la agravación, no limita el castigo a los “lugares abiertos al público fuera de las horas de apertura”, hablándose tan solo de “abierto al público”. Parece deducirse que cuando el allanamiento se produce por estos medios la conducta es siempre típica, con indiferencia de que se realice dentro o fuera de las horas de apertura al público. Vid. CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en VIVES ANTÓN, T., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 331.

³⁶⁹ Artículo 492: “*Lo dispuesto en este artículo no tiene aplicación respecto de los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas mientras estuvieren abiertas.*”

Artículo 492 bis: “*Salvo lo dispuesto en el artículo 491, el que quebrantara la inviolabilidad de un lugar sagrado, edificio religioso u otro inmueble protegido por dicho privilegio por ley especial o convenio internacional, debidamente ratificado, incurrirá en la pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.*

Si el reo fuera funcionario público o agente de la autoridad y obrare con abuso de su cargo, se impondrá la pena de prisión menor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.”

De esta manera se vinieron a refrendar las posturas doctrinales³⁷⁰ que sustentaban la extensión del concepto de morada a los domicilios de personas jurídicas, despachos profesionales o establecimientos abiertos al público fuera de las horas de apertura.

Este conjunto de espacios cerrados constituye un espacio en el que también se proyecta la intimidad de las personas, si bien es cierto que la intensidad de la proyección del bien jurídico es menor que en los domicilios particulares de las personas físicas, de ahí que la penalidad sea menor.

Es interesante aclarar, tal y como subraya MORALES PRATS³⁷¹, que “*las personas jurídicas, en sentido estricto, no son titulares del bien jurídico intimidad, sino de una expresión instrumental del mismo cifrada en la inviolabilidad de esos lugares*”. Por tanto, podemos decir que el bien jurídico protegido es la privacidad, en su vertiente instrumental, como inviolabilidad domiciliaria³⁷².

³⁷⁰ Vid. BOIX REIG, J., GARCÍA RIVAS, N., JUANATEY DORADO, C., JAREÑO LEAL, A., DOVAL PAÍS, A., LLORIA GARCÍA, P., ANARTE BORRALLA, E., GRIMA LIZANDRA, V., AGUADO LÓPEZ, S.: *Derecho Penal, parte Especial, Vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales...*cit., pág. 479; JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada...*cit., pág. 49; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 902; MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial...*cit., pág. 516; ARROYO ZAPATERO, L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FERRÉ OLIVÉ, J.C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J.R., TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 481; GONZÁLEZ RUS, J.J. en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...*cit., pág. 386; POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial...*cit., pág. 262.

³⁷¹ Vid. MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial...*cit., pág. 516. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 606; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), MANJÓN CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PUSCHEL, A. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...*cit., pág. 818; GONZÁLEZ RUS, J.J. en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...*cit., pág. 387; CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.): *Derecho Penal, Parte Especial, doctrina y jurisprudencia...*cit., pág. 287.

³⁷² En este sentido se pronuncia la profesora JAREÑO LEAL quien señala que “*con la introducción de esta modalidad en el código penal resulta difícil encontrar un bien jurídico común a todas las figuras de allanamiento, pues en los espacios que señala el artículo 203, más que la intimidad, se está protegiendo el ejercicio de la titularidad sobre la propiedad, es decir, la voluntad del titular: el ius exclusionis*”. También opina esta autora que la extensión del

En todos estos lugares³⁷³, destinados a una actividad pública, profesional, comercial o industrial, aunque el sujeto pasivo no habita, sí ejerce gran parte de su vida y guarda innumerables secretos, siendo en consecuencia susceptible de conformar la intimidad de las personas, y más exactamente, en su aspecto de inviolabilidad de domicilio³⁷⁴.

delito de allanamiento de morada de las personas jurídicas es criticable desde la perspectiva de la deseable mínima intervención penal. *Vid.* BOIX REIG, J., GARCÍA RIVAS, N., JUANATEY DORADO, C., JAREÑO LEAL, A., DOVAL PAÍS, A., LLORIA GARCÍA, P., ANARTE BORRALLA, E., GRIMA LIZANDRA, V., AGUADO LÓPEZ, S.: *Derecho Penal, parte Especial, Vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales...cit.*, pág. 479.

³⁷³ Estos lugares tienen en común ser espacios destinados al desarrollo de actividades profesionales, en sentido amplio. La fórmula utilizada, muy descriptiva y genérica, otorga un carácter muy amplio a este concepto. Se trata en definitiva de una fórmula muy abierta que comprenderá, al igual que el concepto de morada, todo espacio cerrado y separado del mundo exterior, donde se muestre la voluntad de su titular de excluir a terceros, y dedicado a la práctica de una actividad profesional. *Vid.* CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal, Parte Especial...cit.*, pág. 331; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A., PIÑEL RODRÍGUEZ, J.R.: *Manual de Derecho Penal...cit.*, pág. 206; CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARAN, M.: *Comentarios al Código Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 495; SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 192; POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial...cit.*, pág. 262.

³⁷⁴ HERNÁNDEZ PLASENCIA señala: “sobre todo en los domicilios de las personas jurídicas y despachos profesionales se proyecta la intimidad, ya sea de las personas físicas titulares de estos espacios, la de terceras personas o la que se deriva del ejercicio de la concreta actividad que se realiza en los mismos, pues es innegable que en estos espacios se genera, y a veces almacena, cantidad de datos personales, referidos bien a las circunstancias personales, a datos fiscales, de actividad económica, etcétera, que pueden estar protegidos por el derecho a la intimidad”. *Vid.* HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 906; CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en VIVES ANTÓN, T., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 331; GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 815.

En el mismo sentido MORALES PRATS afirma que “este conjunto de espacios cerrados constituyen un contexto en el que también se proyecta la intimidad de las personas (...). Como fuere que en estos espacios, de natural destinados a actividades profesionales, mercantiles, comerciales, etcétera, la intensidad de la proyección del bien jurídico intimidad personal es menor que en los domicilios particulares de personas físicas, es perfectamente explicable, desde un punto de vista teleológico, que las penalidades previstas en el artículo 203 sean menores que las consignadas en el artículo 202”. *Vid.* MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial...cit.*, pág. 516.

En este sentido, sujeto pasivo también podrán serlo las personas jurídicas, y no sólo las físicas³⁷⁵.

Como hemos indicado, este artículo ha sido recientemente reformado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de manera que el apartado segundo pasa a ser el apartado tercero e introduce un nuevo apartado segundo con la siguiente redacción³⁷⁶: “2. Será castigado con la pena de multa de uno a tres meses el que se mantuviere contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada,

³⁷⁵ Vid. SSTS de 14 de junio de 2000 y de 14 de noviembre de 2001. En la primera de las sentencias citadas señala el tribunal que “...protegiéndose en el artículo 203 CP ciertas formas de intimidación profesional o mercantil, aunque con una menor intensidad punitiva que la empleada para la protección de la intimidad personal y familiar (sentencia de 5 de mayo de 1999) y siendo esta privacidad de menor rango la que debe servir para interpretar correctamente los delitos previstos en el artículo 203 CP (sentencia de 13 de junio de 1998) la entrada en uno de aquellos locales con ánimo depredatorio, fuera de las horas de apertura, no integrará el nuevo delito de allanamiento sino cuando conscientemente se lesione o ponga en peligro la privacidad profesional, mercantil o de otra parecida índole que en dichos locales se encuentre reservada. Ahora bien, así como la lesión o amenaza a esta privacidad no es un resultado necesario de la entrada subrepticia en los locales mencionados, sí se producen necesariamente la lesión o amenaza a la intimidad personal cuando lo que se invade inconscientemente es el domicilio de una persona física...”.

³⁷⁶ La justificación dada por el grupo parlamentario la izquierda plural en la enmienda número 152 del Congreso de los Diputados, es la siguiente: “la mayoría de las situaciones imaginables, lo son con la intención de cometer otro delito, que absorbería el allanamiento. Y en caso contrario, es decir, que no existiera esa otra intención posterior (piénsese en el borracho que se niega a abandonar el bar cuando llega la hora de cierre) carece de trascendencia penal”.

En las enmiendas del Senado, el grupo parlamentario Socialista y el grupo parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya, propuso la enmienda de supresión del apartado 110 del artículo único que modifica el artículo 203 esgrimiendo como justificación la “coherencia con la oposición a la supresión del Libro III del Código Penal”.

Señalan los profesores FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y OLLOQUIEGUI SUCUNZA que en el anteproyecto de reforma se propuso la supresión o modificación del párrafo segundo en base a los siguientes motivos: “la conducta elevada a la categoría de delito suele ser llevada a cabo como medio para ejecutar otras figuras típicas, siendo habitual que el desvalor de éstas abarque el de aquella, motivo por el cual se propone la destipificación de dicha conducta. Para el caso en que se considere que dicha conducta debe continuar siendo penalmente relevante, se propone la rebaja del límite máximo de la pena prevista, a fin de ajustarlo a la clasificación de los delitos contenido en el artículo 13, el cual debe ser interpretado de forma conjunta con el artículo 33 del Código Penal, permitiendo con ello que dicha conducta sea materialmente, y no sólo a efectos formales, un delito menos leve”. Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 114.

despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.”

Por tanto, el artículo 203 contempla ahora tres modalidades para proteger dichos espacios:

- Entrar contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura.

- Mantenerse, contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.

- Entrar o mantenerse, con violencia o intimidación, contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público³⁷⁷.

Con el nuevo párrafo introducido, se soluciona el problema que existía, por cuanto la conducta pasiva era constitutiva de falta y no de delito.

Así, la modalidad típica de mantenimiento en domicilio de persona jurídica, despacho o local abierto al público fuera de las horas de apertura, contra la voluntad de su titular, era constitutiva de falta prevista en el artículo 635 del código penal, actualmente derogado por la mencionada Ley Orgánica 1/2015³⁷⁸.

³⁷⁷ Este segundo párrafo, que contiene la agravación, no limita el castigo a los “lugares abiertos al público fuera de las horas de apertura”, hablándose tan solo de “abierto al público”. Parece deducirse que cuando el allanamiento se produce por estos medios la conducta es siempre típica, con indiferencia de que se realice dentro o fuera de las horas de apertura al público. *Vid.* CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en VIVES ANTÓN, T., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 331.

³⁷⁸ La disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, establece que: “1. Queda derogado el Libro III de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. 2. Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo previsto en esta Ley Orgánica”.

El Título IV del Libro III del código penal era el dedicado a las faltas contra el orden público³⁷⁹. El concepto de orden público es abstracto y difuso, y admite diversas definiciones e interpretaciones. El código penal no nos ofrece una definición de orden público. Se suele definir como el conjunto de valores,

La supresión del Libro III del Código Penal de 1995 tenía como propósito, según la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma, hacer realidad el principio de intervención mínima, pero la invocación de tal principio parece falsa ya que, por una parte muy pocas de las faltas se eliminan realmente, sino que la mayoría se incorporan al texto penal como delito, incrementando su sanción. Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: *La nueva reforma penal en 2013...cit.*, pág. 21; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012...cit.*, págs. 69 y ss.; PÉREZ CEPEDA, A.I.: *Justificación y claves político-criminales del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013*, en *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*, Vol. 2, nº 1, 2014, pág. 31; MAQUEDA ABREU, M.L.: *Políticas de seguridad y Estado de Derecho*, en *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, 2004, págs. 1287 y ss.; SERRANO GÓMEZ, A.: *Notas al Anteproyecto de reforma del Código penal español de octubre de 2012*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-rl, 2013, págs. 11 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *La reforma española de 2012. Líneas maestras*, en *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 7, nº 78, 2012, pág. 23. Indica este último autor que “*lo que, como falta salió del código por la puerta, entra por la ventana como delito*”.

En este sentido podemos observar que, con la reforma del artículo 203 se ubica la anterior falta del artículo 635 en el apartado 2 del precitado artículo 203, lo que obedece a la conversión de faltas en delitos leves. Al pasar a tener la consideración de delito leve, la conducta descrita tendrá las consecuencias propias de un delito leve, como los antecedentes penales y la prescripción de la infracción penal, entre otras. Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), MATALLÍN EVANGELIO, A., GÓRRIZ ROYO, E. (Coord.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 685.

Por su parte, la profesora MAQUEDA ABREU señala; “*Así pues, la anunciada condescendencia hacia la delincuencia menor que supuestamente iba a venir representada por la reciente decisión político criminal de expulsar las faltas del código penal y transformar algunas de ellas en ilícitos administrativos –en particular, las relacionadas con el orden público–, ha resultado ser una farsa porque supone en la práctica el incremento general de las sanciones, con multas mucho más elevadas que no toman ya como criterio exclusivo la capacidad económica del infractor (a contrario, art. 50.5 CP) y que tienen garantizada la indefensión de sus autores a merced de una infinita discrecionalidad policial y la ausencia de garantías que procura el procedimiento legal acordado*”. Vid. MAQUEDA ABREU, M.L.: *La criminalización del espacio público. El imparable ascenso de las “clases peligrosas”*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 17-12, 2015, pág. 4.

³⁷⁹ La reforma supone un cambio de ubicación sistemática, ya que la conducta del artículo 635 se integra en el delito con que tenía concordancia, lo cual se considera acertado, puesto que ya se entendía que el bien jurídico protegido por la falta era la intimidad, y no el orden público. Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), MATALLÍN EVANGELIO, A., GÓRRIZ ROYO, E. (Coord.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 688-689.

principios y derechos que inspiran una convivencia pacífica y tendente al bienestar.

De los artículos que componían este título sólo encontrábamos dos conductas contra el orden público en sentido estricto. En el caso del artículo 635 estábamos ante una falta contra la inviolabilidad del domicilio.

El Tribunal Constitucional señaló en la sentencia de 19 de mayo de 2003, que era lógico entender que el bien jurídico protegido era la inviolabilidad de domicilio de las personas jurídicas y que basta con que su titular exprese la voluntad contraria a la permanencia del sujeto activo.

El artículo 635 disponía: *“Será castigado con la pena de localización permanente de dos a diez días o multa de uno a dos meses el que se mantuviere contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina o establecimiento mercantil o local abierto al público.”*

La diferencia de la falta del artículo 635 respecto al delito tipificado en el artículo 203 conforme a la redacción anterior había que buscarla en la conducta.

Si se empleaba violencia o intimidación estábamos siempre ante un hecho delictivo; ahora bien, teniendo en cuenta que la violencia o intimidación había de ser para entrar o mantenerse, si se ejercía en el interior del establecimiento con posterioridad a la entrada o no tenía nada que ver con mantenerse dentro, no servía para configurar este delito.

En caso de que no hubiera violencia o intimidación, había que distinguir dos conductas: entrar y mantenerse, en ambos casos contra la voluntad del morador. Únicamente en el segundo caso era cuando estábamos ante la falta del artículo 635 del código penal.

Por tanto, nos encontrábamos ante la siguiente paradoja: era delito entrar en estos lugares fuera de las horas de apertura, mientras que permanecer en ellos fuera de las horas de apertura se tipificaba como falta. Ahora bien, el subtipo agravado si la conducta se realizaba con violencia o

intimidación, era siempre delito, siendo además indiferente que la conducta típica se realizase durante el horario de apertura o fuera del mismo, extremo que ha sido criticado por la doctrina³⁸⁰. En consecuencia, sería atípico entrar o permanecer durante las horas de apertura³⁸¹, extremo este que no ha sido resuelto por la actual reforma, que podría haber introducido también este supuesto.

Esta reforma supone también una modificación de la penalidad, ya que la falta del artículo 635 preveía una pena de multa de uno a dos meses o localización permanente de dos a diez días, y ahora se prevé una pena de

³⁸⁰ Vid. BOIX REIG, J., GARCÍA RIVAS, N., JUANATEY DORADO, C., JAREÑO LEAL, A., DOVAL PAÍS, A., LLORIA GARCÍA, P., ANARTE BORRALLA, E., GRIMA LIZANDRA, V., AGUADO LÓPEZ, S.: *Derecho Penal, parte Especial, Vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales...*cit., pág. 480; JORGE BARREIRO, A.: *El delito de allanamiento de morada en el Código Penal de 1995*, en DIEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C., GRACIA MARTÍN, L., HIGUERA GUIMERA, J.F.,... cit., pág. 1381; el mismo en "Artículo 202"...cit., pág. 335; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 605; GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 819; CONDEPUMPIDO TOURÓN, C. (Dir.), LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 1606; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A., PIÑEL RODRÍGUEZ, J.R.: *Manual de Derecho Penal...*cit., pág. 207; LAMARCA PÉREZ, C.: *Derecho Penal, Parte Especial...*cit., págs. 194-195; CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.): *Derecho Penal, Parte Especial, doctrina y jurisprudencia...*cit., págs. 287-288.

POLAINO NAVARRETE señalaba que "la ausencia de mención típica de la conducta de mantenerse en el domicilio, al tipificarse sólo la de entrar en el mismo, contribuye a la inseguridad jurídica del precepto". Vid. POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial...*cit., pág. 263.

En consonancia con esto y en nuestra opinión, sin entrar a valorar la supresión del Libro III del código penal por no ser objeto del presente trabajo, nos parece acertada esta reforma ya que así se soluciona el problema planteado.

³⁸¹ Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 909; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 606; CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal, Parte Especial...*cit., pág. 331; LAMARCA PÉREZ, C.: *Derecho Penal, Parte Especial...*cit., págs. 194-195; CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARAN, M.: *Comentarios al Código Penal, Parte Especial...*cit., pág. 496; GONZÁLEZ RUS, J.J. en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...*cit., pág. 386; MIMBRERA TORRES, E. en CRUZ DE PABLO, J.A. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 456; SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), RAGUÉS Y VALLÉS, R. (Coord.): *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial...*cit., pág. 159.

multa mayor, de uno a tres meses, y desaparece la pena de localización permanente³⁸².

Respecto al objeto sobre el que recae la conducta, “*domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o establecimiento mercantil o local abierto al público*”, la mayor parte de la doctrina³⁸³ acoge un concepto amplio de estos lugares, al igual que sucedía con el término morada, si bien, siempre que se demuestre que en dichos lugares se proyecta intimidad o vida privada de dichas personas que manifiestan su voluntad de excluirlos respecto del público en general³⁸⁴. En este sentido HERNÁNDEZ PLASENCIA señala: “*no será típica la entrada en locales de depósito de mercancías, garajes, sala de maquinaria de un taller, local de exposición de cuadros, salas de fiestas, etcétera, esto es, lugares en los que la actividad que se realiza no proyecta intimidad alguna*”³⁸⁵. No nos detendremos más en esta cuestión por ser objeto de estudio en un capítulo aparte.

³⁸² Se valora positivamente la supresión de la localización permanente, pero se critica el aumento de la pena de multa, por entender que bajo este precepto se pueden sancionar supuestos que podrían suponer el quebrantamiento del principio de intervención mínima; por ejemplo, quienes se encuentren en el recinto de una empresa fuera de las horas de apertura y al ser requeridos por el vigilante de seguridad hagan caso omiso y abandonen el lugar diez minutos más tarde. Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), MATALLÍN EVANGELIO, A., GÓRRIZ ROYO, E. (Coord.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015...*cit., pág. 687.

³⁸³ Vid. CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en VIVES ANTÓN, T., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal, Parte Especial...*cit., pág. 330; GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 815; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), MANJÓN CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PUSCHEL, A. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...*cit., pág. 8120; CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARAN, M.: *Comentarios al Código Penal, Parte Especial...*cit., pág. 495; SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal, Parte Especial...*cit., pág. 191.

³⁸⁴ Vid. CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal, Parte Especial...*cit., pág. 333; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, PÉREZ DEL VALLE en CONDE PUMPIDO, C. (Dir.): *Código Penal...*cit., págs. 2367 y ss; CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba penal...*cit., págs. 1147 y ss.

³⁸⁵ Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en Díez Ripollés, J.L., Romeo Casabona, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...*cit., págs. 910 y ss.

En cuanto a la referencia de que la conducta típica se realice “contra la voluntad del titular”, restringe necesariamente el sujeto que puede prestarla, que sería exclusivamente el titular³⁸⁶. En esta línea, algunos autores que señalan que podrían ser sujetos activos de este delito los empleados que invadan estos espacios fuera de las horas de apertura y contra la voluntad del titular³⁸⁷. Así mismo, en caso de un conflicto de voluntades, al tratarse de lugares en que normalmente existe una relación jerarquizada, deberá prevalecer la voluntad del titular³⁸⁸. En estos supuestos sí tiene sentido atender a la jerarquía.

No cabe reseñar diferencias significativas respecto a la modalidad típica prevista en el artículo 202 por lo que respecta a las causas de justificación, culpabilidad, circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, *iter criminis*, autoría o participación criminal.

Es importante destacar que las penas con las que se castigan estas conductas son menores que para el allanamiento de morada de las personas físicas, y no son competencia del Tribunal del Jurado.

Finalmente nos detendremos brevemente en los problemas concursales. En primer lugar comenzaremos por aclarar que existe un concurso de normas entre el allanamiento de las personas jurídicas y otras conductas tipificadas en el código penal como la modalidad de usurpación prevista en el artículo 245.2, consistente en ocupar, sin autorización, un inmueble, vivienda o edificio ajeno,

³⁸⁶ Vid. CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal, Parte Especial...*cit., págs. 338 y ss; MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial...*cit., pág. 491; ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal...*cit., pág. 501.

³⁸⁷ Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 911.

³⁸⁸ Vid. MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial...*cit., pág. 516; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 606; CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en VIVES ANTÓN, T., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal, Parte Especial...*cit., pág. 330; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), MANJÓN CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PUSCHEL, A. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...*cit., pág. 822.

que no constituya morada; la modalidad de malversación consistente en dar aplicación privada a bienes inmuebles pertenecientes a la Administración, del artículo 434 del código penal, la invasión violenta del edificio del Congreso de los Diputados, el Senado o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, del artículo 493, o del local donde esté constituido el Consejo de Ministros o un Consejo de Gobierno de Comunidad Autónoma, del artículo 503.1. Estos supuestos se resolverían aplicando el principio de especialidad.

En aquellos casos en que nos encontremos con los elementos propios del delito de allanamiento de persona jurídica y los de otro delito estaremos ante un concurso de delitos, por ejemplo en caso de concurrir el delito que estamos analizando con el de detención ilegal.

Los principales problemas los encontramos cuando coincide con el delito de robo³⁸⁹. A diferencia de lo que sucede respecto al allanamiento de morada de una persona física, el Tribunal Supremo ha venido entendiendo que el allanamiento resulta desplazado por el robo, señalando que sólo estaremos ante un concurso de delitos cuando lo que pretenda el sujeto activo con su acción sea, además de apoderarse de efectos ajenos, otras finalidades, como examinar documentos, cuentas,...³⁹⁰ Así, por ejemplo, la STS de 23 de octubre de 1998 señala que: *“por un lado el rompimiento de pared, que se recoge entre las formas de fuerza en las cosas, en el número 2º del artículo 238 del código penal, es uno de los medios utilizados para acceder al lugar donde se encuentran las cosas muebles de que pretende apoderarse el agente (artículo 237) y tal actividad es claro que lleva consigo la penetración, más o menos dentro, en lugar en cuyo interior esas cosas estén, pudiendo ser ese lugar un edificio con lo cual tal ocurrencia en este caso estaba ya incluida como posible en la definición del delito de robo, sin que pueda inferirse que el agente*

³⁸⁹ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), MANJÓN CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PUSCHEL, A. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...cit.*, págs. 824-825; RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Dir.), MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coord.): *Código Penal, Concordado y Comentado...cit.*, págs. 887-888.

³⁹⁰ Vid. Entre otras, SSTS de 4 de mayo de 2000, de 16 de febrero de 1999, de 18 de mayo de 1999, de 2 de junio de 1999, de 12 de noviembre de 1998 y de 16 de diciembre de 1998.

estuviera animado de un propósito de violar el domicilio de otra persona o de entrar en un local abierto al público fuera de las horas de apertura, propósito que, si no se da además del de obtención de la posesión de cosa mueble, no puede permitir estimar concurren un delito del artículo 203, cuando toda la acción típica encajaba ya en la aplicación de los 237 y 238 citados, y, por tanto no se puede admitir como una alternativa para el caso de que, según la doctrina ya establecida de esta sala, el establecimiento abierto al público no lo estuviera efectivamente en el momento de los hechos.”

Siguiendo esta línea, la STS de 14 de junio de 2000, tras reconocer que no se exige un elemento subjetivo del injusto en el allanamiento de morada del artículo 202 del código penal, afirma que *“es conveniente aclarar que la interpretación que acabamos de hacer no está en contradicción con la doctrina que esta sala viene sosteniendo en relación con los casos en que se comete un delito de robo con fuerza en las cosas en el domicilio de una persona jurídica, en un despacho profesional u oficina, o en un establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura, doctrina en la que ha basado el tribunal de instancia su decisión de no apreciar en los hechos enjuiciados los delitos de allanamiento de morada cuya apreciación postula el Ministerio Fiscal. En estos supuestos -SS de 18 de Mayo y 8 de Junio de 1.999, entre otras- ha considerado la sala, efectivamente, que sólo procede tener por cometido el delito de robo, excluyéndose el de allanamiento de morada creado "ex novo" por el art. 203.1 CP, "salvo que se acreditase que, en el caso enjuiciado, el ataque a la privacidad hubiera ido más allá de lo que es inherente al delito de robo, en cuyo caso cabría la posibilidad de una situación concursal entre ambos delitos". En consecuencia, lo que se expresa en esta doctrina de la sala es que, protegiéndose en el art. 203 CP ciertas formas de intimidad profesional o mercantil, aunque con una menor intensidad punitiva que la empleada para la protección de la intimidad personal y familiar -S. de 5 de Mayo de 1.999- y siendo esta privacidad de menor rango la que debe servir para interpretar correctamente los delitos previstos en el art. 203 CP -S. de 13 de Junio de 1.998- la entrada en uno de aquellos locales con ánimo depredatorio, fuera de*

las horas de apertura, no integrará el nuevo delito de allanamiento sino cuando conscientemente se lesione o ponga en peligro la privacidad profesional, mercantil o de otra parecida índole que en dichos locales se encuentre reservada. Ahora bien, así como la lesión o amenaza a esta privacidad no es un resultado necesario de la entrada subrepticia en los locales mencionados, sí se producen necesariamente la lesión o amenaza a la intimidad personal cuando lo que se invade inconsentidamente es el domicilio de una persona física”.

En relación con un delito de daños en un centro docente en el que acusaban a dos menores, el Tribunal Supremo también exigió la apreciación de un elemento subjetivo del injusto respecto al delito de allanamiento de morada de las personas jurídicas, en la STS de 25 de enero de 2008, en la que razonaba: *“la protección penal de alguno de los espacios enumerados en el artículo 203.1, y concretamente la de los locales abiertos al público fuera de las horas de apertura, debe quedar limitada a los casos en que la entrada inconsentida en aquellos lesione o ponga en peligro la legítima reserva con que el titular del local pretenda rodear determinados objetos o datos que se custodien en el mismo, en la medida en que afecten a su intimidad personal o profesional. Es por ello por lo que el tipo de referencia solamente quedará realizado, en principio, cuando conste suficientemente y se declare probada la existencia de tales datos u objetos, y haya razones, por otra parte, para pensar que el autor del hecho se proponía acceder al conocimiento de los mismos”.*

Esta postura jurisprudencial ha sido muy criticada por la doctrina³⁹¹, ya que supone apreciar un elemento subjetivo del injusto que, por otro lado, la propia jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo, viene rechazando en el delito de allanamiento³⁹². Es lógica la posición mantenida por la doctrina en el

³⁹¹ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), MANJÓN CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PUSCHEL, A. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...*cit., pág. 823; CONDE PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): *Código Penal comentado...*cit., pág. 631; CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.): *Derecho Penal, Parte Especial, doctrina y jurisprudencia...*cit., pág. 288.

³⁹² Vid. SANZ MORÁN, A.J.: *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas...*cit., pág. 125.

sentido de cuestionar esta línea jurisprudencial, ya que no existe motivo que justifique la no exigencia de dolo específico en el allanamiento de las personas físicas y sí en el de las jurídicas.

3.8. TIPO CUALIFICADO: ARTÍCULO 204 DEL CÓDIGO PENAL

En el artículo 204 del código penal el legislador castiga el allanamiento de morada u otro tipo de establecimientos perpetrado por autoridad o funcionario público³⁹³ fuera de los casos permitidos por la ley siempre que no medie una causa legal por delito.

Artículo 204: *“La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa legal por delito, cometiere cualquiera de los hechos descritos en los dos artículos anteriores, será castigado con las penas respectivamente prevista en los mismos, en su mitad superior, e inhabilitación absoluta de seis a doce años.”*

Esta modalidad cualificada del allanamiento con base en la condición del sujeto activo es una novedad importante del Código Penal de 1995³⁹⁴, que la Exposición de Motivos trató de justificar argumentando que se trataba de eliminar el *“régimen de privilegios de que hasta ahora han venido gozando las ingerencias ilegítimas de los funcionarios públicos en el ámbito de los derechos y libertades de los ciudadanos. Por tanto, se propone que las detenciones, entradas y registros en el domicilio llevadas a cabo por autoridad o funcionario*

³⁹³ Sujeto activo sólo puede ser la autoridad o funcionario público. Señala DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO que el código penal de 1995 ha definido qué es autoridad o funcionario público en el artículo 24, “ofreciendo una definición material caracterizada fundamentalmente por la nota de participación en el ejercicio de funciones públicas a la que añade la del acceso a la misma de determinadas formas: *se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas*”. Esta definición rebasa el concepto de funcionario propio del derecho administrativo. *Vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., OLAIZOLA NOGALES, I.: *La responsabilidad penal de los funcionarios*, Auditoría pública: revista de los órganos autónomos de control externo, nº 6, 1996, pág. 40.

³⁹⁴ *Vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., OLAIZOLA NOGALES, I.: *La responsabilidad penal de los funcionarios...cit.*, pág. 40.

fuera de los casos permitidos por la ley, sean tratadas como formas agravadas de los correspondientes delitos comunes (...)”.

Estamos ante un delito especial impropio³⁹⁵, al castigar con las penas previstas en los números anteriores en su mitad superior, y además inhabilitación especial, a la autoridad o funcionario público que realizase cualquiera de las conductas descritas prevaleciéndose de su cargo, fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito³⁹⁶.

³⁹⁵ Vid. BOIX REIG, J., GARCÍA RIVAS, N., JUANATEY DORADO, C., JAREÑO LEAL, A., DOVAL PAÍS, A., LLORIA GARCÍA, P., ANARTE BORRALLA, E., GRIMA LIZANDRA, V., AGUADO LÓPEZ, S.: *Derecho Penal, parte Especial, Vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales...*cit., pág. 481; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en Díez RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 916; JORGE BARREIRO, A.: *El delito de allanamiento de morada en el Código Penal de 1995*, en Díez RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C., GRACIA MARTÍN, L., HIGUERA GUIMERA, J.F., ROMEO CASABONA, C.,...cit., pág. 1385; Vid. JORGE BARREIRO, A.: *Artículo 204*, en Díez RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C., GRACIA MARTÍN, L., HIGUERA GUIMERA, J.F., ROMEO CASABONA, C.,...cit., págs. 341 y ss; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial...*cit., pág. 276; SANZ MORÁN, A.: *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas...*cit., pág. 292; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 607; CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal, Parte Especial...*cit., pág. 332; GONZÁLEZ RUS, J.J. en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...*cit., pág. 387; CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.): *Derecho Penal, Parte Especial, doctrina y jurisprudencia...*cit., pág. 289; LAMARCA PÉREZ, C.: *Derecho Penal, Parte Especial...*cit., pág. 195; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), MANJÓN CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PUSCHEL, A. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...*cit., pág. 825; GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., FIGUEROA NAVARRO, C.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial (Adaptadas a la docencia del Plan Bolonia)...*cit., pág. 74; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., OLAIZOLA NOGALES, I.: *La responsabilidad penal de los funcionarios...*cit., pág. 41.

³⁹⁶ Señala POLAINO NAVARRETE que la configuración de este tipo responde a la exigencia de que la responsabilidad del funcionario no debe ser menor que la del particular, pues a idéntica lesión del bien jurídico individual ha de añadirse el desvalor del incorrecto ejercicio de la función pública. POLAINO NAVARRETE señalaba que “*la ausencia de mención típica de la conducta de mantenerse en el domicilio, al tipificarse sólo la de entrar en el mismo, contribuye a la inseguridad jurídica del precepto*”. Vid. POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial...*cit., pág. 265.

En similares términos vid. RODRÍGUEZ PADRÓN, C.: *La protección penal del domicilio...*cit., pág. 107: “*se trata de proteger la intimidad domiciliaria ya no sólo contra cualquier tipo de agresión injustificada y ajena, sino contra una agresión prepotente: la que deriva del exceso o prevalimiento de los funcionarios públicos o autoridades (policías, inspectores fiscales, de*

En nuestra opinión, tal y como apunta algún autor³⁹⁷, no era necesaria la regulación específica de este tipo, ya que en el supuesto de hecho que se acaba de exponer si lo que se pretendía era imponer una penalidad mayor por el carácter de funcionario público del sujeto activo, se podía aplicar la agravante genérica de prevalerse del carácter público del culpable prevista en el artículo 22.7 del código penal.

Quedan fuera de este precepto aquellos atentados a la inviolabilidad domiciliaria que se lleven a cabo por autoridad o funcionario en el ámbito de una investigación penal, que encuentran respuesta en el artículo 534 del código

trabajo, etc...) a quienes el estado encomienda unas funciones que no deben ejercerse jamás quebrantando cualquiera de las garantías establecidas por el ordenamiento jurídico”.

³⁹⁷ Vid. SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MÁILLO, A.: *Derecho Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 193.

penal³⁹⁸. Para aplicar este precepto es necesario que el allanamiento aparezca directamente vinculado con las diligencias investigadoras de un delito³⁹⁹.

Artículo 534: “1. *Será castigado con las penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años la autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, y sin respetar las garantías constitucionales o legales:*

1º. Entre en un domicilio sin el consentimiento del morador.

2º. Registre los papeles o documentos de una persona o los efectos que se hallen en su domicilio, a no ser que el dueño halla prestado libremente su consentimiento (...)”

Debe entenderse que el artículo 204 incrimina aquellas conductas de allanamiento domiciliario llevadas a cabo con prevalimiento por funcionario público, que se verifican fuera del marco de las diligencias policiales propias de

³⁹⁸ Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 276; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 607; GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 820; CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en VIVES ANTÓN, T., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 332; ARROYO ZAPATERO, L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FERRÉ OLIVÉ, J.C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J.R., TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 482; CONDE PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): *Código Penal comentado...cit.*, págs. 632-633; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A., PIÑEL RODRÍGUEZ, J.R.: *Manual de Derecho Penal...cit.*, pág. 207; GONZÁLEZ RUS, J.J. en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...cit.*, pág. 387; CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.): *Derecho Penal, Parte Especial, doctrina y jurisprudencia...cit.*, pág. 289; LAMARCA PÉREZ, C.: *Derecho Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 195.

En el código penal de 1995 podemos encontrar un bloque de delitos de funcionarios dentro del Título XIX (Delitos contra la Administración Pública), en los artículos 404 a 445 y otro gran grupo de delitos cometidos por funcionarios contra las garantías constitucionales dentro del Título XXI (Delitos contra la Constitución), en los artículos 529 a 542. En estos delitos el bien jurídico protegido es el buen funcionamiento de la Administración Pública, entendido como la imparcialidad o atención a los intereses generales de la sociedad en la actuación administrativa, en conexión con lo establecido en los artículos 103 y 106 de la Constitución. Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., OLAIZOLA NOGALES, I.: *La responsabilidad penal de los funcionarios...cit.*, pág. 40.

³⁹⁹ Vid. MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial...cit.*, pág. 517; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (Dir.), LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, págs. 1608-1609.

la instrucción penal, así como aquellas llevadas a cabo mediante una causa penal, pero sin relación con la misma, mientras que el artículo 534 opera cuando el allanamiento aparezca directamente vinculado con las diligencias investigadoras del delito⁴⁰⁰. Por tanto este último precepto hemos de conectarlo con las garantías que deben respetarse en la diligencia de entrada y registro y que analizaremos en el capítulo correspondiente.

Se tendrá que verificar, por tanto, que el sujeto no está legalmente autorizado. Así, por ejemplo, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana⁴⁰¹, legitimaba la entrada en el artículo 15 dirigida a evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad, o la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, en los artículos 17.1 y 32.3.

Más problemática resulta la valoración de determinadas conductas que pueden llevar a cabo los órganos de la administración en el marco de sus funciones de control e inspección. En muchos sectores de la Administración se aprecian dificultades para conciliar las necesidades del control administrativo de determinadas actividades con lo dispuesto en el artículo 204 del código

⁴⁰⁰ Vid. BOIX REIG, J., GARCÍA RIVAS, N., JUANATEY DORADO, C., JAREÑO LEAL, A., DOVAL PAÍS, A., LLORIA GARCÍA, P., ANARTE BORRALLA, E., GRIMA LIZANDRA, V., AGUADO LÓPEZ, S.: *Derecho Penal, parte Especial, Vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales...*cit., pág. 481; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 916; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 607; MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial...*cit., pág. 517; CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARAN, M.: *Comentarios al Código Penal, Parte Especial...*cit., págs. 496-497; GONZÁLEZ RUS, J.J. en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...*cit., pág. 387; CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.): *Derecho Penal, Parte Especial, doctrina y jurisprudencia...*cit., pág. 289; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), MANJÓN CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PUSCHEL, A. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...*cit., pág. 826.

⁴⁰¹ MAQUEDA ABREU apunta que esta nueva ley tiene un “*predecible efecto desalentador para el ejercicio de las libertades democráticas*”. Vid. MAQUEDA ABREU, M.L.: *La criminalización del espacio público. El imparable ascenso de las “clases peligrosas”...*cit., pág. 37.

penal⁴⁰², como en el ámbito de la Inspección Tributaria o Laboral, o en el de las Fuerzas Armadas. Para trata de resolverlos, se han desarrollado en su legislación específica normas para regular cómo deben ejecutarse estas funciones inspectoras dependiendo de que el ámbito espacial donde deba desarrollarse constituya o no un domicilio constitucionalmente protegido. Si el espacio en cuestión constituye domicilio será necesario consentimiento del titular o autorización judicial; si no, bastará con la autorización escrita de la autoridad administrativa que reglamentariamente se determine. A fin de abordar este tema, analizaremos en los siguientes capítulos del presente trabajo el concepto de domicilio acuñado por el Tribunal Constitucional y la concreta problemática surgida en el ámbito de las Fuerzas Armadas y cómo se ha intentado resolver.

⁴⁰² Vid. ARROYO ZAPATERO, L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FERRÉ OLIVÉ, J.C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J.R., TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 482; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), MANJÓN CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PUSCHEL, A. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...cit.*, pág. 827.

CAPÍTULO IV: EL CONCEPTO DE DOMICILIO: LUGARES PROTEGIDOS

El objeto material sobre el que recaen las conductas típicas que acabamos de analizar es la morada⁴⁰³. Resulta, por tanto, fundamental delimitar qué entendemos por morada a efectos de la protección penal otorgada por el delito de allanamiento de morada.

El Código Penal de 1995 no proporciona una definición en el marco de los artículos 202 y siguientes.

Además, nuestro ordenamiento jurídico no la define, pero sí utiliza otros conceptos como el de domicilio que podría identificarse con ella. Ahora bien, no existe un concepto único de domicilio, ya que cada disciplina tiene una visión propia del mismo. Vamos a analizar las diferentes acepciones, así como los pronunciamientos jurisprudenciales en torno a esta cuestión.

4.1. CONCEPTO CIVIL, PROCESAL Y PENAL DE DOMICILIO

El artículo 40 del Código Civil enuncia un concepto de domicilio a efectos jurídico-privados: *“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 LEC. El domicilio de los diplomáticos residentes por razón de su cargo en el extranjero, que gocen del*

⁴⁰³ Tal y como señala BORJA JIMÉNEZ, E.: *El Delito de Allanamiento de Morada, Tesis Doctoral presentada por Emiliano Borja Jiménez, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 1990: “...el término típico morada constituye el objeto material del delito, pues sobre ésta se desarrolla el actuar delictivo del agente, constituyendo así el principal momento de lesión de la vida privada doméstica.”*

derecho de extraterritorialidad, será el último que hubieren tenido en territorio español'.

El Código Civil define el domicilio como lugar de residencia, pero a efectos del ejercicio de derechos civiles y el cumplimiento de obligaciones de la misma naturaleza. Por tanto, este concepto jurídico civil de domicilio no coincide con el concepto de morada al que se refiere el artículo 202 CP, puesto que se establece para una finalidad determinada, cual es el ejercicio de los derechos civiles, que nada tiene que ver con la protección de la morada que se persigue con el tipo penal⁴⁰⁴.

Como vamos a ver, esta noción dada por el Código Civil es mucho más estricta que la de morada, que es una noción más de hecho que de derecho, que además, no exige la nota de habitualidad que caracteriza el concepto civil del domicilio⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ Vid. GONZÁLEZ RUS, J.J. en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...cit.*, pág. 383, que afirma "El concepto jurídico-penal de morada no coincide con el concepto civil de domicilio (art. 40 Cc.), ya que éste exige una habitualidad que no es necesaria en el primero"; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho penal, Parte Especial...cit.*, pág. 323; SUÁREZ MONTES, R.: *El delito de allanamiento de morada...cit.*, pág. 868; JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada...cit.*, pág. 46; CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en VIVES ANTÓN, T., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 329; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 597; RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Dir.), MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coord.): *Código Penal, concordado y comentado...cit.*, pág. 883; MIMBRERA TORRES, E. en CRUZ DE PABLO, J.A. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 445; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (Dir.), LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 1594; CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARAN, M.: *Comentarios al Código Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 491; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 251; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 887.

⁴⁰⁵ Vid. JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada...cit.*, pág. 46; JORGE BARREIRO, A.: *El delito de allanamiento de morada en el Código Penal de 1995*, en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C., GRACIA MARTÍN, L., HIGUERA GUIMERA, J.F., ROMEO CASABONA, C.,...cit., pág. 311; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la Parte Especial...cit.*, pág. 955.

Desde el prisma procesal hemos de acudir al artículo 554⁴⁰⁶ de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De acuerdo con este precepto por domicilio debe entenderse todo lugar cerrado que se destina principalmente a la habitación o morada de una persona⁴⁰⁷.

Este concepto deja fuera aquellos lugares donde exclusivamente se lleven a cabo actividades extradomésticas, como los apartamentos o establecimientos hoteleros, o despachos profesionales, como así lo ha señalado BARJA DE QUIROGA⁴⁰⁸. Nos encontramos, por tanto, ante un concepto restringido, que contiene una enumeración cerrada que impide incluir otros supuestos distintos a los mencionados⁴⁰⁹.

Así mismo, no se deduce ninguna solución respecto a la inviolabilidad de los locales públicos o edificios públicos.

El Código Penal de 1995 no se ha preocupado de concretar qué se entiende por morada, si bien sí recurre a este término a lo largo de su articulado.

Así, al regular la eximente de legítima defensa en el artículo 20.4⁴¹⁰, cuando delimita el requisito de agresión ilegítima, incluye dentro de este concepto la entrada indebida en la morada o sus dependencias.

Dentro de los delitos específicos regulados en el Libro Segundo, el término morada aparece en el artículo 241.2 cuando se define lo que debe

⁴⁰⁶ Artículo 554 LECrim.: “Se reputarán domicilio, para los efectos de los artículos anteriores: (...)2º: 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”.

⁴⁰⁷ Vid. FRANCISCO ARIAS, J.: *Entrada en lugar cerrado*, Revista: Justicia 88, nº 111, 1988, pág. 585.

⁴⁰⁸ Vid. LÓPEZ BARGA DE QUIROGA, J.: *La entrada y registro domiciliario*, en *Política Criminal y Reforma penal, Homenaje al profesor Juan del Rosal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, págs. 761 y ss.

⁴⁰⁹ Vid. JASO ROLDÁN, T.: *Derecho Penal, Parte Especial*, tomo II, Madrid, 1949, pág. 53.

⁴¹⁰ Artículo 20.4. CP: “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

entenderse por “casa habitada”⁴¹¹ para apreciar la modalidad agravada del robo con fuerza en las cosas, y en el artículo 245 al delimitar el alcance del delito de usurpación. En el ámbito de los delitos contra la Corona, también se utiliza este término al tipificar las modalidades específicas del delito de allanamiento de las personas a las que se refiere el artículo 490.1.

No obstante, como se ha indicado, estas menciones al término morada no van en ningún caso acompañadas de la correspondiente definición.

Ante esta situación, la doctrina tradicional se inclina por el concepto restringido de domicilio dado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴¹².

Frente a esta postura, la doctrina penal mayoritaria y más moderna⁴¹³, en la que se inscriben JORGE BARREIRO⁴¹⁴, CARBONELL MATEU⁴¹⁵,

⁴¹¹ La morada no equivale al concepto de casa habitada definido en el artículo 241.2. CP, ya que si bien toda casa habitada puede ser morada, no toda morada tiene que ser necesariamente casa habitada, en este sentido RODRÍGUEZ DEVESA señala que la noción de morada es “a todas luces más amplia” que la de casa habitada. Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho penal, Parte Especial...cit.*, págs. 278 y ss; MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial...cit.*, pág. 513; CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en VIVES ANTÓN, T., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 329; CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARAN, M.: *Comentarios al Código Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 491; GONZÁLEZ RUS, J.J. en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...cit.*, pág. 383; VIVES ANTÓN, T. (Coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995...cit.*, pág. 1017; SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), RAGUÉS Y VALLÉS, R. (Coord.): *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial...cit.*, págs. 156-157; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. y ROMEO CASABONA, C.M. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, págs. 888-889.

⁴¹² Vid. JASO ROLDÁN, T.: *Derecho Penal, Parte Especial*, tomo II, cit., pág. 53; FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código Penal*, tomo III, 1ª ed., Madrid, 1944, pág. 144; CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal, tomo II, Parte Especial...cit.*, pág. 100; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 793; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. y ROMEO CASABONA, C.M. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 888.

⁴¹³ Vid. BOIX REIG, J., GARCÍA RIVAS, N., JUANATEY DORADO, C., JAREÑO LEAL, A., DOVAL PAÍS, A., LLORIA GARCÍA, P., ANARTE BORRALLA, E., GRIMA LIZANDRA, V., AGUADO LÓPEZ, S.: *Derecho Penal, parte Especial, Vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales...cit.*, pág. 475; SANZ MORÁN, A.J.: *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas...cit.*, pág. 43; MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial...cit.*, pág. 513; RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Dir.), MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coord.): *Código Penal, Concordado y Comentado...cit.*, pág. 883; GONZÁLEZ RUS, J.J. en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte*

MORALES PRATS⁴¹⁶, CÓRDOBA RODA⁴¹⁷ o POLAINO NAVARRETE⁴¹⁸, defiende un concepto amplio de domicilio. Estos autores consideran más apropiada esta tesis puesto que la finalidad que persigue el allanamiento de morada es tutelar la inviolabilidad de domicilio, que es una garantía jurídica fundamental y una manifestación concreta de la intimidad personal, de manera que todos los lugares de residencia, sea o no habitual, en cuanto sirven para preservar la intimidad y permiten el desarrollo de la libre personalidad, están comprendidos en el concepto de domicilio a efectos del delito de allanamiento de morada. Por morada debe entenderse un espacio generalmente cerrado, separado del mundo exterior, donde el morador desarrolla su libertad más íntima, con posibilidad de exclusión de terceros, y sin estar sujeto a los usos y convenciones sociales. Se incluyen también las dependencias o aledaños que constituyan el entorno de la vida privada de los moradores, en tanto se encuentren conectadas con la misma⁴¹⁹.

Especial...cit., pág. 383; MIMBRERA TORRES, E. en CRUZ DE PABLO, J.A. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 445; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (Dir.), LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 1594; CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARAN, M.: *Comentarios al Código Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 491; GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, págs. 814 y ss; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 271; CONDE PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): *Código Penal comentado...cit.*, pág. 627; ARROYO ZAPATERO, L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FERRÉ OLIVÉ, J.C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J.R., TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 480; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español, Parte Especial...cit.*, pág. 252; RODRÍGUEZ PADRÓN, C.: *La protección penal del domicilio...cit.*, pág. 97.

⁴¹⁴ Vid. JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada...cit.*, pág. 97.

⁴¹⁵ Vid. CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en VIVES ANTÓN, T., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 329.

⁴¹⁶ Vid. MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Destino, Barcelona, 1984, págs. 165 y ss.

⁴¹⁷ Vid. CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARAN, M.: *Comentarios al Código Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 491.

⁴¹⁸ Vid. POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial...cit.*, págs. 256-257.

⁴¹⁹ Como indica SUÁREZ MONTES, si el código penal equipara la protección de la morada y sus dependencias en el requisito primero de la legítima defensa, esta equiparación debe hacerse extensiva al allanamiento.

A nuestro juicio esta postura es la más adecuada, ya que lo que se protege es la intimidad domiciliaria, y ésta se puede desarrollar en cualquier espacio apto para ejercer la vida privada, con independencia de su configuración, habitualidad de uso,... Si mantenemos esto, el concepto de morada puede abarcar multitud de lugares, por lo que no se puede establecer una definición estricta de la misma, sino que esa acepción debe ser amplia. En consecuencia, no cabe una definición restringida de la misma, sino que ha de acogerse una noción amplia, que viene a coincidir con el concepto constitucional de domicilio.

4.2. CONCEPTO CONSTITUCIONAL

El artículo 18.2 de la Constitución consagra la inviolabilidad del domicilio, pero no ofrece una definición del mismo. En principio ello implica una remisión a las definiciones que nos den otras normas legales, pero existe unanimidad en la doctrina en afirmar que a efectos de este artículo no sirven los conceptos de otras ramas del ordenamiento jurídico⁴²⁰.

Por lo tanto resulta imprescindible acudir a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución. Para determinar el concepto de domicilio, la doctrina de este tribunal ha atendido a los precedentes legislativos y a la tradición jurídica, así como a los intereses

⁴²⁰ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Parte Especial...*cit., pág. 323; SUÁREZ MONTES, R.: *El delito de allanamiento de morada...*cit., pág. 868; JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada...*cit., pág. 46; MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial...*cit., pág. 513; CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal, Parte Especial...*cit., pág. 329; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 597; RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Dir.), MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coord.): *Código Penal, Concordado y Comentado...*cit., pág. 883; GONZÁLEZ RUS, J.J. en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...*cit., pág. 383; MIMBRERA TORRES, E. en CRUZ DE PABLO, J.A. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 445; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (Dir.), LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 1594; CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARAN, M.: *Comentarios al Código Penal, Parte Especial...*cit., pág. 491.

objeto de protección. Conforme a esta interpretación, y a partir de la STC 22/1984, de 17 de febrero, el tribunal da una noción muy amplia por remisión al concepto de privacidad o intimidad, ya que relaciona la vida privada con la protección del domicilio. Así, el domicilio al que se refiere el artículo 18.2 es cualquier lugar donde el individuo desarrolle su vida privada, con independencia de que resida habitualmente en el mismo. Además, no es preciso que se trate de un inmueble, basta con que sea un espacio en que el individuo pueda desarrollar una actividad privada, y con independencia del título en que se posea⁴²¹.

La noción constitucional de domicilio tiene perfiles propios, que la hacen diferente del concepto de domicilio en el campo civil, procesal o administrativo. Son dos notas fundamentales las que determinan este concepto: espacio físico y vida privada. El criterio esencial para calificar como domicilio un determinado espacio es que sirva de manera habitual y efectiva como residencia, o aunque su uso sea ocasional, su destino específico sea servir a dicho fin. Ello supone que deben considerarse incluidos habitáculos que, aunque su finalidad inicial y habitual no sea la de servir de residencia, cumplan de manera efectiva dicha función, como los automóviles, habitaciones de hotel, etcétera.

El domicilio de las personas jurídicas plantea problemas mayores, ya que no puede aceptarse que esta garantía constitucional ampare cualquier local a disposición de la persona jurídica. Desde un punto de vista funcional se incluirían aquellos recintos en los que de manera efectiva tiene lugar una actividad privada de la persona jurídica, y mientras dicha actividad se desarrolla⁴²².

Vamos a analizar algunos de los pronunciamientos más significativos del Tribunal Constitucional sobre el concepto de domicilio.

⁴²¹ Afirma el TC que “*el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima*” (STC 22/1984, de 17 de febrero).

⁴²² Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 275.

Hay que partir de la STC 22/1984, de 17 de febrero, que estableció un concepto amplio de domicilio a efectos de la protección conferida por el derecho a la inviolabilidad del domicilio reconocido en el artículo 18.2 de la Constitución. En esta sentencia el tribunal estimó parcialmente un recurso de amparo interpuesto contra determinados actos jurídicos y vías de hecho, producidos por el Ayuntamiento de Murcia en relación con el desalojo de una vivienda a consecuencia de una orden de derribo de la misma, reconociendo el derecho de la recurrente a la inviolabilidad de domicilio. En el Fundamento Jurídico 2º afirma que *“la idea de domicilio que utiliza el artículo 18 de la Constitución no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de derecho privado, y en especial en el artículo 40 del Código Civil, como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones(...)* La protección constitucional de domicilio es una protección de carácter instrumental, que define los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona. Por ello, 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). Todo ello obliga a mantener, por lo menos prima facie, un concepto constitucional de domicilio de mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico administrativo”. Y añade que *“la inviolabilidad del domicilio, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido para garantizar el ámbito de privacidad de ésta dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exenta o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública. Como se ha dicho acertadamente, el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella. Interpretada en este sentido, 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 toda clase de invasiones, incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos”.

Siguiendo la doctrina sentada por la sentencia precedente, la STC 50/1995, de 23 de febrero, señaló que la protección del domicilio tiene un carácter instrumental para la defensa del ámbito en el cual se desarrolla la vida privada, por lo que *“existe, pues, un nexo indisoluble de tal sacralidad de la sede existencial de la persona, que veda toda intromisión y, en concreto, la entrada y el registro de ella y en ella, con el derecho a la intimidad, por lo demás contenido en el mismo precepto que el otro”.*

En esta misma línea, la STC 94/1999, de 31 de mayo, en el Fundamento Jurídico 5º, declara que el concepto constitucional de domicilio es más amplio que el jurídico privado o jurídico-administrativo, dirigidos a otros fines distintos a la protección de la vida privada y de la intimidad, y no admite concepciones reduccionistas. Esta sentencia aclara que *“...el establecimiento de un ámbito de intimidad constitucionalmente protegible no está vinculado a la habitación en sí misma, sino al libre desarrollo de la personalidad y, consecuentemente, no necesita estar físicamente vinculado al ámbito espacial en el que el ciudadano habita con cierta permanencia”.*

La STC 119/2001, de 24 de mayo, en los Fundamentos Jurídicos 5º y 6º, conecta la protección del domicilio con el derecho a la intimidad personal y familiar indicando que *“en relación con el derecho fundamental a la integridad física y moral, este tribunal ha tenido ocasión de señalar que su ámbito constitucionalmente garantizado protege “la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular” (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8; 215/1994, de 14 de julio, FJ 4; 35/1996, de 11 de marzo, FJ 3, y 207/1996, de 15 de diciembre, FJ 2). Por lo que se refiere al derecho a la intimidad personal y familiar, hemos declarado reiteradamente que tiene por objeto la protección de un ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de*

terceros, sean éstos poderes públicos o particulares, en contra de su voluntad (por todas, SSTC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8, y 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6). Igualmente, hemos puesto de relieve que este derecho fundamental se halla estrictamente vinculado a la propia personalidad y deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce (STC 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2 y las resoluciones allí citadas), e implica "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana" (STC 186/2000). Por último, este mismo tribunal ha identificado como "domicilio inviolable" el espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y donde ejerce su libertad más íntima (por todas, STC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 9 b). Consecuentemente, hemos señalado que el objeto específico de protección en este derecho fundamental es tanto el espacio físico en sí mismo como también lo que en él hay de emanación de la persona que lo habita (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5). Partiendo de la doctrina aquí expuesta en apretada síntesis, debemos señalar que estos derechos han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales. En efecto, habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos (STC 12/1994, de 17 de enero, FJ 6), se hace imprescindible asegurar su protección (...)". Señala el tribunal que el objeto de protección de los derechos reconocidos por el artículo 18 hace referencia a un ámbito de la vida de las personas excluido tanto del conocimiento ajeno como de las intromisiones de terceros, y que la delimitación de este ámbito ha de hacerse en función del libre desarrollo de la personalidad. De acuerdo con esto, afirma la sentencia que uno de dichos ámbitos es el domiciliario por ser aquél en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima.

Así mismo resulta interesante la STC 10/2002, de 17 de enero, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 557 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal porque excluía del concepto de domicilio a efectos de su protección constitucional las habitaciones de los establecimientos hoteleros. Recuerda el tribunal que *“el rasgo esencial que define el domicilio a efectos de la protección dispensada por el artículo 18.2 CE reside en la aptitud para desarrollar en él la vida privada y en su destino específico a tal desarrollo, aunque sea eventual. Ello significa que su destino o uso constituye el elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos, de manera que son irrelevantes su ubicación, configuración física, carácter mueble o inmueble, existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso o la intensidad o periodicidad con la que se desarrolle en el mismo la vida privada.”* Y aclara el tribunal que *“si bien el efectivo desarrollo de la vida privada es el factor determinante de la aptitud concreta para la consideración de domicilio, de aquí no se deriva que dicha aptitud no pueda inferirse de alguna de estas notas o de otras, en la medida que representen características objetivas conforme a las cuales sea posible delimitar los espacios que pueden y suelen ser utilizados para desarrollar la vida privada”*. En consecuencia, la habitación que se ocupa en un establecimiento hotelero se encuentra protegida por el artículo 18 por cuanto constituyen lugares propios donde las personas en ellos alojadas ejercen las actividades propias de intimidad y privacidad.

El carácter instrumental de la protección constitucional del domicilio respecto de la tutela de la intimidad personal y familiar exige que, con independencia de la configuración física del espacio, sus signos externos revelen la clara voluntad de su titular de excluir de dicho espacio y la actividad en él desarrollada del conocimiento e intromisiones de terceros.

De ello se deduce, como ha señalado la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Niemitz contra Alemania, de 16 de diciembre de 1992, que el derecho fundamental no se limita a la protección de la habitación o la morada, sino a la protección de la intimidad, y ésta no se reduce

al lugar donde se encuentra el dormitorio, salón, despacho,... sino que se extiende a la protección de la vida privada de los ciudadanos.

Respecto al domicilio de las personas jurídicas, el Tribunal Constitucional, entre otras en las SSTC 228/97, 283/00, 69/99, 144/87 y 64/88, ha aclarado que la Constitución *“al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente de las personas jurídicas”*.

Si bien esta afirmación es cierta, se han hecho matizaciones, entre ellas la consideración de la naturaleza y especialidad de fines de dichas personas. Así, la STC 137/85, de 17 de octubre, en el Fundamento Jurídico 2º establece que *“ausente de nuestro ordenamiento constitucional un precepto similar al que integra el artículo 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn, según el cual los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, por su naturaleza, les resulten aplicables, lo que ha permitido que la jurisprudencia aplicativa de tal norma entienda que el derecho a la inviolabilidad del domicilio conviene también a las entidades mercantiles, parece claro que nuestro texto constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas, del mismo modo que este tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse respecto de otros derechos fundamentales, como pueden ser los fijados en el artículo 24 CE, sobre prestación de tutela judicial efectiva(...). Este es también criterio aceptado por la doctrina generalizada en otros países, como pueden ser, dentro de Europa, en Alemania, Italia y Austria, donde se sigue un criterio que puede reputarse extensivo, llegado el momento de resolver esta misma cuestión, pudiendo entenderse que este derecho a la inviolabilidad del domicilio tiene también justificación en el supuesto de personas jurídicas y posee una naturaleza que en modo alguno repugna la posibilidad de aplicación a estas últimas, las que también pueden ser titulares legítimos de viviendas, las que no pueden perder su carácter por el hecho de que el titular sea uno u otro, derecho fundamental que cumple su sentido y su fin también en el caso de que*

se incluya en el círculo de los titulares de este derecho fundamental a personas jurídicas u otras colectividades. En suma, 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 aparezca o sea incompatible con la naturaleza y la especialidad de fines del ente colectivo”.

Por lo tanto, podemos afirmar que las personas jurídicas, en tanto titulares de ciertos espacios que por la actividad que en ellos se realiza requieren una protección frente a la intromisión ajena, sí gozan de la protección del domicilio, pero el contenido de este derecho no es idéntico respecto a las personas físicas.

En efecto, el núcleo esencial del domicilio constitucionalmente protegido es el domicilio en cuanto morada de las personas físicas y reducto de su intimidad personal y familiar, pero existen otros ámbitos que gozan de una intensidad menor de protección, como el domicilio de las personas jurídicas. En atención a la naturaleza y la especificidad de los fines de dichas personas, ha de entenderse que la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas sólo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros⁴²³.

⁴²³ Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 275; SUÁREZ MONTES, R.: *El delito de allanamiento de morada...cit.*, pág. 868; JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada...cit.*, pág. 46; MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial...cit.*, pág. 516; CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal, Parte Especial...cit.*, pág. 331; GONZÁLEZ RUS, J.J. en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho*

Por lo tanto, debe aplicarse la protección recogida en el código penal a los establecimientos abiertos al público, siempre que la entrada y registro incluya aquellas partes a las que no tiene acceso el público⁴²⁴.

La protección se extiende también a los lugares de acceso dependientes del consentimiento de su titular⁴²⁵, pero no es extensible a aquellos lugares cerrados que por su afectación, como ocurre con las fábricas, almacenes, oficinas y locales comerciales, tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad⁴²⁶. Resulta lógico que queden excluidos aquellos lugares destinados únicamente al almacenamiento o depósito de mercancías y demás enseres, ya que aquí no se puede salvaguardar intimidad alguna.

En conclusión y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional expuesta podemos afirmar que el rasgo esencial que define el domicilio se encuentra en la aptitud para desarrollar en él la vida privada y en su destino a ese desarrollo, aunque sea eventual. Lo que resulta por tanto fundamental es su destino o uso, siendo a priori irrelevantes su ubicación, configuración física, carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico en virtud del cual se utilice, o la intensidad o periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo.

Siguiendo esta línea jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha considerado domicilio, por ejemplo, habitaciones de hoteles⁴²⁷ o pisos alquilados⁴²⁸.

Penal Español, Parte Especial...cit., pág. 386; MIMBRERA TORRES, E. en CRUZ DE PABLO, J.A. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 455; CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARAN, M.: *Comentarios al Código Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 495.

⁴²⁴ Vid. GISBERT GISBERT, A.: *La inviolabilidad del domicilio (Breves apuntes sobre el concepto de domicilio)*, en *Revista General de Derecho*, 1991, pág. 1145.

⁴²⁵ Vid. STC 283/2000, de 27 de noviembre.

⁴²⁶ Vid. STC 228/1997, de 16 de diciembre, que no considera domicilio los locales destinados a almacén de mercancías. En el mismo sentido la STS de 11 de febrero de 2000 establece que no constituyen morada los almacenes, restaurantes, depósitos bares,... salvo que excepcionalmente contengan elementos de privacidad.

⁴²⁷ Vid. STC 10/2002, de 17 de enero. El tribunal entiende que las habitaciones de hotel son lugares idóneos para que en ellas se desarrolle la vida privada de sus huéspedes, habida

Este rasgo esencial delimita negativamente los espacios que no pueden considerarse domicilio: por un lado, aquellos en los que se demuestre de forma efectiva que se han destinado a cualquier actividad distinta a la vida privada; por otro, los espacios que, por sus propias características, nunca podrían ser considerados aptos para desarrollar en ellos la vida privada, esto es, los espacios abiertos. En este sentido, si bien no todo espacio cerrado constituye domicilio, ni tampoco deja de serlo un lugar por estar circunstancialmente abierto, es consustancial a la noción de vida privada, el carácter acotado respecto al exterior del espacio en el que se desarrolla.

4.3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado en la línea mantenida por el Tribunal Constitucional ratificando que el domicilio a efectos penales se define mediante una situación de hecho de desarrollo de la vida privada en un habitáculo determinado, separado del mundo exterior, que puede ser cualquier espacio, incluso una construcción provisional y/o precaria y con independencia del título jurídico en virtud del cual se ocupe.

Ya la STS de 5 de junio de 1991 lo definía como *“el núcleo o espacio acotado que la persona reserva para desarrollar sus actividades domésticas y sustraerse a las relaciones personales y sociales no deseadas y constituye un ámbito o reducto que resulta infranqueable para aquellas personas a las que el titular de la vivienda no conceda expresa o tácitamente la autorización para traspasar su umbral y permanecer en ella. Constituye además un complemento natural y necesario de la intimidad personal y familiar que utiliza la propia persona como refugio para sustraerse a la curiosidad pública, por lo que en la*

cuenta que el destino habitual de las habitaciones de hotel es realizar actividades enmarcables genéricamente en la vida privada.

⁴²⁸ Vid. STC 94/1999, de 31 de mayo. Califica como domicilio los pisos alquilados por cuanto en ellos, la persona o personas que tienen su posesión y disfrute, pueden vivir sin estar sujetos a las convenciones y usos sociales, ejerciendo su libertad más íntima.

mayoría de textos constitucionales se sitúa la inviolabilidad del domicilio en el catálogo de los bienes que merecen la protección constitucional como establece nuestro texto político en el artículo 18.2 exigiendo el consentimiento del titular para la entrada o registro salvo las excepciones taxativa y limitativamente previstas en los casos de autorización o mandamiento judicial y flagrante delito”.

La STS de 20 de enero de 1994 señala que el primer requisito para apreciar el delito de allanamiento de morada es que la acción tenga por objeto un espacio físico que merezca ser considerado morada de una persona. El delito de allanamiento de morada protege la intimidad de la persona, no se defiende ni la propiedad, ni la posesión, ni ningún otro derecho personal o real en sentido patrimonial. Por tanto, es imprescindible que exista una morada ajena invadida. Continúa diciendo la sentencia que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha protegido, en una jurisprudencia rectilínea, como uno de los valores más importantes reconocidos en la Constitución, el domicilio de las personas físicas, concepto que ha de correlacionarse con el delito de allanamiento de morada. Morada y domicilio se identifican.

Las SSTS de 14 de junio de 1995 y de 4 de marzo de 1997, siguiendo la doctrina de la STS de 19 de enero de 1995, señalan que el derecho fundamental a la intimidad personal proclamado en el artículo 18.1 de la Constitución se concreta en la posibilidad de cada ciudadano de erigir ámbitos privados, que excluyen la observación de los demás y de las autoridades del estado. Este derecho se deriva directamente del derecho al libre desarrollo de la personalidad, de lo que se deduce que el domicilio, en el sentido de la Constitución, no es sólo el lugar donde habitualmente se pernocta o donde se realizan otras actividades cotidianas habituales, sino también el ámbito cerrado erigido por una persona para desarrollar en él alguna actividad. Estas sentencias remarcan que la legislación ordinaria no ha concretado de manera expresa el concepto constitucional de domicilio, como ámbito de intimidad protegible. Sin embargo, apuntan que el artículo 87.2 LOPJ demuestra que el ámbito de intimidad que corresponde al derecho fundamental es más amplio

que el de habitación o morada. Esta disposición reconoce la existencia de domicilios y de otros edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento del titular, es decir, que no constituyen morada en sentido estricto. Por tanto, el establecimiento de un ámbito de intimidad constitucionalmente protegible no está vinculado a la habitación en sí mismo, sino al libre desarrollo de la personalidad y, en consecuencia, no necesita estar físicamente vinculado al ámbito espacial en el que el ciudadano habita con cierta frecuencia. En conclusión, el concepto de domicilio del artículo 18.2 de la Constitución es un concepto funcional, que deberemos analizar en el caso concreto, centrado en la idea de lugar en el que se ejerce el derecho a la vida privada personal y familiar o al derecho al libre desarrollo de la personalidad, y por lo tanto no es coincidente con los conceptos de domicilio propios del derecho civil o del derecho administrativo, ni tampoco necesariamente coincidente con los de morada y casa habitada empleados por el código penal. Continúan aclarando que el código penal castiga no sólo el allanamiento de morada de las persona físicas, sino también el de las personas jurídicas, despachos profesionales, oficinas y establecimientos mercantiles y locales abiertos al público cuando se hallen cerrados. Pero *“la equiparación penal del domicilio con todos estos otros lugares cerrados viene a coincidir con la extensión jurisprudencial del concepto constitucional de domicilio a todo lugar en que se desarrolle la vida privada”*.

Es interesante la STS de 15 de febrero de 1997 que apunta que *“esa casuística enseña que por domicilio puede entenderse desde la vivienda habitual o esporádica- lo que se ha dado en llamar segunda vivienda-, pasando por una habitación con puerta independiente y sólo dotada de un televisor y una caja para sentarse, o una simple chabola habitada, hasta llegar a una tienda de campaña, una roulotte o una habitación de hotel”*⁴²⁹.

La STS de 7 de noviembre de 1997 afirma que el concepto de domicilio no puede ceñirse al de lugar que sirve de morada habitual al individuo, sino que

⁴²⁹ Vid. STS de 6 de octubre de 2010, que condena por allanamiento de morada un supuesto de entrada en un cortijo, que no era vivienda habitual.

ha de entenderse de modo amplio y flexible, ya que trata de defender los ámbitos en los que se desarrolla la vida privada de las personas: *“se trata de garantizar el ámbito de privacidad, lo que obliga a mantener un concepto constitucional de domicilio de mayor amplitud que el concepto jurídico-privado o jurídico-administrativo, ya que con el domicilio 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”*.

Cabe señalar que hay SSTs como la de 19 de enero o la de 6 de noviembre de 1995, que llegan a calificar como domicilio incluso un piso alquilado cuyo destino no era otro que el de guardar heroína u otros productos estupefacientes, al considerar que por domicilio ha de entenderse, no sólo el lugar donde se desarrolla la vida cotidiana, sino también aquel donde se practique una actividad. Aclara el Tribunal Supremo en la STS de 19 de enero de 1995 que *“es claro, por tanto, que el establecimiento de un ámbito de intimidad constitucionalmente protegible no está vinculado a la habitación en sí misma, sino al libre desarrollo de la personalidad, y consecuentemente, no necesita estar físicamente vinculado al ámbito espacial en el que el ciudadano habita con cierta frecuencia. De todo ello se deduce que el que alquila un piso goza de la protección constitucional, aunque no habite el lugar en forma permanente, toda vez que el derecho fundamental no se limita a la protección de la habitación o morada, sino a la protección de la intimidad y ésta no se reduce al lugar en el que se encuentran el dormitorio, el salón, el despacho, la cocina, etcétera, sino que se extiende a la protección de la vida privada de los ciudadanos en el sentido antes expuesto”*.

Sintéticamente y recogiendo las ideas ya expresadas, la STS de 23 de enero de 1998 indica que el domicilio supone la *“existencia de un espacio en el que la persona ejerce sus vivencias más íntimas, sin sometimiento alguno a usos y convenciones sociales. Es, en suma, el lugar donde llegan a sus máximas consecuencias el ámbito de privacidad, de tal manera que la protección constitucional afecta no sólo al espacio físico en sí mismo considerado, sino también a lo que en él hay de emanación del yo individual”*.

La STS de 13 de julio de 2001, señala que *“la protección constitucional del artículo 18.2 CE trata de defender los ámbitos en los que se desarrolla la vida privada de las personas en el territorio espacial elegido, dentro del largo, del ancho y del alto con que se constituye el habitáculo común. Domicilio, a estos efectos, es morada fija y permanente o el lugar en que legalmente se considera establecida una persona para el cumplimiento de sus obligaciones y para el ejercicio de sus derechos, espacio en suma que ha de quedar por eso exento o inmune frente a las agresiones exteriores de otras personas o de la misma Autoridad Judicial”*.

Recogiendo los pronunciamientos anteriores, la STS de 2 de febrero de 2006 recuerda que *“el derecho a la inviolabilidad del domicilio, decía la Sentencia 10/2002, de 17 de enero del Tribunal Constitucional, protege un ámbito espacial determinado, el “domicilio”, por ser aquel en que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima, siendo objeto de protección de este derecho tanto el espacio físico como lo que en él hay de emanación de la persona y su esfera privada.”*

4.4. CARACTERÍSTICAS DEL CONCEPTO DE DOMICILIO

Siguiendo la doctrina jurisprudencial expuesta, la mayoría de los autores españoles⁴³⁰ citan cuatro requisitos básicos para configurar el concepto de morada, de acuerdo con los que en su día enumeró SUÁREZ MONTES⁴³¹:

⁴³⁰ Vid. BOIX REIG, J., GARCÍA RIVAS, N., JUANATEY DORADO, C., JAREÑO LEAL, A., DOVAL PAÍS, A., LLORIA GARCÍA, P., ANARTE BORRALLA, E., GRIMA LIZANDRA, V., AGUADO LÓPEZ, S.: *Derecho Penal, parte Especial, Vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales...cit.*, pág. 475; JUANES PECES, A., en CONDE PUMPIDO TOURÓN, C. (Dir.), LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, (Coord.): *Comentarios al Código Penal*, tomo 2, Bosch, Barcelona, 2007, pág. 1594; CONDE PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): *Código Penal comentado...cit.*, pág. 627; MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial...cit.*, pág. 513; CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal, Parte Especial...cit.*, pág. 329; RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Dir.), MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coord.):

1º. Debe tratarse de un ESPACIO ACOTADO, al menos parcialmente, de manera que aparezca separado del mundo exterior. En este sentido se pronuncia la STC 10/2002, de 17 de enero, al afirmar que “*si bien no todo espacio cerrado constituye domicilio, no deja de serlo una vivienda por estar circunstancialmente abierta, sin embargo, es consustancial a la noción de vida privada y, por tanto, al tipo de uso que define el domicilio, el carácter acotado del exterior del espacio en el que se desarrolla.*” Ahora bien, resulta indiferente su configuración física concreta, ya que tal y como dice SUÁREZ MONTES “*es accidental que se trate o no de un inmueble, así como la mayor o menor solidez y estabilidad del espacio, su amplitud, estructura y demás características intrínsecas*⁴³²”. La morada, por tanto, puede ser tanto mueble

Código Penal, Concordado y comentado...cit., pág. 883; GONZÁLEZ RUS, J.J. en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...cit.,* pág. 383; MIMBRERA TORRES, E. en CRUZ DE PABLO, J.A. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.,* pág. 445; CORCOY BIDASOLO, M.: *Derecho Penal, Parte Especial, doctrina y jurisprudencia...cit.,* págs. 283 y ss; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (Dir.), LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.,* pág. 1594; CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARAN, M.: *Comentarios al Código Penal, Parte Especial...cit.,* pág. 491; GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...cit.,* págs. 814 y ss; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial...cit.,* pág. 271; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), MANJÓN CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PUSCHEL, A. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...cit.,* pág. 811; ARROYO ZAPATERO, L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FERRÉ OLIVÉ, J.C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J.R., TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Comentarios al Código Penal...cit.,* pág. 480; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.), JUDEL PRIETO, A., PIÑEL RODRÍGUEZ, R.: *Manual de Derecho Penal... cit.,* pág. 204; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español, Parte Especial...cit.,* pág. 252; SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal, Parte Especial...cit.,* pág. 189; VIVES ANTÓN, T. (Coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995...cit.,* pág. 1016; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. y ROMEO CASABONA, C.M. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.,* págs. 889 y ss.; GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., FIGUEROA NAVARRO, C.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial (Adaptadas a la docencia del Plan Bolonia)...cit.,* pág. 73. Estos requisitos son seguidos también por BORJA JIMÉNEZ en su Tesis Doctoral. Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: *El allanamiento de morada, Tesis Doctoral...cit.,* págs. 210 y ss, si bien este autor defiende una noción estricta del término morada, restrictiva y material.

⁴³¹ Vid. SUÁREZ MONTES, R.: *El delito de allanamiento de morada...cit.,* págs. 869 y ss.

⁴³² Vid. SUÁREZ MONTES, R.: *El delito de allanamiento de morada...cit.,* págs. 869 y ss.

como inmueble⁴³³. Así, la jurisprudencia ha considerado domicilio una cueva, una choza, una tienda de campaña o una embarcación de recreo.

2º. El destino del espacio debe ser el DESARROLLO DE ACTIVIDADES PROPIAS DE LA VIDA PRIVADA, PROFESIONAL O FAMILIAR. La precitada STC 10/2002, de 17 de enero, señala que *“el rasgo esencial que define el domicilio a los efectos de la protección dispensada por el art. 18.2 CE reside en la aptitud para desarrollar la vida privada y en su destino específico a tal desarrollo aunque sea eventual”*. Por lo tanto, y siguiendo esta sentencia, no se pueden considerar domicilio aquellos espacios destinados a cualquier actividad distinta de la vida privada, o aquellos que por sus propias características nunca puedan considerarse aptos para desarrollar la vida privada⁴³⁴. El destino o uso del espacio constituye, por tanto, un elemento definidor esencial⁴³⁵.

3º. Es necesario QUE EL USO DE LA MORADA SEA ACTUAL. SUÁREZ MONTES aclara que *“la protección penal no tiene lugar respecto a los lugares destinados sólo genéricamente a morada, pero aún no ocupados o ya abandonados”*. Una vez quede confirmada la actualidad del uso, será irrelevante el carácter permanente o temporal de dicho uso, así como la presencia del sujeto pasivo en el momento de delito⁴³⁶. Respecto a este

⁴³³ Vid. CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal, Parte Especial...*cit., pág. 329; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.), JUDEL PRIETO, A., PIÑEL RODRÍGUEZ, J.R.: *Manual de Derecho Penal...*cit., pág. 204.

⁴³⁴ Este aspecto fue criticado por BORJA JIMÉNEZ dada la regulación anterior del delito en el artículo 490 del código penal anterior. Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: *El allanamiento de morada, Tesis Doctoral...*cit., págs. 210 y ss.

⁴³⁵ Vid. SANZ MORÁN, A.J.: *Algunas observaciones...*, cit., pág.327; GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...*cit., págs. 814 y ss; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial...*cit., pág. 271; CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.): *Derecho Penal, Parte Especial, doctrina y jurisprudencia...*cit., págs. 283 y ss.

⁴³⁶ Vid. JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada...*cit., pág. 50; el mismo en *El delito...*cit., pág. 1366 y el mismo en *Artículo 202...*cit., pág. 312; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), MANJÓN CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PUSCHEL, A. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte...*cit., pág. 811; RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Dir.), MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coord.): *Código Penal, Concordado y comentado...*cit., pág. 883; GONZÁLEZ RUS, J.J. en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...*cit., pág. 383.

extremo, la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, consideran irrelevantes la habitualidad o periodicidad de uso del espacio, considerando que existe allanamiento de morada respecto a la segunda vivienda, ocupada sólo de manera temporal. Esta nota de accidentalidad es uno de los elementos diferenciadores del domicilio penalmente protegido. MORALES PRATS⁴³⁷ ha enumerado los elementos que deben definir la actualidad del uso:

- Debe ser un lugar destinado a desarrollar actividades propias de la vida privada del morador.
- Debe constatarse la voluntad del morador de exclusión de terceros.
- El lugar tiene que ser adecuado para el libre desarrollo de la personalidad del individuo.

4º. Finalmente es necesario que concorra la nota de LEGITIMIDAD DE USO. SUÁREZ MONTES afirma que “*el lugar tomado como morada ha de ser poseído en virtud de algún título legítimo, siendo indiferente que consista en una relación jurídica formal (propiedad, arrendamiento, etcétera), o bien en una situación de hecho reconocida por el derecho (precario, convivencia familiar, etcétera)*”.⁴³⁸ Es indiferente el título en virtud del cual se ocupe la morada, con tal que sea legítimo⁴³⁹.

Estos cuatro requisitos que ya anunció SUÁREZ MONTES se acomodan perfectamente y siguen las líneas jurisprudenciales expuestas, por lo que

⁴³⁷ Vid. MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial...*cit., págs. 513 y ss.

⁴³⁸ Vid. JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada...*cit., pág. 50; el mismo en *El delito de allanamiento...*cit., pág. 1366 y el mismo en *Artículo 202...*cit., pág. 313.

⁴³⁹ Vid. MIMBRERA TORRES, E. en CRUZ DE PABLO, J.A. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 445; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial...*cit., pág. 271; GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...*cit., págs. 814 y ss.

entendemos que deben tenerse en cuenta a la hora de calificar como domicilio un determinado espacio⁴⁴⁰.

4.5. CASOS PARTICULARES

4.5.1. VIVIENDAS DESHABITADAS

Bajo el texto punitivo anterior la doctrina⁴⁴¹ venía considerando que la ocupación de viviendas deshabitadas no podía calificarse como delito de allanamiento de morada, ya que dicha conducta no afectaría a la intimidad personal, que es lo que se trata de proteger con este delito. Así, los autores intentaban encajarla en otros tipos penales, como el delito de coacciones o el de usurpación, regulado en el artículo 517 del código penal⁴⁴² anterior, manifestando la necesidad de que se regulase expresamente este supuesto y se incorporase una nueva figura típica del delito de usurpación en el código penal.

Esta cuestión ha quedado zanjada con la incorporación en el Código Penal de 1995⁴⁴³ de una modalidad específica de usurpación⁴⁴⁴.

⁴⁴⁰ BORJA JIMÉNEZ considera que la legitimidad de uso no es un requisito esencial, y además señala otra característica: la libertad de uso. *Vid.* BORJA JIMÉNEZ, E.: *El allanamiento de morada, Tesis Doctoral...cit.*, págs. 219 y ss.

⁴⁴¹ *Vid.* JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada...cit.*, pág. 58; SUÁREZ MONTES, R.: *El delito de allanamiento de morada...cit.*, págs. 10 y ss; LARRAURI PIJOAN, E.: *El allanamiento de morada y el derecho a la vivienda*, en C.P.C., nº 23 (1984), págs. 291 y ss; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. y ROMEO CASABONA, C.M. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 891. En este sentido se manifiesta BORJA JIMÉNEZ en su Tesis. *Vid.* BORJA JIMÉNEZ, E.: *El allanamiento de morada, Tesis Doctoral...cit.*, págs. 241 y ss; MAGRO SERVET, V.: *Casuística sobre el concepto penal de domicilio en la diligencia de entrada y registro*, La Ley, fascículo 2002-2, pág. 1769.

⁴⁴² El artículo 517 señalaba: “Al que con violencia o intimidación en las personas ocupara una cosa inmueble o usurpare un derecho real de ajena pertenecía se impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias que causare, una multa de cincuenta al cien por ciento de la utilidad que haya reportado, sin que pueda bajar de 30.000 pesetas”.

⁴⁴³ El artículo 245.2 del CP 1995 establece: “El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.”

Junto con esto, cabe destacar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras las SSTS de 14 de enero de 1992, 14 de noviembre de 1993, 18 de febrero de 1994, de 10 de junio y 6 de noviembre de 1995, de 11 de octubre de 1996, de 15 de febrero de 1997, de 3 de marzo y 13 de octubre de 1999, de 7 de mayo de 2003 y de 9 de marzo de 2015 señalan que no tienen la consideración de domicilio a efectos de allanamiento las casas efectivamente deshabitadas o que aún no han sido ocupadas, salvo que pese al aspecto externo de abandono sirvan de vivienda a sus ocupantes.

Si lo que tratamos de proteger es el desarrollo de la vida privada, no tiene ningún sentido otorgar dicha protección a lugares donde no se desarrolla intimidad alguna, como es el caso de las viviendas realmente desocupadas.

4.5.2. CASAS RUINOSAS

Si bien es cierto que existen diversos espacios y ámbitos que pueden calificarse como morada, siempre que estén vinculados al ejercicio de la

⁴⁴⁴ La doctrina más moderna entiende que cuando el lugar no esté habitado de forma real y actual, se aplicará el artículo 245 del CP. *Vid.* CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal, Parte Especial...cit.*, pág. 329; MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial...cit.*, pág. 513; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 271; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), MANJÓN CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PUSCHEL, A. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...cit.*, pág. 811; JUANES PECES, A., en CONDE PUMPIDO TOURÓN, C. (Dir.), LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, (Coord.): *Comentarios al Código Penal*, tomo 2, Bosch, Barcelona 2007, pág. 1594; ARROYO ZAPATERO, L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FERRÉ OLIVÉ, J.C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J.R., TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 480; CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARAN, M.: *Comentarios al Código Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 491; LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.): *Derecho penal, Parte Especial...cit.*, pág. 193; GONZÁLEZ RUS, J.J. en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...cit.*, pág. 383; MIMBRERA TORRES, E. en CRUZ DE PABLO, J.A. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 445; CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.): *Derecho Penal, Parte Especial, doctrina y jurisprudencia...cit.*, pág. 284; RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Dir.), MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coord.): *Código Penal, Concordado y comentado...cit.*, pág. 883; VIVES ANTÓN, T. (Coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995...cit.*, pág. 1017; CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba penal...cit.*, págs. 1155 y ss.

libertad individual necesarios para el libre desarrollo de la personalidad, estos lugares han de ser adecuados para resguardar la privacidad del individuo. De ahí que la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴⁴⁵ entienda que un edificio abandonado y en estado ruinoso no puede albergar la vida privada de una persona, por lo que no puede considerarse domicilio protegido a los efectos de la aplicación del tipo penal cuyo estudio nos ocupa. Difícilmente puede identificarse como morada una casa que se describe como semiderruida y abandonada.

4.5.3. DEPENDENCIAS

La doctrina mayoritaria⁴⁴⁶ entiende que la protección de la morada se extiende también a sus dependencias (garajes, bodegas,...), ya que el artículo

⁴⁴⁵ Vid. SSTs de 10 de febrero de 1994, de 19 de enero de 1995 y de 27 de septiembre de 1995.

⁴⁴⁶ Vid. Por todos, GONZÁLEZ RUS, J.J. en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...*cit., págs. 363 y ss; JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada...*cit., págs. 55 y ss; el mismo en *El delito...*cit., pág. 1367 y el mismo en *Artículo 202...*cit., pág. 314; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...*cit., págs. 893 y ss; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial...*cit., pág. 271; MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial...*cit., pág. 513; CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal, Parte Especial...*cit., pág. 329; GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 814; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), MANJÓN CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PUSCHEL, A. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...*cit., pág. 811; ARROYO ZAPATERO, L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FERRÉ OLIVÉ, J.C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J.R., TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 480; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.), JUDEL PRIETO, A., PIÑEL RODRÍGUEZ, J.R.: *Manual de Derecho Penal...*cit., pág. 204; CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARAN, M.: *Comentarios al Código Penal, Parte Especial...*cit., pág. 491; MIMBRERA TORRES, E. en CRUZ DE PABLO, J.A. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 445; CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.): *Derecho Penal, Parte Especial, doctrina y jurisprudencia...*cit., pág. 284; CONDE PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): *Código Penal comentado...*cit., pág. 627; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español, Parte Especial...*cit., pág. 252; VIVES ANTÓN, T. (Coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995...*cit., pág. 1017; CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba penal*, tomo II, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 1130; SUÁREZ MONTES, R.: *El delito de allanamiento de morada...*cit., págs. 872 y ss.

20.4 del código penal en el ámbito de la legítima defensa, protege de las entradas indebidas la morada “o sus dependencias”. Esta misma postura es la defendida por el Tribunal Supremo, entre otras, en las SSTS de 11 de noviembre de 1993, 6 de octubre de 1994, de 15 de febrero de 1997, de 17 de noviembre de 2000, 7 de octubre de 2009 y de 22 de marzo de 2010. El Tribunal Supremo entiende que se comprenden dentro de la morada, no sólo las estancias destinadas a la convivencia en intimidad, sino cuantos anejos aledaños o dependencias constituyan el entorno de la vida privada de los moradores. Afirma que el lugar o edificio que constituya un domicilio es físicamente indivisible en lo que se refiere a sus distintos lugares espaciales, pues todas las partes de una casa integran el domicilio, con tal que estén unidas entre sí en comunicación interior y destinadas al servicio constante y exclusivo de los que habitan. De este modo, por ejemplo, la STS de 4 de noviembre de 2002, considera parte de la morada el jardín circundante a un chalet. Establece el tribunal que *“aplicando esta doctrina al caso de autos, la entrada y registro, en los términos anteriormente expuestos, debe ser considerada ilícita:(...) el jardín circundante a un chalet debe ser considerado como parte del domicilio de su titular legítimo, en donde ejerce su intimidad, aunque la puerta de acceso al mismo esté abierta.”* Y continúa diciendo el tribunal: *“En su suma, la interpretación del domicilio, a los efectos que nos ocupan, no puede ceñirse estrictamente al lugar que sirve de morada habitual del individuo. El concepto subyacente en el artículo 18.2 de la CE ha de entenderse de modo amplio y flexible ya que trata de defender los ámbitos en los que se desarrolla la vida privada de las personas, debiendo interpretarse a la luz de los principios que tienden a extender al máximo la protección a la dignidad y a la intimidad de la persona, al desarrollo de su privacidad a través de la cual proyecta su «yo anímico» en múltiples direcciones (cfr. Sentencias del TS de 19 enero y 4 abril de 1995 y 30 de abril de 1996). Se trata de garantizar el ámbito de privacidad, lo que obliga a mantener un concepto constitucional de domicilio, de mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo, ya que con el domicilio 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 (cfr. Sentencia del TC 22/1984, de 17 febrero). En este mismo sentido, la STS de 19 de marzo de 2001. Es más, las dudas, dice nuestra sentencia de 15 de febrero de 1995, deben ser interpretadas en beneficio de los acusados, para dar mayor protección constitucional al concepto de domicilio, por lo que, en definitiva, procede considerar ilícito en el mismo, máxime si no cuenta con los requisitos que anteriormente hemos dejado expuestos, de ineludible observancia”.

Así mismo, la STC 17/1999, de 27 de septiembre, afirma que tanto el garaje como el trastero pertenecen al domicilio siempre que se hallen de algún modo conectados con la vivienda ya que se trata de lugares dependientes de la voluntad de su titular a efectos de privacidad y de la exclusión de terceros⁴⁴⁷.

Ahora bien, también encontramos sentencias, entre otras SSTS de 30 de abril de 1996⁴⁴⁸, de 10 de octubre de 1996⁴⁴⁹, de 15 de febrero de 1997⁴⁵⁰, de 27 de junio de 1997⁴⁵¹, de 22 de diciembre de 2004⁴⁵², de 12 de mayo de 2005⁴⁵³, de 18 de noviembre de 2008⁴⁵⁴, o de 27 de mayo de 2011⁴⁵⁵, que

⁴⁴⁷ Vid. En este sentido SSTS de 31 de diciembre de 2001, de 19 de julio de 2002, de 29 de mayo de 2007 y de 22 de marzo de 2010.

⁴⁴⁸ No se consideran domicilio los zaguanes, ni los patios, ni los ascensores.

⁴⁴⁹ Aclara la sala que la doctrina jurisprudencial ha de merecer una especial matización en aquellos casos en que el garaje forma parte del domicilio como una habitación aneja, pues si es así, entonces el registro del garaje ha de acomodarse a las exigencias constitucionales del artículo 18.2 CE; en el caso de autos, se trataba de una cochera independiente que formaba parte de un conjunto numeroso de cocheras enumeradas y correlativas entre sí, por lo que el tribunal entendió que no merecía la protección constitucional dispensada al domicilio.

⁴⁵⁰ Señala que el tribunal ha considerado que el garaje de una vivienda carece de la condición de domicilio cuando no se halla en comunicación interior con la vivienda y en consecuencia no alberga su intimidad.

⁴⁵¹ Considera esta sentencia que los trasteros de los parkings no gozan de la garantía constitucional del domicilio, en tanto en cuanto el parking no esté conectado directamente con la vivienda.

⁴⁵² No constituye morada un garaje separado de la vivienda por un patio.

⁴⁵³ Tampoco constituye morada un trastero destinado a guardar objetos, sin comunicación directa con la vivienda.

⁴⁵⁴ Dice la Sala Segunda que la inviolabilidad de domicilio no puede ampliarse al registro de un buzón de correos que pertenece a la vivienda.

⁴⁵⁵ Recuerda esta sentencia que “un local que ha sido arrendado por uno de los acusados con el único fin de destinarlo a almacén de mercancías no puede considerarse domicilio. Así lo corrobora el hecho de que en el curso de la diligencia de registro no se haya hecho constar

excluyen determinados espacios del ámbito de protección cuando no se encuentran conectados a la vivienda.

Así, y respecto a los garajes, ha señalado el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de octubre de 2009 que *"en el garaje, las dependencias propias del mismo se destinan a su uso característico y propio y no presentan comunicación directa con los domicilios de cada propietario o titular, por lo que no reúnen las condiciones precisas para que el local sea considerado ámbito de privacidad. Se trata de un lugar cuyo uso se comparte con numerosas personas, todos los titulares de otras plazas y en el que solamente se dispone de un espacio para el aparcamiento de un vehículo, y aun en el caso de que se dispusiera de trastero, esta sala tiene declarado (SSTS. 616/2005 de 12.5, 282/2004 de 1.3) que un trastero o almacén destinado a guardar objetos, sin comunicación directa con la vivienda, no puede considerarse domicilio al no tener relación con el ámbito de privacidad constitucionalmente protegido, y por lo tanto no son aplicables a la entrada y registro en el mismo las reglas derivadas de la protección constitucional del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Consecuentemente si no consta que en el recinto de la plaza de garaje se desarrollara atisbo alguno de vida privada, no puede considerarse como un domicilio ni por lo tanto se le puede atribuir la protección que a éste dispensa la Constitución en el art. 18.2. Así lo ha entendido, la jurisprudencia de esta sala, como se refleja en la STS. 282/2004 de 1.3, que recuerda que "abundantísima doctrina, siempre coincidente (DDTS. 143/99 de 13.10, 1234/97 de 10.10, 686/96 de 10.10, 824/95 de 30.6), define el concepto de domicilio a estos efectos y expresamente rechaza lo sean los trasteros y garajes por no albergar ámbitos en los que se desarrolle la vida privada de las personas". Por lo tanto, con carácter general y dejando a salvo las posibles particularidades de otros casos concretos, el garaje no constituye domicilio.*

dato objetivo alguno que permita inferir que allí viviera alguien o que hubiera dentro del local alguna dependencia destinada a vivienda o vinculada directamente con el ejercicio de los actos de la libertad más íntima que se ejecutan de forma asídua en los domicilios o viviendas."

Tampoco en el caso actual se aprecian razones que permitan variar esta consideración”.

Por tanto, y teniendo en cuenta las posturas expuestas, lo más acertado sería incluir las dependencias en el concepto de morada siempre que estos lugares formen parte, como un todo, de la esfera privada de la víctima⁴⁵⁶. Imaginemos, por ejemplo, un chalet que tiene un garaje acotado y contiguo a la vivienda, separado de la calle de algún modo. En supuestos como este debemos entender que el jardín goza de la protección otorgada al domicilio, ya que es un espacio en el que el titular de la vivienda ejerce su vida privada, y cuya protección es necesaria para salvaguardar el lugar que sirve como vivienda principal.

4.5.4. ESPACIOS COMUNES

Respecto a los espacios comunes de un inmueble, como patios, escaleras, ascensores, etcétera, la doctrina mayoritaria⁴⁵⁷ y la jurisprudencia⁴⁵⁸

⁴⁵⁶ En este punto coincidimos plenamente con la postura adoptada por BORJA JIMÉNEZ en su Tesis. Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: *El allanamiento de morada, Tesis Doctoral...* cit., págs. 240-241.

⁴⁵⁷ Vid. SUÁREZ MONTES, R.: *El delito de allanamiento de morada...* cit., págs. 873; JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada...* cit., pág. 57; el mismo en *El delito...* cit., pág. 1368 y el mismo en *Artículo 202...* cit., pág. 315; CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARAN, M.: *Comentarios al Código Penal, Parte Especial...* cit., pág. 491; CORCOY BIDASOLO, M.: *Derecho Penal, Parte Especial, doctrina y jurisprudencia...* cit., págs. 283 y ss; GONZÁLEZ RUS, J.J. en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...* cit., pág. 383; ARROYO ZAPATERO, L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FERRÉ OLIVÉ, J.C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J.R., TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Comentarios al Código Penal...* cit., pág. 480; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), MANJÓN CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PUSCHEL, A. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...* cit., pág. 811; CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal, Parte Especial...* cit., pág. 329; VIVES ANTÓN, T. (Coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995...* cit., pág. 1017; MAGRO SERVET, V.: *Casuística sobre el concepto penal de domicilio en la diligencia de entrada y registro...* cit., pág. 1769; CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba penal...* cit., págs. 1157 y ss.

⁴⁵⁸ Vid. SSTS de 26 de febrero de 1993, de 5 de mayo y 12 de mayo de 2000 y de 15 de septiembre de 2011.

entienden que el concepto de domicilio no puede abarcar los espacios comunes, ya que estos espacios exteriores, a los que se accede desde la calle, no son aptos para que en ellos se desarrolle la intimidad domiciliaria, que únicamente puede ejercerse en el interior de las viviendas. Resulta lógico este pronunciamiento, ya que las zonas comunes no reúnen las condiciones necesarias para desarrollar la vida privada, a lo que hay que añadir que las personas que viven en un edificio con lugares comunes gozan de un espacio mucho más adecuado para desarrollar su intimidad, separado del resto de lugares, y en el que gozan de la facultad de exclusión de terceros: las viviendas.

4.5.5. DESPACHOS PROFESIONALES Y ESTABLECIMIENTOS ABIERTOS AL PÚBLICO

Con la regulación del allanamiento del domicilio de personas jurídicas en el Código Penal de 1995 queda claro que los despachos profesionales gozan de la protección dispensada en el delito de allanamiento de morada, tal y como venía apuntando por un sector doctrinal⁴⁵⁹.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴⁶⁰ ha matizado que tendrán la consideración de domicilio los despachos que no están abiertos al público y

La sentencia de 5 de mayo de 2000 consideró que el patio de un edificio de viviendas al que se accede desde la calle no constituye domicilio, a no ser la propiedad privada en general, sino la intimidad domiciliaria lo que constituye objeto de la protección dispensada por el artículo 18.2 de la Constitución y esta característica corresponde al interior de las viviendas y no a los espacios exteriores a ellas.

⁴⁵⁹ Vid. JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada...cit.*, pág. 49; RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Dir.), MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coord.): *Código Penal, Concordado y comentado...cit.*, pág. 883; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), MANJÓN CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PUSCHEL, A. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...cit.*, pág. 811; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 271; MAGRO SERVET, V.: *Casuística sobre el concepto penal de domicilio en la diligencia de entrada y registro...cit.*, pág. 1769.

⁴⁶⁰ Vid. SSTS de 19 de junio de 1999 y de 30 de abril de 2002. En esta última, la sala señala lo siguiente: “podemos, por tanto, concluir en la necesidad de diferenciar entre aquellas oficinas en las que se ubica la sede de una persona jurídica, a las que procede atribuir la protección del

que son cerrados al acceso de terceros. A este respecto aclara la STS de 27 de diciembre de 2010 que *“la interpretación debe ser más favorable a la ampliación del derecho a los domicilios o sedes sociales en los que la persona jurídica desarrolla sus actividades y toma las decisiones que después se consignan en documentos que pueden ser reservados a la intromisión ajena, incluso por razones de servicio industrial o intelectual o por resguardar su competitividad. Aunque la jurisprudencia de esta sala ha sido restrictiva hasta el momento presente quizá la anunciada responsabilidad penal de las personas jurídicas aconseje revisar la postura actual”*.

Los establecimientos abiertos al público, como regla general, no son domicilio, porque en ellos no se desarrolla ni la vida privada ni la familiar de sus titulares, salvo que existan determinados espacios donde sí se desarrolle⁴⁶¹.

En cuanto a los bares y otros lugares de ocio nos parece interesante remarcar la STS de 18 de noviembre de 2005. En este supuesto se analizaba la legalidad de un registro que se realizó en un bar que poseían los acusados. Recuerda la Sala Segunda que, de acuerdo con el criterio jurisprudencial que

reconocido derecho a la intimidad que a la misma llega a amparar, de aquellos otros despachos o dependencias, constituyan o no sede social que, por su disposición a la entrada de público, deben considerarse, a diferencia del domicilio de la persona física, desposeídas de semejante protección”.

Respecto al registro efectuado en una oficina de una farmacia, cabe reseñar la STS de 3 de septiembre de 2002, en la que la Sala Segunda consideró nulo el registro efectuado por inspectores de farmacia junto a Mossos d'Esquadra al no haber sido autorizado por la autoridad judicial, al entender que se había vulnerado el derecho a la intimidad domiciliaria porque dentro de las farmacias existe un espacio, la “rebotica”, que también fue registrado, que sí puede equipararse al domicilio, ya que se usa muchas veces para el descanso del personal, o para guardar documentos u otros enseres y, en consecuencia, sí goza de intimidad suficiente para merecer esta protección.

⁴⁶¹ Vid. SSTS de 17 de septiembre de 1993, de 7 de abril de 1995 y de 23 de enero de 1998.

Respecto al registro efectuado en una oficina de una farmacia, cabe reseñar la STS de 3 de septiembre de 2002, en la que la Sala Segunda consideró nulo el registro efectuado por inspectores de farmacia junto a Mossos d'Esquadra al no haber sido autorizado por la autoridad judicial, al entender que se había vulnerado el derecho a la intimidad domiciliaria porque dentro de las farmacias existe un espacio, la “rebotica”, que también fue registrado, que sí puede equipararse al domicilio, ya que se usa muchas veces para el descanso del personal, o para guardar documentos u otros enseres y, en consecuencia, sí goza de intimidad suficiente para merecer esta protección.

se ha ido manteniendo⁴⁶², quedan excluidos de ese ámbito constitucionalmente protegido los bares, cafeterías y similares, incluidas las dependencias que sirvan de almacén, las habitaciones reservadas de un club de libre acceso al público, las cocinas de estos establecimientos públicos y también los aseos privados de los mismos⁴⁶³. Ahora bien, reconoce que *“aun siendo ello cierto, no lo es menos, que es criterio jurisprudencial consolidado, -tanto en la jurisprudencia ordinaria como en la constitucional-, el que entiende que los establecimientos abiertos al público poseen zonas o dependencias de uso privado, a las que no se puede acceder y mucho menos registrar, salvo en la forma y supuestos legalmente establecidos”*. Concluye la sentencia que, puesto que en este supuesto de hecho *“la droga intervenida se encontraba debajo y detrás de la barra de un bar que se encontraba abierto al público y en el mismo habitáculo o dependencia destinado al mismo, y aunque la parte de detrás de la barra no sea una zona a la que suele acceder el público, no puede en modo alguno ser calificada como lugar donde se ejerza la privacidad o la intimidad a que hemos hecho referencia como elemento condicionante de la protección constitucional del domicilio, sino, en todo caso, como una zona reservada a los empleados y trabajadores del local para el ejercicio de sus tareas laborales y, por tanto, sin posibilidad alguna de equiparación con el ámbito domiciliario”*.

⁴⁶² Vid. Entre otras, SSTS de 4 de diciembre de 1991, de 5 de junio de 1993, de 3 de mayo de 1.994, de 10 de diciembre de 1.994, de 20 de noviembre de 1.995, de 3 de febrero y 8 de mayo de 1997, de 15 de abril de 1998, de 16 de enero y 1 de abril de 2.002, de 16 de mayo de 2005 y de 23 de enero de 2006.

Merece mención específica la STS de 16 de abril de 2004, que niega la consideración de domicilio a las habitaciones de un club de alterne porque *“una cosa es que determinados actos se lleven a cabo en la intimidad de un espacio cerrado anejo al lugar donde se conciertan y otra distinta es que aquél constituya domicilio (...). Por ello los reservados de un establecimiento público destinados a la práctica de relaciones o actos sexuales deben estar excluidos del concepto de domicilio”*. Pero sí se consideran domicilio las habitaciones de un local destinadas a las prácticas sexuales, de acuerdo con las SSTS de 1 de diciembre de 2010 y de 15 de marzo de 2011: *“la naturaleza de domicilio, en todo caso, quedaría reservada para las habitaciones del local que ocupaban las mujeres que ejercían la prostitución”*.

⁴⁶³ A priori, este tipo de lugares, por tratarse de establecimientos abiertos al público, no precisan de mandamiento de entrada y registro, ya que estos espacios no amparan la intimidad que protege el domicilio y quienes se encuentran en ellos no tienen una pretensión de privacidad.

Lo mismo es predicable respecto a las naves industriales, siempre que no cobijen habitáculos independientes en los que alguien ejerza las vivencias propias de su vida íntima y personal⁴⁶⁴. En este sentido acalra la STS de 27 de mayo de 2011 que *“un local que ha sido arrendado por uno de los acusados con el único fin de destinarlo a almacén de mercancía no puede considerarse domicilio. Así lo corrobora el hecho de que en el curso de la diligencia no se haya hecho constar dato objetivo alguno que permita inferir que allí viviera alguien o que hubiera dentro del local alguna dependencia destinada a vivienda o vinculada directamente con el ejercicio de los actos de la libertad más íntima que se ejecutan de forma asidua en los domicilios o viviendas (...) de modo que ni toda entrada y registro en un lugar cerrado exige la autorización judicial, ni los locales comerciales o almacenes que no constituyen morada de una persona gozan de la tutela constitucional del artículo 18.2 citado, sin que requieran, en consecuencia, para la entrada y registro en ellas las mismas formalidades procesales que se imponen a los registros domiciliarios”*.

4.5.6. HABITACIONES DE HOTELES Y PENSIONES

La doctrina mayoritaria⁴⁶⁵ y la jurisprudencia⁴⁶⁶ consideraban que las habitaciones de hotel eran morada, en la medida en que eran utilizadas por los

⁴⁶⁴ Vid. SSTS de 1 de diciembre de 1995 y de 17 de octubre de 2005.

⁴⁶⁵ Vid. JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada...cit.*, pág. 50; RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Dir.), MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coord.): *Código Penal, Concordado y comentado...cit.*, pág. 883; CORCOY BIDASOLO, M.: *Derecho Penal, Parte Especial, doctrina y jurisprudencia...cit.*, págs. 283 y ss; MIMBRERA TORRES, E. en CRUZ DE PABLO, J.A. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 445; GONZÁLEZ RUS, J.J. en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...cit.*, pág. 383; LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.): *Derecho penal, Parte Especial...cit.*, pág. 193; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.), JUDEL PRIETO, A., PIÑEL RODRÍGUEZ, J.R.: *Manual de Derecho Penal...cit.*, pág. 204; GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, págs. 814 y ss; MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial...cit.*, pág. 513; CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal, Parte Especial...cit.*, pág. 329; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español, Parte Especial...cit.*, pág. 252; SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 190; VIVES ANTÓN, T.

huéspedes, aunque fuera de manera ocasional, para el desarrollo de actividades propias de la vida privada.

Esta cuestión fue zanjada por la precitada STC 10/2002, de 17 de enero, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 557 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que excluía del concepto de domicilio “las tabernas, casas de comida, posadas y fondas” respecto de las personas que residieran en ellas de manera temporal o accidental. El Tribunal Constitucional establece que *“ni la accidentalidad, temporalidad o ausencia de la habitualidad de uso de la habitación del hotel, ni las limitaciones al disfrute de las mismas que derivan del contrato de hospedaje, pueden constituir obstáculos a su consideración como domicilio de los clientes del hotel mientras han contratado con éste su alojamiento en ellas. Siendo las habitaciones de los hoteles espacios aptos para el desarrollo o desenvolvimiento de la vida privada, siempre que en ellos se desarrolle, constituyen ámbitos sobre los que se proyecta la tutela que la Constitución garantiza en el artículo 18.2”*.

(Coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995...cit.*, pág. 1017; SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), RAGUÉS Y VALLÉS, R. (Coord.): *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial...cit.*, pág. 156; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. y ROMEO CASABONA, C.M. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, págs. 891 y ss; MAGRO SERVET, V.: *Casuística sobre el concepto penal de domicilio en la diligencia de entrada y registro...cit.*, pág. 1765; CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba penal...cit.*, págs. 1133 y ss.; GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., FIGUEROA NAVARRO, C.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial (Adaptadas a la docencia del Plan Bolonia)...cit.*, pág. 73.

⁴⁶⁶ Vid. SSTS de 17 de marzo de 1993, de 26 de junio de 1993, de 2 de noviembre de 1994, de 21 de noviembre de 1997, de 8 de octubre de 1998, de 16 de marzo de 2001, de 6 de junio de 2001 y de 9 de octubre de 2006.

El Tribunal Supremo considera que *“en el espacio interior de la habitación de un hotel, el titular de la misma desarrolla el contenido de su intimidad y no permite que nadie perturbe la intangibilidad del recinto, bien de una forma explícita e incluso impresa, colocando el cartel que advierte que no quiere ser molestado o por el contrario solicita que los servicios del hotel accedan al recinto bien de forma directa o personal o bien por órdenes implícitas que autorizan la entrada para realizar las tareas de limpieza. Existen personas que por específicas actividades y dedicaciones pasan la mayor parte de su tiempo en hoteles y no por ello se puede decir que pierdan su derecho a la intimidad pues sería tanto como privarles de un derecho inherente a su personalidad que no puede ser dividido por espacios temporales o locales”*. (STS de 21 de noviembre de 1997).

4.5.7. CELDAS

Sigue siendo una cuestión controvertida si las celdas de los centros penitenciarios merecen o no la consideración de morada.

La profesora JAREÑO LEAL⁴⁶⁷ apunta que la discusión doctrinal que suscita esta cuestión es complicada y que algunos autores contestan afirmativamente, señalando que sí reúnen las características necesarias del artículo 202, aunque con ciertos límites. No obstante, esta profesora considera que *“no queda más remedio que concluir aquí que el funcionamiento cotidiano de los centros penitenciarios viene a impedir, de hecho, que pueda darse el concepto de morada a las celdas, pues de lo contrario las tareas de vigilancia y control quedarían prácticamente imposibilitadas. Ello no obstante, se da por descontado que el recluso conserva el ejercicio de su derecho a la intimidad, por lo que podrá alegarse, con carácter genérico, su vulneración en los casos de actuaciones desproporcionadas al invadir sus espacios más íntimos y personales (por ejemplo, puede ser necesario, por razones de seguridad, el registro periódico de la celda, pero no la lectura de los papeles personales del interno)”*.

En esta línea la profesora DE VICENTE MARTÍNEZ⁴⁶⁸ considera que *“ciertamente el derecho a la intimidad domiciliaria del interno se encuentra limitado en virtud de la relación especial de sujeción que vincula al interno con la Administración Penitenciaria, de manera que no sólo no puede considerarse una celda como el domicilio habitual sino que la celda es parte de un edificio público para cuya entrada no se requiere autorización judicial”*.

⁴⁶⁷ Vid. BOIX REIG, J., GARCÍA RIVAS, N., JUANATEY DORADO, C., JAREÑO LEAL, A., DOVAL PAÍS, A., LLORIA GARCÍA, P., ANARTE BORRALLA, E., GRIMA LIZANDRA, V., AGUADO LÓPEZ, S.: *Derecho Penal, parte Especial, Vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales...*cit., pág. 475.

⁴⁶⁸ Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Registros y cacheos en el ámbito penitenciario*, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, nº 22, 2009, pág. 6.

La jurisprudencia⁴⁶⁹ niega que deban estimarse morada, pero siguiendo a SANZ MORÁN, si afirmamos que el concepto de domicilio es una cuestión de hecho y seguimos la tesis mantenida por el Tribunal Constitucional, sería lógico incluir las celdas en el concepto de morada. El artículo 25 de la Constitución en su apartado 2 reconoce al condenado a pena de prisión “*los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria*”⁴⁷⁰. Por su parte, la Ley Orgánica General Penitenciaria⁴⁷¹ establece que, salvo casos excepcionales, los presos se alojarán en celdas

⁴⁶⁹ Vid. SSTS 11 de octubre de 1994, de 24 de noviembre de 1995, de 6 de abril de 1998 y de 29 de mayo de 2003.

Argumenta el Tribunal Supremo que “...como la protección a la inviolabilidad del domicilio es una ampliación del derecho a la libertad del individuo, que es precisamente del que se priva al condenado a penas privativas de libertad, es claro que también alcanza al correlativo de elegir un espacio de privacidad del que se pueda excluir a otras personas, imposible de ejercitar y mantener, con escasos momentos de excepción, en instituciones penitenciarias.” (STS de 6 de abril de 1998).

Por su parte el Tribunal Constitucional en la STC 89/2006, de 27 de marzo, anuló una resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que acordó un registro sin que estuviera presente el interesado, por entender que esta falta de conocimiento supone una intromisión en su ámbito de intimidad, provocando una vulneración constitucional. Si bien considera que la celda que ocupa un interno no es un domicilio en el sentido constitucional del término, sí considera que el registro debe reunir los criterios de proporcionalidad y necesidad del registro de acuerdo con la finalidad perseguida por la institución penitenciaria. Apunta el tribunal que “*aunque sea innegable que la celda de un centro penitenciario sea un ámbito de intimidad para su ocupante, un «espacio apto para desarrollar vida privada» (STC 283/2000, de 27 de noviembre, FJ 2) en la medida en que la misma cabe en una situación tal de reclusión, también lo es que tal recinto no reúne las características de haber sido objeto de elección por su ocupante ni la de configurarse como un espacio específico de exclusión de la actuación del poder público. Bien al contrario, el ingreso en prisión supone la inserción del ciudadano en un ámbito de intenso control público del que resulta la imposibilidad de generar un domicilio en el sentido constitucional del término*”.

⁴⁷⁰ La relación penitenciaria es una relación de sujeción especial, por lo que el estatuto del recluso también es especial, si bien esto no legitima cualquier limitación de derechos fundamentales. Podemos establecer tres consecuencias que se derivan de esta relación de especial sujeción: en primer lugar, durante la ejecución de la pena de prisión el recluso mantiene la titularidad de los derechos fundamentales; en segundo lugar, la restricción de los derechos ha de operarse por vía legal; y en último lugar, la ley sólo puede restringir estos derechos cuando la limitación sea inherente al sentido de la condena, o impuesta en nombre del orden y seguridad del establecimiento. Vid. MUÑAGORRI LAGUÍA, I., PINTO DE MIRANDA RODRÍGUEZ, A. M., RIVERA BEIRAS, I.: *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 53 y 56 y ss.

⁴⁷¹ Vid. Artículo 19 LOGP.

individuales. Así mismo, el Reglamento Penitenciario⁴⁷² reconoce que la función penitenciaria se desarrollará con las garantías y límites reconocidos por la Constitución y que los derechos de los internos sólo podrán restringirse cuando lo dispongan las leyes, reconociéndoles expresamente el derecho a la intimidad. Ahora bien, también se permite el registro de las celdas y dormitorios; concretamente el artículo 8 dispone que *“se llevarán a cabo registros y cacheos de las personas, ropas y enseres de los internos y requisas de las puertas, ventanas, suelos, paredes y techos de las celdas o dormitorios, así como de los locales y dependencias de uso común”*. Es cierto que pueden existir supuestos en los que sea necesario llevar a cabo inspecciones en las celdas, pero también lo es que durante el tiempo en que un preso permanece en el establecimiento disciplinario, es su celda el espacio donde desarrolla su intimidad y vida privada, y de acuerdo con la postura del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo lo fundamental a la hora de definir un espacio como domicilio es el destino que se le dé, siendo indiferente su configuración física, carácter mueble o inmueble, uso temporal u ocasional, etcétera. Por lo tanto, en nuestra opinión, se reunirían los requisitos necesarios para considerar que estamos ante un domicilio a efectos de la protección dispensada por el código penal⁴⁷³; si mantenemos esta postura defendida por nuestra parte, ello no significaría que no pudieran llevarse a cabo los registros que se considerasen necesarios, se podría siempre que se respetase lo dispuesto en la legislación: que estemos ante un flagrante delito, que consienta el preso, o que lo autorice la autoridad judicial competente.

⁴⁷² Vid. Artículos 3, 4 y 68 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

⁴⁷³ Esta idea es apuntada por CERVELLÓ DONDERIS al señalar: *“pese a poder entenderse la celda como domicilio habitual no se requiere legalmente orden judicial para su registro, lo que puede vulnerar el derecho constitucional a la intimidad de domicilio, tampoco se exige que el preso esté presente lo que puede dar lugar a indefensión”*. Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V.: *Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2006, pág. 177.

4.5.8. CARAVANAS / TIENDAS DE CAMPAÑA⁴⁷⁴

Las SSTS de 30 de abril de 1996, de 15 de febrero de 1997, de 15 de abril de 1998⁴⁷⁵, de 29 de enero de 2001⁴⁷⁶ y de 18 de noviembre de 2005, afirman que el domicilio inviolable no lleva consigo la propiedad ni la posesión arrendaticia. Reconoce el Tribunal Supremo que la vivienda, la habitación del hotel, la pensión o la posada, la caravana⁴⁷⁷,... son domicilio, y hasta puede hablarse de la tienda de campaña en la que con unas condiciones mínimas se ejercitara la vida íntima no sujeta necesariamente a las condiciones sociales.

⁴⁷⁴ Vid. CORCOY BIDASOLO, M.: *Derecho Penal, Parte Especial, doctrina y jurisprudencia...*cit., págs. 283 y ss; GONZÁLEZ RUS, J.J. en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial...*cit., pág. 383; LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.): *Derecho penal, Parte Especial...*cit., pág. 193; ARROYO ZAPATERO, L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FERRÉ OLIVÉ, J.C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J.R., TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Comentarios al Código Penal...*cit., pág. 480; GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal...*cit., págs. 814 y ss; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español, Parte Especial...*cit., pág. 252; SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal, Parte Especial...*cit., pág. 190; VIVES ANTÓN, T. (Coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995...*cit., pág. 1017; SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), RAGUÉS Y VALLÉS, R. (Coord.): *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial...*cit., págs. 156; MAGRO SERVET, V.: *Casuística sobre el concepto penal de domicilio en la diligencia de entrada y registro...*cit., pág. 1770; CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba penal...*cit., págs. 1130-1133; GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., FIGUEROA NAVARRO, C.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial (Adaptadas a la docencia del Plan Bolonia)...*cit., pág. 73.

⁴⁷⁵ Afirma el Tribunal Supremo que “*el concepto de domicilio ha recibido una interpretación extensa en la doctrina de esta sala, aplicándose a todo ámbito de intimidad personal, concepto de más amplitud incluso que los de habitación o morada, y que incluye lugares cerrados en los que, aun temporal o accidentalmente, se desarrollen los aspectos íntimos de la vida individual o familiar, teniendo así carácter de domicilio los remolques o automóviles en los que se habite*”.

⁴⁷⁶ En esta sentencia la sala, si bien señala que en términos generales los automóviles no son domicilios, aclara que “*excepcionalmente, sin embargo, ocurre lo contrario en el caso de los domicilios móviles remolcados (roulottes) o autotransportados (autocaravanas), en lo que se refiere a la zona de habitación, para cuya entrada o registro se requiere el consentimiento del titular, o autorización judicial, salvo caso de flagrante delito, lo que es extensible a las furgonetas aptas para constituir domicilio habitual o accidental*”.

⁴⁷⁷ La jurisprudencia exige consentimiento del titular, resolución judicial, o que estemos ante un flagrante delito para la entrada y registro de la zona de habitación de roulottes y autocaravanas: SSTS de 19 de septiembre de 1994, de 18 de octubre de 1996 y de 16 de diciembre de 2005. Aclara la STS de 18 de octubre de 1996 que el registro en los bajos de una autocaravana en los que fue localizada droga en un cajón de madera colocado en los bajos del vehículo, no afectó al derecho de la inviolabilidad domiciliaria, por entender que el concepto de domicilio no puede interpretarse tan extensamente que la inviolabilidad pueda extenderse a un cajón adosado a los bajos del vehículo, por el exterior.

Será domicilio una tienda de campaña siempre que en la misma se desarrolle la privacidad de la persona, esto es, donde la persona vive y se cobija para ejercer su intimidad, tal y como ha declarado el Tribunal Supremo, entre otras, en las SSTS de 16 de septiembre de 1993, 7 de abril de 1995, 30 de abril y 3 de octubre de 1996, 23 de septiembre de 1997, 19 de mayo de 1999, de 16 de marzo de 2001 y de 25 de octubre de 2012. Aclara esta última que *“teniendo en cuenta que el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio está muy ligado al de la protección de la intimidad (artículo 18.1 y 2, de la Constitución), la doctrina de este Tribunal Supremo ha concebido el domicilio de manera muy amplia, llegándose a definir, con carácter general, como "cualquier lugar cerrado en el que pueda transcurrir la vida privada, individual o familiar, aún ocupada temporal o accidentalmente". Por otra parte, y como ha sido puesto de relieve por la doctrina, la casuística en esta materia es innumerable, "ya que la casación ha obligado al citado tribunal a enfrentarse a los conceptos más variopintos de domicilio", aunque, eso sí, partiendo casi siempre de la base de su utilización como "morada" en el sentido amplio de la palabra, con independencia de "su sencillez o modestia, estado de conservación y número de enseres que en él se encuentren". Esa casuística nos enseña que por domicilio puede entenderse desde la vivienda habitual o esporádica (lo que se ha dado en llamar segunda vivienda), pasando por una habitación con puerta independiente y sólo dotada de un televisor y una caja para sentarse, o una simple chabola habitada, hasta llegar a una tienda de campaña, una "roulotte", o una habitación de hotel”.*

Incluso han llegado a considerar morada las chabolas, chozas o cuevas⁴⁷⁸, siempre que normalmente el sujeto resida frecuentemente en ellas, desarrolle su vida íntima y trate de mantenerlas en la medida de lo posible separadas del mundo exterior.

⁴⁷⁸ Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. y ROMEO CASABONA, C.M. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 890.

4.5.9. PISOS ALQUILADOS

La cuestión relativa a la inclusión en el concepto de morada de los pisos arrendados ya ha sido resuelta por la STS de 19 de enero de 1995, afirmando que: *“el que alquila un piso goza de la protección constitucional, aunque no habite el lugar de forma permanente, toda vez que el derecho fundamental no se limita a la protección de la habitación o morada, sino a la protección de la intimidad y ésta no se reduce al lugar en el que se encuentran el dormitorio, el salón, el despacho, la cocina, etcétera, (...) sino que se extiende a la protección de la vida privada de los ciudadanos en el sentido antes expuesto”*.

4.5.10. CAMAROTE DE UN BARCO⁴⁷⁹

La STS de 18 de octubre de 2006, en su Fundamento Jurídico 7º, reconoce como domicilio constitucionalmente protegido el camarote de un barco argumentando que no se plantea ningún problema para ello ya que se trata de un *“lugar separado donde uno de sus tripulantes o viajeros se independiza de los demás que comparten las zonas comunes para desarrollar su privacidad en la medida que lo desee. La Sentencia 624/2002, de 10 de abril, citada por la STS nº 919/2004, de 12 de julio, declara que resulta del todo evidente que una embarcación puede constituir, en efecto, la morada de una o varias personas cuando la utilicen como reducto de su vida privada, pues sin*

⁴⁷⁹ Vid. CORCOY BIDASOLO, M.: *Derecho Penal, Parte Especial, doctrina y jurisprudencia...cit.*, págs. 283 y ss; MIMBRERA TORRES, E. en CRUZ DE PABLO, J.A. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 445; ARROYO ZAPATERO, L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FERRÉ OLIVÉ, J.C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J.R., TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 480; CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal, Parte Especial...cit.*, pág. 329; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español, Parte Especial...cit.*, pág. 252; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. y ROMEO CASABONA, C.M. (Coord.): *Comentarios al Código Penal...cit.*, pág. 891; CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba penal...cit.*, págs. 1139 y ss.; GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., FIGUEROA NAVARRO, C.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial (Adaptadas a la docencia del Plan Bolonia)...cit.*, pág. 73.

duda están construidas tales embarcaciones de forma que algunas de sus dependencias, como los camarotes, resultan aptas para que en las mismas se desarrollen conductas o actividades propias de áreas de privacidad, aunque resulte dificultoso extender el concepto de domicilio en todo caso a otras zonas de aquélla, como puede ocurrir con la cubierta, utilizada en las maniobras náuticas o como lugar de esparcimiento, o las bodegas, utilizadas exclusivamente para la carga, o la zona de máquinas, que no pueden entenderse aptas, con carácter general, para la vida privada. Como se reconoce en la STS nº 1200/1998, de 9 de octubre, en el barco existen áreas propias y reservadas al ejercicio de la intimidad personal, que son precisamente las únicas protegidas por el derecho fundamental consagrado en el artículo 18.2 de la Constitución. Las demás zonas de la embarcación, destinadas a otras finalidades, no gozan de la protección que la Constitución dispensa al domicilio, aunque se trate de lugares respecto de los cuales su titular pueda excluir válidamente la presencia de terceros. De conformidad con lo anteriormente expuesto, el registro del camarote del recurrente debió hacerse con las formalidades que la ley prevé para la entrada y registro en un domicilio, entre ellas, la presencia del interesado, según previene el artículo 569 de la LECrim. La jurisprudencia de esta sala ha entendido que la presencia del interesado es necesaria para la validez de la diligencia, sin que pueda prescindirse de ella siempre que sea posible y que aquel no actúe según las previsiones del citado artículo de la ley procesal, designando un representante o negándose a concurrir o a realizar aquel nombramiento, en cuyo caso se practicará a presencia de un individuo de su familia mayor de edad o de dos testigos en su defecto. En atención a que el derecho afectado es el derecho a la intimidad en relación con la inviolabilidad del domicilio, se ha entendido que el "interesado" al que se refiere la ley es el titular del domicilio". Parece acertada esta postura ya que resulta claro que en un camarote, tanto si se ocupa de manera individual como compartida, es el lugar del barco donde sus tripulantes gozan de intimidad y donde pueden desarrollar su vida privada de manera más adecuada, durante el periodo de tiempo en que están embarcados.

En el mismo sentido encontramos la STS de 10 de abril de 2002, que declara que una embarcación puede constituir la morada de una o varias personas cuando la utilicen como reducto de su vida privada, ya que estas embarcaciones están construidas de modo que algunas de sus dependencias, como los camarotes, resultan aptas para el desarrollo de actividades propias del área de privacidad del individuo. No obstante, otras zonas del barco se pueden utilizar para fines distintos a los propios del domicilio, como la cubierta, la bodega o la sala de máquinas, y en estos casos no es extensible la protección constitucional al domicilio⁴⁸⁰.

Esta postura se mantiene por la STS de 29 de abril de 2011: *“pues bien, esta sala casacional, al operar con el concepto de domicilio dentro del ámbito concreto de las embarcaciones, ha venido matizando las circunstancias que han de darse para que una embarcación se halle tutelada por la inviolabilidad domiciliaria. Y así, en las últimas sentencias sobre la materia (SSTS 1009/2006, de 18.10, 894/2007 de 31.10, 671/2008 de 22.10, 151/2009 de 11.2 y 932/2009 de 17.9), recogiendo la doctrina plasmada en otras resoluciones precedentes, se expone que “...ningún problema se plantea para reconocer la condición de domicilio al camarote de un barco como lugar separado donde unos de sus tripulantes o viajeros se independiza de los demás que comparten las zonas comunes para desarrollar su privacidad en la medida que lo desee. Resulta del todo evidente que una embarcación puede constituir, en efecto, la morada de una o varias personas cuando la utilicen como reducto de su vida privada, pues sin duda están construidas tales embarcaciones de forma que algunas de sus dependencias, como los camarotes, resultan aptas para que en las mismas se desarrollen conductas o actividades propias de áreas de privacidad, aunque resulte dificultoso extender el concepto de domicilio en todo caso a otras zonas de aquélla, como puede ocurrir con la cubierta utilizada en las maniobras náuticas o como lugar de esparcimiento, o las bodegas,*

⁴⁸⁰ Las SSTS de 3 de febrero de 1997, de 6 de septiembre de 1999 y de 29 de noviembre de 2001 excluyen las bodegas de los barcos del concepto de domicilio. La STS de 27 de octubre de 2005 reafirma que la cubierta-bañera de un yate no puede considerarse como uso de habitación.

utilizadas exclusivamente para las cargas, o la zona de máquinas, que no pueden entenderse aptas, con carácter general, para la vida privada.”

Por lo que respecta a determinados tipos de embarcaciones, como las deportivas o los barcos destinados a la pesca o al transporte, el Tribunal Supremo les ha negado el carácter de domicilio⁴⁸¹ ya que, como norma general, no son morada de las personas físicas ni se desarrollan en ellos actividades privadas. Ahora bien, al igual que expusimos al hablar de los vehículos, en nuestra opinión habrá que ir caso por caso ya que, este tipo de embarcaciones, cuando se conviertan durante una temporada en residencia habitual de su usuario por necesidades derivadas de su propio destino (pensemos por ejemplo en los barcos utilizados para la pesca de altura, que supone la navegación durante varios meses sin que se toque puerto en ningún momento), en estas circunstancias, sí deberán tener la consideración de domicilio aquellas partes de la embarcación adaptadas y utilizadas efectivamente para el desarrollo de la vida privada de los tripulantes.

4.5.11. VEHÍCULOS

En términos generales los automóviles no son domicilio⁴⁸², pero excepcionalmente pueden tener tal consideración como es el caso de una furgoneta-caravana, que tiene en su parte habitable todo lo necesario para el establecimiento en ella de la morada de los pasajeros -dormitorio, cocina, aseo, mobiliario- ya que en este caso es apta para constituir el domicilio de una persona, como soporte básico del derecho a la intimidad personal y familiar, si ésta decide usarla a tal fin y sin que, en la actual concepción cultural de movilidad de las personas, su carácter itinerante pueda excluir tal condición

⁴⁸¹ Vid. STS de 15 de noviembre de 2000 respecto a embarcaciones deportivas, la de 16 de diciembre de 1999 para barcos de pesca y las de 24 de febrero de 2010 y 18 de marzo de 2011, en cuanto a los barcos destinados al transporte.

⁴⁸² Vid. GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., FIGUEROA NAVARRO, C.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial (Adaptadas a la docencia del Plan Bolonia)*...cit., pág. 73.

domiciliaria. Así lo señalan las SSTS de 15 de noviembre de 1995, de 15 de abril de 1998 y de 29 de enero de 2001.

Si el vehículo se utiliza exclusivamente como medio de transporte, la jurisprudencia entiende que en ese caso no encierra un espacio en el que se ejerza o desenvuelva la esfera o ámbito privado de un individuo, y en consecuencia no sería domicilio⁴⁸³.

Por lo que respecta a la cabina de un camión con habitáculo para el descanso del conductor, las SSTS de 17 de diciembre de 1996 y de 19 de marzo de 2001 excluyen que tenga carácter de domicilio porque *“en todo caso, no puede pretender extrapolar las exigencias garantísticas del registro domiciliario a algo tan impersonal (en cuanto mero instrumento), como recordó la sentencia de esta sala de 28 de abril de 1993, y reiteraron las de 19 de julio y de 13 de octubre de 1993, señalando la de 10 de octubre de 1994, que la cabina de un camión no puede gozar de la protección constitucional dispensada al domicilio, aunque en ella haya podido dormir ocasionalmente el acusado”*. Ahora bien, en nuestra opinión esta postura debe ser matizada en atención a cada caso concreto, a la luz de los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos a lo largo del presente trabajo, y de la postura mantenida por el Tribunal Constitucional. Y es que, resulta obvio que el habitáculo donde habitualmente se encuentra la litera para descansar es, para determinados profesionales de la conducción como los camioneros, una segunda vivienda para la ejecución de su trabajo que conlleva varias jornadas

⁴⁸³ Vid. SSTS de 19 de diciembre de 1996, de 17 de enero y 27 de junio de 1997, de 24 de enero de 1998, de 12 de enero de 2000, de 16 de mayo de 2001, de 4 de julio y 21 de noviembre de 2002 y de 18 de febrero de 2005. Esta última sentencia señala que *“un vehículo-camión que se utiliza exclusivamente como medio de transporte no encierra un espacio en cuyo interior se ejerza o desenvuelva la esfera o ámbito privado de un individuo. su registro por agentes de la autoridad en el desarrollo de una investigación de conductas presuntamente delictivas, para descubrir y en su caso, recoger los efectos o instrumentos de un delito no precisa de resolución judicial, como sucede en el domicilio, la correspondencia o las comunicaciones. No resulta afectado ningún derecho constitucionalmente proclamado. Así se ha pronunciado la jurisprudencia de esta sala sobre el registro de vehículos automóviles, como se expresan entre otras, las SS. 19.6 y 13.10.93, 24.1.95, 19.6.96, 21.4.97, 16.5.2001, 4.7.2002”*.

fuera de su domicilio habitual, máxime cuando se trata de rutas internacionales, en las que los conductores están varias semanas fuera de sus casas y utilizan para desarrollar su vida privada el habitáculo acondicionado de su camión-tractor, donde también depositan sus pertenencias personales. En el supuesto que acabamos de exponer, nada impide que este lugar tenga la consideración de domicilio a pesar de su carácter accidental o temporal, ya que la permanencia suele ser más continua que la de otros espacios asimilados como las habitaciones de hoteles o pensiones, en las que en ocasiones tan solo se está un día.

En cuanto a los departamentos compartidos de un tren de viajeros la jurisprudencia⁴⁸⁴ ha negado la cualidad de domicilio de estos lugares. En nuestra opinión, no parece acertado negar con tal rotundidad este carácter a los compartimentos compartidos, ya que puede que en algunos casos sí puedan tener esta consideración. Sería más acertado, por tanto, atender al supuesto concreto, ya que por el mero hecho de compartir habitación no se puede negar el carácter domiciliario (como es el caso de los pisos compartidos o habitaciones compartidas en residencias de estudiantes).

En conclusión, y teniendo en cuenta las posturas que se han expuesto, lo más adecuado a la hora de aplicar el delito de allanamiento de morada regulado en los artículos 202 y siguientes del código penal, es mantener un concepto amplio de domicilio, habida cuenta que el bien jurídico que trata de protegerse es la intimidad domiciliaria. Por tanto domicilio es todo espacio donde el individuo desarrolla su vida privada, es aquel lugar elegido por el

⁴⁸⁴ Vid. SSTS de 28 de diciembre de 1994 y de 22 de diciembre de 1997: “en cuanto al registro del departamento de literas del tren, porque, como ha proclamado reiteradamente la jurisprudencia, la protección constitucional del domicilio (art. 18.2 C.E.) es de carácter instrumental y defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de una persona, en los que deben concurrir dos notas: 1) la absoluta privacidad de la actividad desarrollada en su interior, y 2) la capacidad de excluir a terceros de la entrada en el ámbito domiciliar; ninguna de cuyas exigencias puede predicarse, como es obvio, del departamento de un tren de viajeros (v. STC nº 22/1984, de 17 de febrero; y SSTS de 6 de abril de 1993 y de 28 de diciembre de 1994, entre otras)”.

sujeto para ejercer su libertad más íntima. Resulta indiferente su configuración física y su ubicación, así como su uso esporádico, siempre que sea actual. Domicilio será, por tanto, cualquier habitáculo que el individuo reserve para sí, con facultad de excluir a terceras personas. Si lo que se trata de preservar es la intimidad, lo fundamental es que se desarrolle la vida privada en ese lugar para calificarlo como domicilio o no, y por tanto serle de aplicación la protección dispensada por el código penal.

Habrá que resolver, pues, cada caso concreto, y analizar tanto los elementos objetivos como las connotaciones subjetivas que comportan para su usuario, a fin de determinar si el uso habitual del espacio que realiza la persona demuestra que se cumplen los presupuestos para garantizar su privacidad y evitar que, características tales como sus reducidas dimensiones, movilidad, ser compartidos por varias personas, o su integración en otros espacios de fines no familiares, puedan privar de obtener una merecedora equiparación al domicilio y su consiguiente protección constitucional.

CAPÍTULO V: ENTRADA Y REGISTRO EN LUGAR CERRADO

5.1. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo vamos a analizar los requisitos para proceder a realizar una entrada y registro en un lugar cerrado, especialmente en un domicilio, protegido por el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Así mismo estudiaremos las posibles irregularidades que se pueden cometer cuando se realiza una diligencia de entrada.

La protección de determinados lugares donde el individuo desarrolla su vida privada y familiar frente a las injerencias arbitrarias de los poderes públicos no sólo se recoge en nuestra norma fundamental, sino también en las Declaraciones de Derechos Humanos del siglo XX⁴⁸⁵.

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos firmada en París, el 10 de diciembre de 1948, dispone en su artículo 12 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”*.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos firmado en Roma, el 14 de noviembre de 1950, y ratificado por España el 4 de octubre de 1979 reconoce en su artículo 8: *“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No puede haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta interferencia esté prevista en la ley y constituya una medida que, en una*

⁴⁸⁵ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal*, Edersa, Madrid, 1996, págs. 33 y ss.; LUZÓN CUESTA, J.M.: *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario*, Colex, Madrid, 2000, pág. 13; RIVES SEVA, A.P.: *La diligencia de entrada y registro domiciliario*, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 14.

sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), ratificado por España el 13 de abril de 1977, establece en su artículo 17: *“1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”*

Vemos, como se ha apuntado, que el derecho a la protección del domicilio frente a injerencias de terceros está reconocido por las más significativas declaraciones internacionales de derechos. Estas normas internacionales, al haber sido ratificadas por España, forman parte de nuestro derecho interno, en virtud del artículo 96.1 de la Constitución⁴⁸⁶, reforzando así el derecho a la inviolabilidad domiciliaria reconocido por el artículo 18.2 de nuestra norma fundamental⁴⁸⁷.

5.2. LA ENTRADA Y REGISTRO: PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES

La Constitución Española de 1978 reconoce el derecho a la inviolabilidad del domicilio como un derecho fundamental dentro de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I “De los derechos fundamentales y libertades públicas”.

⁴⁸⁶ Artículo 96.1 de la Constitución: *“Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”.*

⁴⁸⁷ El artículo 10.2 de la Constitución establece 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”.*

Ahora bien, este derecho no es absoluto, sino sujeto a restricciones impuestas en aras a las necesidades de la justicia penal.

Establece el apartado 2 del artículo 18 que “*el domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en los casos de flagrante delito*”⁴⁸⁸.

Este derecho se integra entre los derechos de la personalidad y está íntimamente relacionado con otros derechos fundamentales⁴⁸⁹, como el derecho al libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1⁴⁹⁰, el derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 17.1⁴⁹¹ y el derecho a la intimidad personal reconocido por el artículo 18.1⁴⁹².

⁴⁸⁸ En el debate del texto constitucional, este derecho no despertó grandes inquietudes, sino más bien matizaciones de carácter procedimental, ya que por la situación político-social del momento se hacía preciso prestar atención a otros derechos más controvertidos, como el derecho a la vida o la abolición de la pena de muerte. En este sentido, la redacción originaria del precepto únicamente recogía como excepción el mandamiento judicial, pero por la aprobación de la enmienda número 779 del grupo parlamentario de UCD se introdujeron los otros dos supuestos: flagrante delito y consentimiento del titular; y posteriormente, se sustituyó el término mandamiento judicial por resolución judicial, ya que ésta implica que debe existir una motivación, en aras a una mayor protección del derecho. Vid. PASCUAL LÓPEZ, S.: *La inviolabilidad del domicilio en las Constituciones españolas del siglo XX...cit.*, pág. 269.

⁴⁸⁹ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...*págs. 35 y ss.

⁴⁹⁰ Artículo 10.1 de la Constitución: “*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”.

La relación entre este derecho y el de la inviolabilidad de domicilio ha sido señalada por el Tribunal Supremo en su STS de 8 de mayo de 1995, al decir que “*el domicilio es inviolable porque en sí mismo constituye lo más íntimo y sagrado de la persona, donde desarrolla al máximo la proyección de su yo, de sus intereses y de sus gustos, de sus apetencias, o, en suma, de sus vivencias. La inviolabilidad del domicilio garantiza la intimidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, en el ámbito más puro de la privacidad*”. En este mismo sentido encontramos las SSTS de 19 enero de 1995, 14 de junio de 1995, 4 de marzo de 1997 y 18 de febrero de 1999.

⁴⁹¹ Artículo 17.1 de la Constitución: “*Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad., sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley*”. Señala HINOJOSA SEGOVIA que el derecho a la inviolabilidad domiciliaria está relacionado con el derecho a la libertad personal “*porque sin respeto a la morada, no hay verdadera libertad de la persona, porque en cualquier instante puede ser atropellado el lugar donde preferentemente se halla y en que se*

Siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, la protección constitucional del domicilio se concreta en dos reglas distintas, tal y como establece la STC 22/2003, de 10 de febrero, que señala: *“la primera define su «inviolabilidad», que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido como garantía de que el ámbito de privacidad, dentro del espacio limitado que la propia persona elige, resulte exento de, o inmune a, cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos. La segunda, que supone una aplicación concreta de la primera, establece la interdicción de la entrada y el registro domiciliario (constituyendo esta última la interdicción fundamental, de la que la entrada no es más que un trámite de carácter instrumental), disponiéndose que, fuera de los casos de flagrante delito, sólo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o al amparo de una resolución judicial (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FFJJ 3 y 5; 10/2002, de 17 de enero, FJ 5).*

De modo que el contenido del derecho es fundamentalmente negativo: lo que se garantiza, ante todo, es la facultad del titular de excluir a otros de ese

desenvuelven los aspectos más sagrados de su vida”. Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...pág. 35.

⁴⁹² Artículo 18.1 de la Constitución: *“Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”*. La conocida y citada tantas veces en el presente trabajo, STC 22/1984, de 17 de febrero, declaró que *“existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro en un domicilio (art. 18.2 de la Constitución) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de la privacidad (art. 18.1 de la Constitución)”*.

El Tribunal Constitucional ha reconocido tal relación en la STC 10/2002, de 17 de enero: *“la norma constitucional que proclama la inviolabilidad del domicilio y la interdicción de la entrada y registro domiciliario (artículo 18.2 CE) constituye una manifestación de la norma precedente (artículo 18.1 CE) que garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (STC 13612000, de 29 de mayo). De esta construcción interrelacionada resulta que la protección de la inviolabilidad domiciliaria tiene carácter instrumental respecto de la protección de la intimidad personal y familiar (STC 22/1984, de 17 de febrero), si bien dicha instrumentalidad no empece a la autonomía que la CE reconoce a ambos derechos, distanciándose así de la regulación unitaria de los mismos que contiene el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (STC 119/2001, de 24 de mayo)”*.

ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro”.

El precepto contiene dos extremos: por una parte declara el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, y por otra, prohíbe la entrada y registro domiciliario, exceptuando aquellos supuestos en que se considera legítima dicha entrada y registro.

Por tanto, este derecho no es absoluto, sino que la propia Constitución establece tres casos en que se puede limitar: consentimiento del titular, resolución judicial y flagrante delito.

Se ha planteado si tales casos son taxativos, y por tanto de interpretación restrictiva, o si, por el contrario, cabrían otros supuestos⁴⁹³. En este sentido el Tribunal Constitucional ha considerado que pueden existir otros límites, a saber: aquellas hipótesis que generan causas de justificación, como puede ocurrir con el estado de necesidad⁴⁹⁴ y el de aquellos otros casos en que tal medida se encuentre expresamente establecida por una ley⁴⁹⁵.

⁴⁹³ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...* pág. 41.

⁴⁹⁴ De hecho, el debate en el Senado de la Constitución recogió una enmienda que pretendía incluir la siguiente excepción: *“por Ley Orgánica podrá autorizarse con carácter excepcional el acceso al domicilio por estrictas razones de auxilio a la vida, sanitarias o de calamidad”*. Se rechazó esta enmienda por entender que este supuesto estaría cubierto por el estado de necesidad. Vid. RODRÍGUEZ SOL, L: *Registro domiciliario y prueba ilícita*, Comares, Granada, 1998, pág. 131.

⁴⁹⁵ STC 22/1984, de 17 de febrero.

En cuanto a este extremo nos parece interesante matizar que, de acuerdo con el artículo 53.1 de la CE, *“...sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...”*. A este respecto el Tribunal Constitucional ha señalado que no es necesario que cualquier norma que afecte a un derecho fundamental tenga rango de ley orgánica, sino que este requisito sólo se exige estrictamente a aquellas que desarrollen los derechos fundamentales, entre las que se encuentran las que limiten su ejercicio. Vid. STC 129/1999, de 1 de julio: *“pues bien, desde la STC 5/1981 este tribunal ha destacado de forma ininterrumpida la necesidad de aplicar un criterio estricto para determinar el alcance de la reserva y ello tanto en lo referente al término “desarrollar”, como a “la materia” objeto de reserva. Se trata, dice el tribunal en reiteradas resoluciones, de evitar petrificaciones del ordenamiento y de preservar la regla de las mayorías parlamentarias no cualificadas (por todas, STC 173/1998, fundamento jurídico 7º). Más concretamente, se ha*

Respecto a la entrada en un domicilio amparada por la doctrina del estado de necesidad, ha sido admitida tanto por el Tribunal Constitucional en su sentencia 22/1984 de 17 de febrero, como por el Tribunal Supremo, entre otras, por las sentencias de 16 de julio y de 22 de octubre de 1993. Resulta evidente que la protección del derecho a la inviolabilidad domiciliaria está sometida al régimen general de preponderancia de bienes jurídicos en caso de colisión de intereses, por lo que la entrada en un domicilio estaría justificada por el estado de necesidad siempre que tal intromisión se produzca en aras a defender un bien jurídico superior a la intimidad personal o familiar, como serían la vida, la integridad física o la libertad ambulatoria. Además, sería necesario que la entrada en el domicilio fuera una medida necesaria e insustituible por otra menos gravosa. Si se dieran estos requisitos, la entrada estaría cubierta por el estado de necesidad, no así el registro, salvo excepciones⁴⁹⁶.

Además, no se puede olvidar los casos de limitación de los derechos fundamentales en los supuestos excepcionales que prevé el artículo 55 de la Constitución.

En los casos de declaración de los estados de alarma, excepción y sitio, de acuerdo con el artículo 55.2 de la Constitución: *“los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1 a) y d) y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de*

afirmado que requiere ley orgánica únicamente la regulación de un derecho fundamental o de una libertad que “desarrolle” la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, ya sea en una regulación directa, general y global del mismo o en una parcial o sectorial, pero igualmente relativa a aspectos esenciales del derecho, y no, por parcial, menos directa o encaminada a contribuir a la delimitación y definición legal del derecho” (STC 127/1994, fundamento jurídico 3º). Desarrollar no puede equipararse a simplemente afectar”.

Además, para entender cumplida la exigencia constitucional, es necesario que la norma contenga los elementos necesarios para que el ciudadano sepa en qué condiciones y circunstancias se pueden restringir sus derechos fundamentales. *Vid.* entre otras, SSTC 70/2002, 169/2001, 47/2000, 49/1999, 86/1996 y 52/1995.

⁴⁹⁶ *Vid.* RODRÍGUEZ SOL, L.: *Registro domiciliario y prueba ilícita...cit.*, págs. 134 y ss.

sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción". Este extremo fue desarrollado por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma excepción y sitio, que regula en el artículo 17 cómo deben llevarse a cabo los registros domiciliarios en caso de declaración de estos estados. Así, la autoridad gubernativa (para el estado de excepción) o la autoridad militar (en caso de estado de sitio) podrá disponer la diligencia de entrada y registro si lo considera necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o para el mantenimiento del orden público; se proveerá a los agentes de orden formal y escrita; el registro podrá ser presenciado por el titular (o el encargado de la casa o por miembros de su familia mayores de edad) y, en todo caso, por dos testigos (cuya presencia es obligatoria); del registro se levantará acta; después, la autoridad comunicará inmediatamente al juez competente las inspecciones y registros efectuados, las causas que los motivaron y los resultados de los mismos.

Para el caso de investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, el artículo 55.2 de la norma fundamental establece que *"una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en 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. 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"*.

La Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, dio una nueva redacción al artículo 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que permite a los agentes de policía *"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 al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe 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 de 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 hayan intervenido y los incidentes ocurridos”.

En este caso, por tanto, no es necesaria la previa autorización judicial, de manera que si existe un caso de excepcional o urgente necesidad⁴⁹⁷, los agentes de policía pueden entrar en cualquier lugar o domicilio para efectuar la inmediata detención de personas integradas o relacionadas con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes⁴⁹⁸, así como proceder al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares.

Ahora bien, puesto que estas medidas suponen restricción de derechos fundamentales, no pueden realizarse al margen del control judicial, que, si no ha sido posible efectuarse antes, se hará con posterioridad; de ahí que el precepto establezca la obligatoriedad de dar cuenta inmediata al juez.

Por banda armada deberemos entender una asociación ilícita, de las previstas en nuestro texto penal, concretamente en el artículo 516 del código penal. Ha de tratarse de una banda “armada”, esto es, que opere con determinados medios o instrumentos de defensa, que la jurisprudencia exige

⁴⁹⁷ Estamos, por tanto, ante supuestos que sólo se pueden llevar a cabo como excepción y de forma concreta. *Vid.* HERRERO HERRERO, C.: *Competencias excepcionales de los agentes de policía en materia de entrada, detención y registro en lugar cerrado. Potenciales conexiones con la denominada prueba ilícita (I)*, La Ley Penal, nº 88, Sección Estudios, Diciembre 2011, pág. 24.

⁴⁹⁸ Ha de tratarse de personas determinadas relacionadas con acciones de bandas armadas o elementos terroristas, objeto de investigación. *Vid.* HERRERO HERRERO, C.: *Competencias excepcionales de los agentes de policía en materia de entrada, detención y registro en lugar cerrado...cit.*, pág. 24.

que sean armas de fuego, bombas de mano, explosivos o similares⁴⁹⁹. Además, la doctrina y la jurisprudencia exigen una serie de requisitos configuradores para que podamos hablar de banda armada⁵⁰⁰:

- Tener un número suficiente de miembros, organizados para determinados fines ilícitos.
- Existencia de una organización suficiente y adecuada para poder llevar a cabo la actividad ilegal prevista, lo que supone que exista una estructura y una jerarquía entre sus miembros.
- Vocación de permanencia, esto es, destinado a durar en el tiempo.
- Finalidad específicamente delictiva, si bien no es necesaria una delimitación totalmente precisa en la modalidad o actividad delictiva.
- Capacidad bastante para producir en la comunidad terror o rechazo colectivo, haciéndole sentir inseguridad ciudadana.

Respecto a los “individuos⁵⁰¹ o elementos terroristas”, su delimitación respecto al concepto que acabamos de exponer no queda claro⁵⁰². La STS de 19 de enero de 2007 ha tratado de establecer tal distinción, señalando que es *“la naturaleza de la acción cometida, la finalidad perseguida con esta actuación, la que determina el carácter terrorista o no de la misma, para cuya comisión se constituye, o en la que incurre una vez constituida”*.

⁵⁰⁰ Vid. HERRERO HERRERO, C.: *Competencias excepcionales de los agentes de policía en materia de entrada, detención y registro en lugar cerrado...*cit., págs. 25 y ss.

⁵⁰¹ Si bien, tradicionalmente se mantenido una visión de terrorismo como actividad organizada o de grupo, que hacía difícil penar que una persona pudiera actuar en solitario para cometer actos terroristas, *“no parece dudoso que, hoy, y por ejemplo, los terrorismos denominados químicos, biológicos, nucleares, no puedan ser puestos en práctica por individuos aislados. Con estos medios, tales individuos pueden llevar a cabo acciones con fines sociopolíticos o de alterar gravemente la paz pública”*. Vid. HERRERO HERRERO, C.: *Competencias excepcionales de los agentes de policía en materia de entrada, detención y registro en lugar cerrado...*cit., págs. 27 y ss.

⁵⁰² Vid. HERRERO HERRERO, C.: *Competencias excepcionales de los agentes de policía en materia de entrada, detención y registro en lugar cerrado...*cit., pág. 27.

Finalmente también se habla de “individuos rebeldes”; para acotar este concepto debemos acudir a la STC 199/1987, de 16 de diciembre: *“Es cierto que el artículo 55.2 no ha mencionado expresamente a los rebeldes, sino sólo a las bandas armadas o elementos terroristas. Sin embargo, no cabe duda de que, como señala el Letrado del Estado, la rebelión es la más grave de las acciones delictivas susceptibles de ser realizadas, o intentadas, por una banda armada. Por definición, la rebelión se realiza por un grupo, que tiene el propósito de uso ilegítimo de armas de guerra o explosivos, con una finalidad de producir la destrucción o eversión del orden constitucional. A su vez el artículo 8 de la Ley Orgánica 8/84 equipara la integración en una organización rebelde a la integración en una banda armada, refiriéndose a la utilización de “armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos o medios incendiarios de cualquier clase”. Por ello, a tales rebeldes, en cuanto integran el concepto de banda armada del artículo 55.2 CE, les resulta legítimamente aplicable la suspensión de derechos a la que habilita el precepto constitucional”*.

Es necesario, además, que estas bandas, o elementos terroristas o rebeldes, estén llevando a cabo una acción delictiva en virtud de la cual reciben este apelativo⁵⁰³.

Se trata de casos en que no existe flagrancia, pero en los que tampoco se tiene tiempo de solicitar una resolución judicial⁵⁰⁴. La STC 199/1987, de 16 de diciembre, ha aclarado que *“sólo de forma excepcional, en supuestos absolutamente imprescindibles y en los que las circunstancias del caso no*

⁵⁰³ Vid. HERRERO HERRERO, C.: *Competencias excepcionales de los agentes de policía en materia de entrada, detención y registro en lugar cerrado...cit.*, pág. 30. Enumera este autor los siguientes delitos: delitos comprendidos en los artículos 472, 473 y 475, y 571 a 577 CP.

⁵⁰⁴ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...*pág. 43; Vid. HERRERO HERRERO, C.: *Competencias excepcionales de los agentes de policía en materia de entrada, detención y registro en lugar cerrado...cit.*, pág. 31. Considera este autor que en estos casos, dado que existen unos acontecimientos de urgente y extrema necesidad, que han de ser solventados por los agentes policiales, a fin de evitar graves daños a los ciudadanos, a la convivencia o a la justicia, estaríamos ante un estado de necesidad.

permitan la oportuna adopción previa de medidas por la autoridad judicial, por tener que procederse a la inmediata detención de un presunto terrorista, es cuando podrá operar la excepción a la necesidad de previa autorización o mandato judicial’.

Además esta medida tan solo podría aplicarse de manera individual o a un grupo reducido de personas, sin que quepan entradas indiscriminadas sobre un colectivo amplio, como por ejemplo todo un barrio, que sería el caso de los denominados “peinados”⁵⁰⁵.

Otro supuesto en que cabe la conculcación de la inviolabilidad domiciliaria es el previsto en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. El artículo 15, tras establecer en su apartado 1 que los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sólo podrán proceder a la entrada y registro en domicilio en los casos permitidos por la Constitución y en los términos que fijen las leyes, dice que: “2. *Será causa legítima suficiente para la entrada en domicilio la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad.*

3. Para la entrada en edificios ocupados por organismos oficiales o entidades públicas, no será preciso el consentimiento de la autoridad o funcionario que los tuviere a su cargo.

4. Cuando por las causas previstas en este artículo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad entren en un domicilio particular, remitirán sin dilación el acta o atestado que instruyan a la autoridad judicial competente”.

Por lo que respecta a lugares públicos, el artículo 18 permite a los agentes de la autoridad practicar las comprobaciones en las personas, bienes y vehículos que sean necesarias para impedir que en las vías, lugares y establecimientos públicos se porten o utilicen ilegalmente armas, explosivos,

⁵⁰⁵ Vid. RODRÍGUEZ SOL, L: *Registro domiciliario y prueba ilícita...cit.*, pág. 140.

sustancias peligrosas u otros objetos, instrumentos o medios que generen un riesgo potencialmente grave para las personas, susceptibles de ser utilizados para la comisión de un delito o alterar la seguridad ciudadana, cuando tengan indicios de su eventual presencia en dichos lugares, procediendo, en su caso, a su intervención. Este artículo además establece que, a tal fin, los ciudadanos tienen el deber de colaborar y no obstaculizar la labor de los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones.

Estos casos excepcionales, que han de ser interpretados restrictivamente⁵⁰⁶, no están exentos de la intervención judicial, ya que el juez deberá comprobar la legalidad de la entrada y registro, si bien, ésta se produce a posteriori.

La entrada y el registro domiciliario constituyen medidas que afectan a la inviolabilidad del domicilio, ya que suponen una intromisión realizada por los órganos jurisdiccionales en este derecho fundamental. Se trata de medidas diferentes, ya que mediante la entrada únicamente se penetra en el domicilio. Con el registro, se buscan, además, datos para la investigación y elementos de prueba. El registro siempre presupone una entrada previa y supone un plus a esa injerencia domiciliaria, mientras que la entrada no necesariamente se produce siempre para proceder al registro⁵⁰⁷.

Desde el punto de vista procesal, la entrada y registro en lugar cerrado es un acto de investigación consistente en la penetración en un determinado recinto aislado del exterior, con la finalidad de buscar y adquirir las fuentes de la investigación o la propia persona del procesado, y que además comporta vulneración de los derechos fundamentales⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ STS 27 de mayo de 1993.

⁵⁰⁷ Vid. RODRÍGUEZ SOL, L: *Registro domiciliario y prueba ilícita...*cit., 1998, pág. 5.

⁵⁰⁸ Las diligencias o actos de investigación son los que se realizan en el procedimiento preliminar (sumario o diligencias previas) para descubrir los hechos criminales que se han producido y sus circunstancias, y las persona o personas que los hayan podido cometer, de manera que una vez investigado todo ello quede preparado el juicio oral, o en su caso, se tenga que terminar el proceso por sobreseimiento. Estos actos de investigación pueden dar lugar a los actos de prueba. Vid. MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN

Tal y como indica BARJA DE QUIROGA, hasta hace relativamente poco, era frecuente afirmar que la finalidad del proceso penal era la investigación dirigida a la obtención de la verdad para proceder a la aplicación del código penal, distinguiéndose así entre la verdad material o real y la verdad formal. Señala este autor que debe afirmarse que lo que se busca es la verdad forense o formalizada, ya que *“la verdad no puede obtenerse a cualquier precio, dado que es preciso detener la búsqueda de la verdad y someter dicha búsqueda a los parámetros marcados por la Constitución”*. Continúa diciendo que *“el mantenimiento de un Estado de Derecho y el respeto a los derechos fundamentales y las garantías que los rodean, son bienes suficientemente importantes y trascendentes, que pueden y deben, en ocasiones, poner límites a la búsqueda de la verdad. Así pues, la importancia que tiene el descubrimiento de la verdad, no legitima el desconocimiento de las garantías establecidas para defender los derechos fundamentales o para disciplinar la lesión justificada de los mismos”*⁵⁰⁹. No podemos estar más de acuerdo con esta afirmación, ya que carece de todo sentido promulgar unos valores y derechos fundamentales de nuestro Estado de Derecho para salvaguardar y proteger a los ciudadanos, y luego no hacer valer esos mismos derechos para poder sancionar a los individuos.

En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de diciembre de 1998 al señalar que *“la inviolabilidad del domicilio, como el resto de los derechos fundamentales y libertades públicas que se consagran en los artículos 14 a 29 de la Constitución, es una significativa expresión de la dignidad del ser humano y del respeto que tal*

REDONDO, A., BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 160-162.

Se trata de actos de investigación criminal por medios de los cuales el poder público realiza una intromisión legítima en la esfera de algunos derechos fundamentales en aras de una mayor eficacia en la persecución de los delitos. *Vid.* MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 241.

En el mismo sentido *vid.* GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2014, pág. 263.

⁵⁰⁹ *Vid.* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo II, Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 1898.

condición exige a los poderes públicos en sus relaciones con el individuo. Los derechos fundamentales de las personas -conseguidos por el hombre a través de siglos de sufrimiento, de lucha y de esperanzas frustradas por el egoísmo de otros hombres que encarnaban o representaban al estado en cualquiera de las denominaciones o formas de organización política que se han ido sucediendo a través de la historia- diferencia nítidamente al ciudadano del súbdito, al hombre libre de las sociedades democráticas respetuosas del Estado de Derecho, del individuo sometido a la arbitrariedad y al abuso propios de los sistemas sociales totalitarios del signo que fueren.

Es por ello por lo que los derechos básicos de los seres humanos no sólo deben ser estar reconocidos en el ordenamiento jurídico del estado, sino que, sobre todo, deben ser observados y respetados por los propios poderes públicos que, además, deben protegerlos y defenderlos frente a las propias tendencias estatales de invasión de los ámbitos de libertad del ciudadano, para ampliar y aumentar de esa manera el poder del estado. Es cierto, sin embargo, que los derechos fundamentales y las libertades públicas proclamados en el texto constitucional no tienen naturaleza de absolutos o incondicionales. Tampoco el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Porque, en ocasiones deben ceder ante la presencia de valores o intereses superiores en conflicto con aquellos que, en general, representan al bien común y que, por ello, deben prevalecer sobre el interés particular. No obstante, estas excepciones al ejercicio de los derechos fundamentales deben ser establecidas con suma cautela y rigurosamente diseñadas y reguladas a fin de evitar que un exceso de permisividad en la excepción pueda reducir en la práctica aquellos derechos fundamentales a meras declaraciones programáticas sin contenido real, o, dicho de otra manera, que la invocación a una supuesta situación de excepción se convierta en patente de corso para invadir e impedir de hecho al ciudadano el ejercicio de los derechos básicos inherentes a su condición del ser humano, que quedarían así reducidos a un simple valor testimonial. El artículo 18.2 CE ha establecido los supuestos en los que el domicilio de una persona deja de ser inviolable: la existencia de una resolución judicial, la flagrancia delictiva y e!

consentimiento del titular. Y han sido el Tribunal Constitucional y este Tribunal Supremo los que, a partir del texto del mencionado precepto, han ido perfilando su contenido sobre la base de una interpretación rigurosa y de claros matices restrictivos en defensa, precisamente, de preservar la esencia de tan relevante derecho”.

Es evidente, pues, que dado el carácter de derecho fundamental que tiene la inviolabilidad del domicilio, es necesario encontrar el justo equilibrio entre el deber de los poderes públicos de perseguir los delitos y hacer cumplir la legalidad vigente, y el respeto a ese ámbito de privacidad que representa este derecho para los ciudadanos. En cierta medida, ese equilibrio cobrará realidad siempre y cuando la entrada y registro se lleve a efecto con gran cautela y rodeándola de las garantías necesarias⁵¹⁰.

Vamos a analizar ahora cada uno de estos supuestos previstos en nuestra Constitución en que cabe legítimamente la entrada y registro, a saber: consentimiento del titular, flagrante delito y resolución judicial. Para ello vamos a atender a lo dispuesto al respecto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que regula la entrada y registro en lugar cerrado dentro del 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”, artículos 545 a 572.

5.2.1. CONSENTIMIENTO DEL TITULAR

El primer supuesto en que estaría permitida la entrada en un domicilio es si el titular da su consentimiento⁵¹¹. El artículo 551 de la LECrim aclara que “*se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere*

⁵¹⁰ Vid. SÁNCER PELEGRINA, A.: *Tratamiento jurisprudencial de la diligencia de entrada y registro domiciliario. Especial mención a la STC 10/2002, de 17 de enero, sobre la práctica de tal medida en las habitaciones de los hoteles*, La Ley Penal, Nº 37, Sección Doctrina, Octubre 2002, Ref. XXXVII, pág. 5.

⁵¹¹ Ha declarado el Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de junio de 1998 que se trata de “*una aprobación, una aquiescencia, un asentimiento, una licencia o una venia que soslaya cualquier otra exigencia procedimental*”.

de efectuar la entrada y registro para que los permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el artículo 6º de la Constitución del estado (actualmente art. 18.2 de la Constitución Española).”

Ahora bien, para que este consentimiento sea válido para entender que se puede conculcar un derecho fundamental, es necesario que se reúna una serie de requisitos⁵¹².

En primer lugar ha de ser manifiesto, es decir, que el titular lo haya expresado de forma auténtica que permita tener constancia del mismo⁵¹³. Ha de constar de tal manera que luego pueda acreditarse. Hay autores, como BARJA DE QUIROGA, que exigen que ese consentimiento sea expreso⁵¹⁴. No obstante, el Tribunal Supremo, parece admitir el consentimiento presunto, si bien, en caso de duda ha de optarse por la no prestación del mismo; así lo recoge en la STS de 30 de noviembre de 2009⁵¹⁵ en la que señala que *“el consentimiento ha de ser prestado expresamente, pues aunque la ley procesal regule sólo el consentimiento presunto, este precepto ha de ser interpretado*

⁵¹² Vid. SSTS de 4 de noviembre de 2002 y de 29 de abril de 2011.

⁵¹³ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...*cit., pág. 74; ALONSO PÉREZ, F.: *El consentimiento del titular en la diligencia de entrada y registro*, Diario La Ley, Nº 5602, Sección Doctrina, Septiembre 2002, págs. 5 y ss.

⁵¹⁴ En este sentido señala BARJA DE QUIROGA, que no es suficiente con la diligencia en el atestado de la policía diciendo que el titular del domicilio consiente la entrada: *“evidentemente una diligencia en el atestado indicando que el titular del domicilio consiente la entrada y registro es, a todas luces, inoperante. No se trata de entrar a apreciar qué testimonio puede ser considerado más real, si el del funcionario de policía que afirma el consentimiento o el del titular del domicilio que niega haberlo prestado, sino que, reuniendo el acto (la entrada y registro) los caracteres de un ilícito ha de acreditarse plenamente por qué en el caso concreto de que se trate no lo constituye, y esto no puede realizarse simplemente con su mera afirmación, máxime cuando tal diligencia no está amparada por ninguna fe, ni se trata de una declaración de un tercero ajeno, sino que forma parte al mismo tiempo de la justificación de su obrar. Además, en el caso de que hubiera firmado la diligencia consintiendo la entrada y registro, si posteriormente lo niega, ha de tenerse en cuenta que cualquier confesión firmada en sede policial y negada ante la autoridad judicial, resulta absolutamente inutilizable a efectos probatorios”*. Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo II...cit., págs. 1899-1900.

⁵¹⁵ Siguiendo la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en la STC 22/1984, de 30 de octubre.

restrictivamente porque el consentimiento tácito ha de constar de modo inequívoco y la duda sobre el consentimiento presunto hay que resolverla a favor de la no autorización, en virtud del principio "in dubio pro libertas" y el criterio del Tribunal Constitucional de interpretar siempre las normas en el sentido más favorable a los derechos fundamentales de la persona, en este caso del titular de la morada (SSTS 5 marzo y 3 octubre 1996, 7 de marzo de 1997, 26 junio de 1998)".

A esto cabe añadir que, si atendemos al tenor literal del artículo 551 que acabamos de transcribir, sí cabría este consentimiento presunto, ya que dispone que se entenderá que presta el consentimiento, "*quien ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan*" para que pueda llevarse a cabo la entrada y registro.

En nuestra opinión, el consentimiento debe ser otorgado de manera expresa, y tan solo debería admitirse el presunto si, posteriormente, en sede judicial, el titular del mismo reconociera que en su día prestó libremente el consentimiento. Si existieran dudas, estamos de acuerdo con la tesis mantenida en esta sentencia, y debería entenderse que el consentimiento no ha sido válidamente emitido.

El consentimiento ha de ser previo y puede revocarse en cualquier momento.

Debe quedar patente que el sujeto ha quedado perfectamente enterado del objeto del requerimiento⁵¹⁶, y, si fuera necesario, debe dejarse un plazo suficiente entre la solicitud de entrada y la misma para que el sujeto pueda decidir y oponerse. Por tanto, ha de darse para un asunto concreto, del que tenga conocimiento quien lo presta, sin que se pueda aprovechar para otros

⁵¹⁶ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...*cit., pág. 74.

finés distintos, tal y como ha dicho el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de junio de 2001⁵¹⁷.

Además, se tiene que haber prestado una vez el individuo ha sido informado de sus derechos, principalmente el derecho a no consentir la entrada y registro⁵¹⁸.

Ha de otorgarse por persona capaz⁵¹⁹, esto es, con capacidad plena para querer y entender el significado del permiso de entrada que está concediendo. No puede considerarse válido el consentimiento prestado en supuestos de minusvalía psíquica aparente, esté o no declarada judicialmente, ya que el artículo 25 del Código Penal establece que, a los efectos del código, *“se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le*

⁵¹⁷ Declara el Tribunal Supremo en esta sentencia: *“la conclusión del análisis efectuado no puede ser otro, tal y como refleja la Sala de Casación, que la nulidad de la entrada en el domicilio de los funcionarios policiales del Grupo de Estupefacientes al no existir autorización de la cotitular del piso para permitirles la entrada, conocedora de la concreta investigación relativa al sobre recibido que les había llevado a dicha vivienda. Es claro que la autorización dada por la cotitular de una vivienda para permitir el acceso a la misma de la policía con una finalidad concreta no puede extenderse, ni por tanto cubre la entrada de otros policías por otra investigación independiente de la primera, la autorización dada lo fue en el marco y con la finalidad para la que fue solicitada, las gestiones con el hijo menor de la pareja, no fue un cheque en blanco, ahí agotó toda su potencialidad legitimadora de la entrada. La subsiguiente de los agentes de la Brigada de Estupefacientes hubiera exigido de nueva y cumplida autorización de la cotitular del piso a sabiendas de la nueva investigación, o en su caso autorización judicial, al no existir aquella, ni solicitarse esta, es claro que dicha entrada vulneró el derecho a la inviolabilidad del domicilio.”*

⁵¹⁸ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo II...cit., págs. 1899-1900. Señala este autor que, por ejemplo, si *“la persona consiente inmediatamente después de ser detenida previo un tiroteo, es difícil admitir que en tales condiciones se encuentre en una situación que le permita prestar un consentimiento válido. Tampoco es aceptable un consentimiento concedido debido a la promesa de la puesta en libertad del que consiente o de algún familiar, etc.”*.

⁵¹⁹ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...*cit., pág. 75; RODRÍGUEZ SOL, L.: *Registro domiciliario y prueba ilícita...*cit., pág. 103. Indica este último autor que si se trata de un menor emancipado habrá que atender a si tiene o no suficiente juicio.

*impida gobernar su persona o bienes por sí misma*⁵²⁰. Tampoco sería válido el consentimiento otorgado por un menor de edad.

Ha de haber sido emitido consciente y libremente⁵²¹, sin que existan vicios que lo invaliden, esto es: error, violencia o intimidación⁵²², o promesas policiales de cualquier tipo⁵²³.

Si la persona se encuentra detenida, el consentimiento será válido si el detenido ha tenido asistencia letrada⁵²⁴. Efectivamente, si una persona se encuentra detenida, su libertad de consentimiento puede verse perturbada y no producirse en las condiciones de serenidad y libertad adecuadas para permitir la invasión de un derecho fundamental, que además puede afectar a su defensa; por ello se exige la asistencia de letrado en estos casos. Así lo ha señalado también el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, entre otras,

⁵²⁰ Vid. RIVES SEVA, A.P.: *La diligencia de entrada y registro domiciliario...*cit., pág. 65.

En este extremo resulta interesante la STS de 28 de octubre de 2010, que se pronunció respecto a la validez del consentimiento prestado por una persona levemente afectada por la ingesta de drogas, frente a lo que concluyó el Tribunal Supremo que, si la afección de las facultades es leve, sí sería válido el consentimiento, debiendo rechazarse únicamente si el estado de intoxicación fuera el suficiente para apreciar una eximente, completa o incompleta.

⁵²¹ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...*cit., pág. 75. Apunta este autor que, de acuerdo con la jurisprudencia, el consentimiento no será libre si la policía oculta su verdadera identidad para obtener la autorización de entrada.

En el mismo sentido Vid. FIGUEROA NAVARRO, M.C.: *Las diligencias de entrada y registro domiciliario*, La Ley Penal, n.º 2, Sección de Informe de Jurisprudencia, Febrero de 2004, pág. 13.

⁵²² Resulta aplicable aquí la teoría de los vicios del consentimiento. RODRÍGUEZ SOL, L.: *Registro domiciliario y prueba ilícita...*cit., págs. 100 y ss.; LUZÓN CUESTA, J.M.: *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario...*cit., págs. 42 y ss.

⁵²³ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...*cit., pág. 76; RIVES SEVA, A.P.: *La diligencia de entrada y registro domiciliario...*cit., pág. 66; FIGUEROA NAVARRO, M.C.: *Las diligencias de entrada y registro domiciliario...*cit., pág. 13.

⁵²⁴ Vid. LUZÓN CUESTA, J.M.: *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario...*cit., págs. 42 y ss.; RIVES SEVA, A.P.: *La diligencia de entrada y registro domiciliario...*cit., pág. 67; RODRÍGUEZ SOL, L.: *Registro domiciliario y prueba ilícita...*cit., pág. 106; FIGUEROA NAVARRO, M.C.: *Las diligencias de entrada y registro domiciliario...*cit., pág. 14; SÁNCER PELEGRINA, A.: *Tratamiento jurisprudencial de la diligencia de entrada y registro domiciliario. Especial mención a la STC 10/2002, de 17 de enero, sobre la práctica de tal medida en las habitaciones de los hoteles...*cit., pág. 6; ALONSO PÉREZ, F.: *El consentimiento del titular en la diligencia de entrada y registro...*cit., págs. 8 y ss.

la de 18 de febrero de 1994, 8 de julio de 1994, 26 de febrero de 1996, de 18 de diciembre de 1997, 2 de diciembre de 1998, 11 de diciembre de 1998⁵²⁵, 8 de noviembre de 1999, 13 de marzo de 2000, 16 de mayo de 2000, 14 de noviembre de 2000 y 5 de noviembre de 2001. Concretamente, la STS de 24 de mayo de 2001 afirma que *“de acuerdo con el artículo 118 LECrim. toda persona detenida tiene derecho a la defensa y a ser defendida por un letrado desde el momento, inter alías, de su detención y, en este caso, según las reglas del artículo 520.4 LECrim. Asimismo es un contenido esencial del derecho de defensa que toda renuncia al ejercicio de una facultad legal que pueda determinar una inculpación del titular o un empeoramiento de su posición en el proceso sea adoptada formalmente contando con la asistencia de letrado. Esta exigencia derivada de la esencia misma del derecho fundamental no puede ser sometida a restricción alguna sin un fundamento que la pueda justificar. En todo caso, sólo cabría pensar en una limitación en casos de urgencia extrema.*

De estas premisas se deduce que el consentimiento prestado por la acusada para permitir la entrada y registro de su domicilio, estando detenida y sin contar con asistencia letrada, carece de valor y debe dar lugar a la prohibición de valoración de la prueba obtenida mediante un consentimiento procesal invalidado”.

El consentimiento se puede prestar de manera oral o por escrito, pero posteriormente se debe reflejar de manera documental para su constancia⁵²⁶.

⁵²⁵ Establece el Tribunal Supremo que *“resulta especialmente relevante diferenciar la situación de la persona que, en libertad, accede a autorizar la entrada y registro de su domicilio, de aquella otra que se presenta cuando el que abdica de su derecho se encuentra detenido en poder de las fuerzas policiales, en unas condiciones anímicas que han sido calificadas por esta misma sala como de “intimidación ambiental”.*

⁵²⁶ Vid. ALONSO PÉREZ, F.: *El consentimiento del titular en la diligencia de entrada y registro...cit.*, pág. 5; FIGUEROA NAVARRO, M.C.: *Las diligencias de entrada y registro domiciliario...cit.*, pág. 14. El Tribunal Supremo ha aceptado, como medio acreditativo del mismo, la firma del interesado en el acto de entrada y registro (bien en el atestado o en el acta levantada al efecto) y las declaraciones de los policías en el juicio oral (sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1990, de 4 de diciembre de 1992, de 9 de noviembre de 1994, de 30 de septiembre de 1996 y de 7 de marzo de 1997).

Si existen dudas sobre la validez del consentimiento, éstas deben resolverse de la forma más favorable a la intimidad domiciliaria, en virtud del principio *in dubio libertatis*⁵²⁷.

Ahora bien, el consentimiento válido será el de la persona que resulte titular del derecho a la intimidad domiciliaria, esto es, quien efectivamente habite en la morada⁵²⁸, que puede coincidir con la figura del propietario o no⁵²⁹. El problema se plantea cuando la vivienda es ocupada por varias personas; sería aquí válida la misma solución que en el supuesto de domicilio ocupado por varias personas cuando hablamos del delito de allanamiento de morada, si bien este caso resultaría un tanto más complejo, habida cuenta que puede haber uno de los moradores sometido a investigación criminal mientras el resto no⁵³⁰, en cuyo caso, ¿podríamos admitir que basta con el consentimiento de cualquiera de los moradores aunque contra ellos no se dirija investigación alguna?

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido aceptando la autorización de cualquiera de los habitantes aunque contra ellos no se haya hecho imputación alguna. En este sentido encontramos, entre otras⁵³¹, la STS de 24 de junio de 2009 que señala: “*la jurisprudencia de esta misma sala ha proclamado la idea de que en los supuestos de domicilio compartido el*

⁵²⁷ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...*cit., pág. 78; LUZÓN CUESTA, J.M.: *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario...*cit., pág. 40; RIVES SEVA, A.P.: *La diligencia de entrada y registro domiciliario...*cit., pág. 66; RODRÍGUEZ SOL, L: *Registro domiciliario y prueba ilícita...*cit., pág. 93; FIGUEROA NAVARRO, M.C.: *Las diligencias de entrada y registro domiciliario...*cit., pág. 13; ALONSO PÉREZ, F.: *El consentimiento del titular en la diligencia de entrada y registro...*cit., pág. 9.

Así lo ha señalado también la STS de 4 de marzo de 1999.

⁵²⁸ Es indiferente el título en virtud del cual sea poseedor o morador, siempre y cuando sea legítimo. Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...*cit., pág. 78; FIGUEROA NAVARRO, M.C.: *Las diligencias de entrada y registro domiciliario...*cit., pág. 14; ALONSO PÉREZ, F.: *El consentimiento del titular en la diligencia de entrada y registro...*cit., pág. 5.

⁵²⁹ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo II...cit., págs. 1902.

⁵³⁰ Vid. RODRÍGUEZ SOL, L: *Registro domiciliario y prueba ilícita...*cit., pág. 95.

⁵³¹ En el mismo sentido encontramos las SSTS de 14 de julio de 1992 y de 17 de abril de 2001.

consentimiento de otros moradores distintos al acusado o imputado legitima el registro domiciliario (SSTS 2590/1993, de 23 de diciembre, 1968/1994, 9 de noviembre y 2194/2002, de 30 de diciembre)”.

No obstante también encontramos sentencias del Tribunal Supremo en sentido contrario, como la STS de 14 de noviembre del 2000, que argumenta que *“una lectura constitucional del artículo 551 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, nos lleva a la conclusión de que el consentimiento para la entrada sin mandamiento judicial, lo tiene que prestar la persona que, por su situación respecto del domicilio o vivienda, se encuentra en condiciones de ejecutar los actos que de él dependan para franquear el acceso material al domicilio, del que es tan titular como el otro componente matrimonio o la pareja. En este caso es evidente que la persona que se encontraba en la vivienda no permitió la entrada a la patrulla policial, por lo que el consentimiento dado por su pareja en comisaría, no habilitaba para realizarla violentamente si el otro titular no lo autorizaba. Precisamente por los antecedentes de la investigación, se pone de relieve que la policía conocía que la vivienda era compartida por ambos acusados, por lo que lo más razonable y adecuado a la Constitución, hubiera sido solicitar por medios urgentes (teléfono, fax...), la autorización judicial para la entrada en la misma, lo que eliminaba cualquier obstáculo que pudiera presentarse y habría facilitado que se alcanzasen los objetivos previstos, ya que las sospechas eran razonables”.* Por tanto, esta sentencia considera que estamos ante un caso de ausencia de consentimiento que invalida los efectos probatorios de la entrada y el registro.

En la reciente sentencia de 2 de junio de 2014, el Tribunal Supremo ha aclarado que *“en definitiva, la doctrina jurisprudencial sobre la asistencia del interesado al registro puede resumirse muy sintéticamente diciendo que en el supuesto de que el imputado se encuentre detenido, bien con anterioridad al registro o bien en el propio acto del mismo, es imprescindible como regla general su asistencia al registro, so pena de nulidad de la diligencia, salvo excepciones por causa justificada, encontrándose entre estas excepciones los*

supuestos de hospitalización, detención en lugar alejado o registros simultáneos.

En el supuesto de que el imputado no se encuentre detenido, debe asistir asimismo a la diligencia si se encuentra presente en el domicilio cuando se vaya a practicar el registro, lo que constituye la alternativa preferente. Si no es habido en ese momento, puede ser sustituido por cualquier familiar u otro morador de la vivienda, mayor de edad.

En el supuesto de que haya una pluralidad de moradores imputados, y ninguno se encuentre detenido, en principio es suficiente para la validez del registro la presencia del morador o moradores que se encuentren en la vivienda cuando se vaya a practicar el registro”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional mantiene que aunque el derecho corresponde a cada uno de los que conviven en el domicilio, la titularidad para conceder el consentimiento no puede corresponder a cualquiera en aquellos casos en que existen intereses contrapuestos entre los convivientes. Así, la STC 22/2003 de 10 de febrero señala que *“como regla general puede afirmarse que en una situación de convivencia normal, en la cual se actúa conforme a las premisas en que se basa la relación, y en ausencia de conflicto, cada uno de los cónyuges o miembros de una pareja de hecho está legitimado a prestar el consentimiento respecto de la entrada de un tercero en el domicilio, sin que sea necesario recabar el del otro, pues la convivencia implica la aceptación de entradas consentidas por otros convivientes.*

A esa situación normal parece responder el texto expreso de la Constitución Española. En efecto, el artículo 18.2 CE, tras proclamar que el domicilio es inviolable, declara que "ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin el consentimiento del titular o autorización judicial", excepto en los casos de flagrante delito.

De modo que, aunque la inviolabilidad domiciliaria, como derecho, corresponde individualmente a cada uno de los que moran en el domicilio, la titularidad para autorizar la entrada o registro se atribuye, en principio, a

cualquiera de los titulares del domicilio, por lo que pueden producirse situaciones paradójicas, en las que la titularidad para autorizar la entrada y registro pueda enervar la funcionalidad del derecho a la inviolabilidad domiciliaria para tutelar la vida privada del titular del derecho.

Sin embargo, el consentimiento del titular del domicilio, al que la Constitución se refiere, no puede prestarse válidamente por quien se halla respecto al titular de la inviolabilidad domiciliaria, en determinadas situaciones de contraposición de intereses que enerven la garantía que dicha inviolabilidad representa. Del sentido de garantía del art. 18.2 CE se infiere inmediatamente que la autorización de entrada y registro respecto del domicilio de un imputado no puede quedar librada a la voluntad o a los intereses de quienes se hallan del lado de las partes acusadoras, pues, si así fuese, no habría, en realidad garantía alguna, máxime en casos como el presente, en que hallándose separados los cónyuges, el registro tuvo lugar en la habitación del marido”.

Continúa diciendo esta sentencia que “la aplicación de la doctrina anteriormente expuesta al caso sometido a nuestro enjuiciamiento nos conduce a declarar que el registro practicado por la policía sin autorización judicial y con el solo consentimiento de la esposa vulneró el derecho del recurrente a la inviolabilidad domiciliaria del artículo 18.2 CE. Como hemos venido exponiendo la actuación policial inicial estaba inicialmente legitimada por la flagrancia del delito de amenazas que el recurrente cometió contra su cónyuge en el propio domicilio. No obstante, una vez detenido el recurrente, a salvo la víctima y comprobada la situación tras la primera inspección ocular realizada en la vivienda por los agentes policiales que practicaron la detención, las actuaciones policiales posteriores requerían, bien el consentimiento del afectado (que se encontraba a disposición de la fuerza pública, al hallarse detenido), bien la autorización judicial, que no resultaba excluida por la flagrancia. Sólo de uno u otro modo se hubiera respetado el equilibrio de los intereses en juego conforme a la ponderación de éstos llevada a cabo por la propia Constitución, sin que pueda estimarse válido el consentimiento prestado

por la esposa que, al ser víctima del delito, tenía intereses contrapuestos a los del recurrente en el proceso penal.

En resumen, la policía no demandó al recurrente su consentimiento tras haber sido detenido, ni solicitó autorización judicial, habiendo podido hacerlo sin perjuicio para la investigación ni para la víctima, pues la necesidad de una intervención inmediata había desaparecido tras la actuación inicialmente desarrollada. Por el contrario se conformó con el consentimiento prestado por la esposa, que ciertamente era cotitular del domicilio, pero que (conforme a la doctrina anteriormente expuesta) no estaba legitimada para prestarlo válidamente permitiendo, en un proceso penal instruido por delito del que era víctima, un registro sobre las pertenencias del acusado orientado a la obtención de pruebas incriminatorias contra él. Por lo tanto es necesario concluir que se ha vulnerado el derecho del recurrente a la inviolabilidad domiciliaria (artículo 18.2 CE)”⁵³².

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional respecto a la figura del morador en precario, en su STC 209/2007, de 24 de septiembre: *“Una limitación específica del derecho personal y general de exclusión del titular del domicilio concurre en el derecho de quien habita en una morada por concesión graciosa de un morador que, por las razones que sean, tenga a bien soportar sin contraprestaciones los inconvenientes que soporta su paso a una situación de comorador. En estos supuestos, la lógica de la relación entre los moradores y la propia viabilidad de este tipo de concesiones posesorias hace que no sea válida la ponderación de intereses que el derecho a la inviolabilidad de domicilio resuelve en favor de la exclusión respecto a la inclusión de la visita ajena, y que no pueda imponerse la facultad de exclusión del nuevo morador frente al interés del titular originario de aceptar entradas en su domicilio y organizar de tal modo su vida personal. Al igual que sucede con el ejercicio del derecho de exclusión de los “cotitulares del domicilio de igual derecho y, en concreto, en los casos de convivencia conyugal o análoga” (STC*

⁵³²Estos mismos argumentos son recogidos por el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de noviembre de 2010.

22/2003, de 10 de febrero), en el que concurre usualmente un pacto recíproco de admisión de las entradas consentidas por otro cotitular, puede también hablarse en estas situaciones, que no generan obligaciones para quien cede voluntariamente su morada, de la asunción explícita o implícita por el así beneficiado de la tolerancia con las entradas que el titular originario del domicilio consienta en el mismo.

Esta limitación del derecho a la inviolabilidad de domicilio del segundo morador, sin embargo, puede encontrar a su vez un límite (la excepción de la excepción que provoca el regreso a la regla general) en aquellos casos en que la intromisión en el domicilio sea ajena a los intereses del titular originario, y esté a la vez específicamente orientada a alterar la privacidad de aquél por parte de los agentes de la autoridad. Esto es lo que sucede en el presente caso. Frente a la petición de autorización de los agentes policiales para entrar en la morada a los efectos de detener al sospechoso, o de registrar sus pertenencias, no puede invocarse la limitación del derecho de la inviolabilidad de domicilio del morador en precario en relación con las entradas consentidas por quien le cede la posesión, pues, al tiempo que sólo de un modo muy tenue está en juego el desarrollo de la personalidad de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro (STC 189/2004, de 2 de noviembre). La ponderación de intereses que está en base del derecho a la inviolabilidad de domicilio debe decantarse en este particular supuesto a favor del interés de exclusión del morador a pesar de las peculiaridades de su situación posesoria y de la autorización del titular que había accedido graciosamente a compartir su morada”.

A nuestro parecer, si realmente se quiere salvaguardar el derecho fundamental reconocido por nuestra norma fundamental en el artículo 18.2, debemos seguir la línea marcada por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de noviembre del 2000 y concluir que, en caso de pluralidad de moradores, sólo debe admitirse como válido el consentimiento prestado por el habitante contra el que se dirija la investigación.

Respecto a las habitaciones de hoteles, pensiones y similares, el dueño debe prestar el consentimiento para la entrada general, y para entrar en las habitaciones el consentimiento deberán prestarlo los moradores⁵³³.

5.2.2. FLAGRANTE DELITO

De acuerdo con el artículo 18.2 de la Constitución si no media resolución judicial o consentimiento del titular, únicamente podremos entrar en un domicilio en caso de que exista flagrante delito.

Esta autorización a entrar en un domicilio en caso de flagrante delito no se refiere sólo a los agentes de la autoridad, sino a cualquier persona. Lo que no queda claro es que la autorización sea también para registrar⁵³⁴; esta excepción lo que persigue es evitar la consumación de un delito que se está produciendo, pero una vez se ha evitado, en nuestra opinión, ya no estaría legitimado el registro.

El primer problema con el que nos encontramos es precisar qué debe entenderse por flagrante delito⁵³⁵, ya que la norma constitucional no lo aclara⁵³⁶, si bien, y tras numerosas reformas, actualmente se ha tratado de definir en el artículo 795.1.1 de la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal, en términos similares al artículo 779 de la ley anterior (que luego transcribiremos también): *“1. Sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales, el procedimiento regulado en este título se aplicará a la instrucción y al enjuiciamiento de delitos castigados con pena privativa de libertad que no*

⁵³³ Vid. STS de 24 de enero de 1998.

⁵³⁴ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo II...cit.*, págs. 1955.

⁵³⁵ BARJA DE QUIROGA señala que *“la interpretación del precepto constitucional exige tener en cuenta tres cuestiones: por una parte, el alcance de la norma; por otra parte, el término flagrante delito; y, por último, que, como era lógico, tal precepto no se refiere para nada a problemas probatorios”*. Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo II...cit.*, págs. 1954.

⁵³⁶ Vid. MOLINA, T.: *La entrada y registro practicada por la policía en el supuesto de la flagrancia y la posesión de drogas en domicilio particular*, Anuario Jurídico y Económico Escorialense, XXXVII (2004), pág. 140.

exceda de cinco años, o con cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, cualquiera que sea su cuantía, siempre que el proceso penal se incoe en virtud de un atestado policial y que la Policía Judicial haya detenido a una persona y la haya puesto a disposición del Juzgado de guardia o que, aun sin detenerla, la haya citado para comparecer ante el Juzgado de guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial y, además, concorra cualquiera de las circunstancias siguientes:

1.^a Que se trate de delitos flagrantes. A estos efectos, se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al 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 aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él”.

Ahora bien, este precepto establece lo que “se considerará” como delito flagrante, en orden a los fines concretos que se persiguen, pero no dice en qué consiste el delito flagrante en cuanto tal⁵³⁷.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal anterior lo definía en el artículo 779, hoy derogado, en los siguientes términos: “Se considerará flagrante delito el que se estuviere cometiendo o se acabare de cometer, cuando el delincuente o delincuentes sean sorprendidos. Se entenderá sorprendido en el acto, no sólo el criminal que fuere cogido en el momento de estar cometiendo el delito, sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerle, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga

⁵³⁷ Vid. HERRERO HERRERO, C.: *Competencias excepcionales de los agentes de policía en materia de entrada, detención y registro en lugar cerrado...cit.*, pág. 11.

fuera del inmediato alcance de los que le persigan. También se considerará delincuente in fraganti aquél a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito, con efectos o instrumentos que infundan la presunción vehemente de su participación en él’.

En similares términos lo encontramos en la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, el artículo 398.2, inspirado en el precitado artículo 779: *“se consideran delitos flagrantes los que se estuvieren cometiendo o se acabaren de cometer cuando el delincuente o delincuentes fuesen sorprendidos. Se entenderá sorprendido en el acto de ejecutar el delito no sólo el delincuente que sea aprehendido en el momento de estarlo cometiendo, sino el detenido perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del alcance de los que le persiguen o, aunque se pusiere de momento, quedara dentro de la zona de dicha persecución y se presentare o aprehendiere en las cuarenta y ocho horas siguientes al delito y existan pruebas notorias de haberlo ejecutado”.*

Por tanto, a la luz de estos artículos, podríamos distinguir tres supuestos⁵³⁸: la flagrancia en sentido estricto, esto es, cuando el autor es sorprendido en el momento de cometer el delito; la cuasi flagrancia⁵³⁹ o flagrancia *lato sensu*⁵⁴⁰, esto es, cuando el delincuente es perseguido inmediatamente después de cometer el delito, siempre que no se suspenda la

⁵³⁸ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...*cit., págs. 104 y ss.; RODRÍGUEZ SOL, L: *Registro domiciliario y prueba ilícita...*cit., pág. 112.

⁵³⁹ La cuasiflagrancia sería un estado intermedio entre la flagrancia en sentido estricto y la no flagrancia, y tendría lugar cuando el presunto delincuente es perseguido inmediatamente después de haber cometido el hecho delictivo si se perdido de vista. Vid. RODRÍGUEZ SOL, L: *Registro domiciliario y prueba ilícita...*cit., pág. 116.

⁵⁴⁰ También se denominan delitos testimoniales, en los que *“se ha dado la percepción directa de los Agentes de la Policía Judicial de los hechos cometidos”*. Vid. MOLINA, T.: *La entrada y registro practicado por la policía en el supuesto de la flagrancia y la posesión de drogas en domicilio particular...*cit., pág. 145.

persecución⁵⁴¹; y finalmente el delito *in fraganti*, que sería la sospecha de flagrancia, que es el caso descrito en el último apartado del artículo 779, que ha sido suprimido. Analizaremos estos supuestos más adelante cuando apuntemos la doctrina expuesta por el Tribunal Supremo.

Para tratar de delimitar qué debemos entender por flagrancia podemos acudir también al artículo 553 de la LECrim. que establece: “*Los agentes de policía podrán asimismo proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa 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, así como al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe 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 de 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 hayan intervenido y los incidentes ocurridos”.

⁵⁴¹ Los supuestos en que podemos apreciar la cuasiflagrancia o flagrancia impropia serían los siguientes: la persecución del delincuente inmediatamente después de haber cometido el delito; la aprehensión del delincuente con instrumentos o efectos que racionalmente indiquen que ha tomado parte en el delito; y también aquellos supuestos en que el autor del delito es aprehendido después de haberlo cometido y cesado la persecución, pero llevando todavía consigo las señales o instrumentos del delito. Vid. MOLINA, T.: *La entrada y registro practicado por la policía en el supuesto de la flagrancia y la posesión de drogas en domicilio particular...cit.*, pág. 149.

En este caso, la conducta de los agentes estaría amparada por la cuasiflagrancia “*siempre que los agentes puedan demostrar sin ulteriores investigaciones la relación entre el perseguido y el titular*”. Vid. ALONSO PÉREZ, F.: *Concepto de delito flagrante y su relación con la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado...cit.*, pág. 4.

En el supuesto contemplado en este artículo deben darse los siguientes elementos⁵⁴² que pasamos a enumerar:

En primer lugar, debe ser el autor de una infracción penal grave, esto es, un delito.

Este delincuente ha de ser inmediatamente perseguido por los agentes de la autoridad por acabar de cometer un delito, de manera que todavía no existe imputación formal alguna contra él.

Este delito flagrante puede haberse cometido fuera del domicilio o habiéndose iniciado en el mismo, perseguir inmediatamente al sujeto activo, que huye, y que decide, ante tal evento, esconderse o refugiarse en “una casa” distinta a la que se inició o se consumó el delito de referencia.

Este término “casa” que utiliza el precepto debemos entenderlo como sinónimo de morada, de domicilio, conforme al concepto expuesto en el capítulo correspondiente.

De acuerdo con esto y siguiendo a BARJA DE QUIROGA⁵⁴³, el concepto de flagrancia está íntimamente conectado con la lesión del bien jurídico, de manera que siempre que se esté lesionando con inmediatez un bien jurídico podríamos decir que estamos ante un delito flagrante cuya consumación habría que evitar⁵⁴⁴.

⁵⁴² Vid. HERRERO HERRERO, C.: *Competencias excepcionales de los agentes de policía en materia de entrada, detención y registro en lugar cerrado...*cit., págs. 20 y ss.

⁵⁴³ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo II...*cit., págs. 1956.

Esto es recogido también por FIGUEROA NAVARRO, M.C.: *Las diligencias de entrada y registro domiciliario...*cit., pág. 15.

⁵⁴⁴ En este sentido encontramos la STS de 23 de abril de 1993, que señala que “*flagrancia, que autoriza la injerencia domiciliaria, es una situación especial de necesidad en la que se permite aquella vulneración para impedir que se consume la violación de intereses particulares y colectivos, y además del propio orden público. Aunque se trate ahora de un delito de consumación anticipada o de mera actividad, la necesidad de la intervención vendría propiciada para evitar que la infracción se proyecte con una mayor amplitud o para evitar, de futuro inmediato, que aumenten las consecuencias y efectos de la misma*”.

En este sentido Vid. MOLINA, T.: *La entrada y registro practicado por la policía en el supuesto de la flagrancia y la posesión de drogas en domicilio particular...*cit., pág. 150, donde se aclara

Ahora bien, el hecho ha de constatarse de manera directa e inmediata⁵⁴⁵, por lo que no sería admisible la entrada para evitar la huida del delincuente o la desaparición de los objetos del delito⁵⁴⁶, esto es, una vez se ha evitado la consumación del ilícito penal, ya no cabría actuar.

La jurisprudencia exige la existencia de tres requisitos⁵⁴⁷: 1º) inmediatez temporal: que se esté cometiendo un delito o haya sido cometido instantes antes; 2º) inmediatez personal: que el delincuente se encuentre allí en ese momento en tal situación respecto al objeto o instrumentos del delito, que ello ofrezca una prueba de su participación en el mismo; y 3º) necesidad urgente: no existirá si por la naturaleza de los hechos se puede acudir a la Autoridad Judicial para obtener el mandamiento correspondiente.

que “la razón de la excepción constitucional al permitir una injerencia en la esfera inviolable del domicilio es para aquellos casos en los que aún la policía está a tiempo de evitar la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico que la norma protege”.

⁵⁴⁵ Señala la STS de 21 de febrero de 1994 que la flagrancia “exige la evidencia sensorial del delito, en el sentido de ser perceptible para cualquiera, por lo que no precisa otra prueba de su ejecución que el propio hecho de haber sorprendido al delincuente en tales circunstancias, no debiendo confundirse evidencia con sospechas que precisamente se pretendía confirmar con la diligencia de registro”.

En este sentido Vid. HERRERO HERRERO, C.: *Competencias excepcionales de los agentes de policía en materia de entrada, detención y registro en lugar cerrado...* cit., pág. 12: “la flagrancia ha de reunir, pues, esa forma de conocimiento. Conocimiento adquirido por el sujeto consciente de forma inmediata, personalísima, fruto de su presencia psicofísica activa durante el surgimiento y, en su caso, progresión y consumación, del acontecimiento externo”; ALONSO PÉREZ, F.: *Concepto de delito flagrante y su relación con la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado*, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1998, pág. 2: “la doctrina viene considerando como delito flagrante aquel que se percibe por los sentidos y que en evitación de riesgos inmediatos que se pueden producir permite actuar con urgencia y prescindir de las formalidades legales”.

⁵⁴⁶ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo II...*cit., págs. 1956.

⁵⁴⁷ Vid. SSTS de 21 de enero, 13 de febrero, 4 de marzo y 14 de abril de 1997, de 11 de julio y 12 de diciembre de 1996, de 9 de febrero de 1995, de 5 de diciembre y 28 de diciembre de 1994, y de 29 de marzo de 1990, de acuerdo con las cuales, la flagrancia viene configurada por dos notas materiales, una temporal o de inmediatez, esto es, que la acción delictiva se esté desarrollando o acabe de desarrollarse una vez se percibe, y otra personal, que el delincuente se encuentre en el lugar del hecho de tal manera que se perciba su directa participación en la ejecución del delito; y por otras dos notas adjetivas, a saber, la percepción directa y efectiva, no indiciaria, de las condiciones antedichas, y la necesidad urgente de intervención.

A este respecto es importante señalar la STS de 29 de marzo de 1990: *“el concepto de delito flagrante a los efectos del artículo 18.2 de la Constitución Española y del correlativo 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, queda delimitado por los tres requisitos siguientes: 1.º) Inmediatez temporal, es decir que se está cometiendo un delito o que haya sido cometido instantes antes; 2.º) Inmediatez personal, consistente en que el delincuente se encuentre allí en ese momento en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos del delito que ello ofrezca una prueba de su participación en el hecho; 3.º) Necesidad urgente, de tal modo que la policía por las circunstancias concurrentes en el caso concreto, se vea impelida a intervenir inmediatamente con el doble fin de poner término a la situación existente impidiendo en todo lo posible la propagación del mal que la infracción penal acarrea y de conseguir la detención del autor de los hechos, necesidad que no existirá cuando la naturaleza de los hechos permita acudir a la autoridad judicial para obtener el mandamiento correspondiente”*.

Es decir, es necesario que el hecho se esté cometiendo en ese momento, que el sujeto se encuentre allí y que sea necesaria la entrada para impedirlo⁵⁴⁸; y siempre que no sea posible acudir a la autoridad judicial para recabar autorización⁵⁴⁹. Si esto último fuera posible, no podríamos hablar de flagrancia.

Deben, por tanto, concurrir las notas de actualidad y evidencia⁵⁵⁰, y también de urgencia.

⁵⁴⁸ Por delito flagrante deberá entenderse *“aquello que está ardiendo o resplandeciendo, es la infracción que se está cometiendo de manera singularmente escandalosa y ostentosa, lo que precisa de la inmediata intervención, a fin de que cese el delito y sus efectos. Proviene del latín flagrans, flagranti, es esencialmente un delito poco necesitado de prueba dada su evidencia en tanto se está ejecutando o acaba de suceder cuando el autor es detenido”*. Vid. RIVES SEVA, A.P.: *La diligencia de entrada y registro domiciliario...cit.*, pág. 73.

⁵⁴⁹ Vid. RIVES SEVA, A.P.: *La diligencia de entrada y registro domiciliario...cit.*, pág. 74.

⁵⁵⁰ De acuerdo con la STS de 24 de febrero de 1998, *“ha de considerarse suficiente que lo que se está percibiendo pueda interpretarse, en un análisis racional, inmediato y de buena fe, como la evidencia de que se está llevando a cabo la actividad delictiva”*.

En consecuencia, un delito flagrante sería aquél que se está cometiendo actualmente⁵⁵¹, de tal modo que no necesita pruebas⁵⁵².

Nos parece también interesante citar la STS de 13 de julio de 1994, por tratar de definir qué debemos entender por delito flagrante: “...*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 por que se 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*”.

De acuerdo con esto, tanto la flagrancia en sentido estricto como la cuasi flagrancia serían considerados como casos de flagrante delito⁵⁵³ a la luz del artículo 18.2 de la Constitución, ya que estos casos reúnen las notas de actualidad, evidencia y urgencia; pero no sería así en el caso del delito *in fraganti*, ya que estaríamos ante una percepción “presuntiva” rechazada por la jurisprudencia⁵⁵⁴.

⁵⁵¹ Flagrancia es la calidad de flagrante, y significa “*en el mismo momento de estarse cometiendo el delito, sin que el autor haya podido huir*”. Un delito, por tanto, será flagrante desde el mismo momento en que se comete, luego dejará de serlo. Vid. MOLINA, T.: *La entrada y registro practicado por la policía en el supuesto de la flagrancia y la posesión de drogas en domicilio particular...*cit., pág. 141.

⁵⁵² Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...*pág. 99. Señala este autor, que el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española añade que es flagrante “*en el mismo momento de estarse cometiendo un delito, sin que el autor haya podido huir*”. En el mismo sentido Vid. LUZÓN CUESTA, J.M.: *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario...*cit., pág. 47.

La flagrancia se vincula, pues, a la prueba directa, no a la indirecta, circunstancial o indiciaria.

⁵⁵³ Vid. RODRÍGUEZ SOL, L: *Registro domiciliario y prueba ilícita...*cit., págs. 117 y ss.; MOLINA, T.: *La entrada y registro practicado por la policía en el supuesto de la flagrancia y la posesión de drogas en domicilio particular...*cit., pág. 145. Señala ésta última que “*no aceptar esta postura deja sensiblemente disminuido y recortado el precepto constitucional, quedando huérfana de apoyo y falta de eficiencia la excepción a la inviolabilidad de domicilio de la Constitución Española*”.

⁵⁵⁴ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...*pág. 108.

La interpretación de este concepto ha de hacerse de manera restrictiva, en aras a la máxima protección del derecho fundamental⁵⁵⁵.

Lógicamente, la actuación delictiva debe llevarse a cabo dentro de un lugar que tenga la consideración de domicilio, ya que de lo contrario, cualquier delito cometido en la vía pública permitiría una entrada en un domicilio sin mandamiento judicial y sin garantías, lo que a todas luces excede del texto constitucional⁵⁵⁶.

Para acabar de perfilar el concepto de delito flagrante es muy interesante analizar la declaración de inconstitucional del artículo 21.2 de la anterior Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de Seguridad Ciudadana. Establecía el precitado artículo 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 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”*.

Este precepto reconocía un concepto de flagrancia demasiado amplio para la interpretación restrictiva que debe hacerse en aras al máximo respeto del derecho a la inviolabilidad domiciliaria⁵⁵⁷. Finalmente, como hemos apuntado, fue declarado inconstitucional por la STC 341/1993, de 18 de noviembre, que resolvió tres cuestiones: posibilidad de que el legislador lleve a

⁵⁵⁵ Vid. MOLINA, T.: *La entrada y registro practicado por la policía en el supuesto de la flagrancia y la posesión de drogas en domicilio particular...*cit., pág. 141; RIVES SEVA, A.P.: *La diligencia de entrada y registro domiciliario...*cit., pág. 72.

⁵⁵⁶ Vid. LUZÓN CUESTA, J.M.: *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario...*cit., pág. 51.

⁵⁵⁷ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...*pág. 112. Señala el autor que *“este precepto, antes incluso de ser aprobado, provocó una abundantísima literatura”*.

cabo una definición del concepto constitucional de flagrante delito; corrección o incorrección de que aquella definición se establezca no con carácter general sino para delitos determinados; y adecuación o inadecuación de la norma impugnada al concepto mismo de flagrancia presente en el artículo 18.2 de la Constitución.

Nos interesan aquí los pronunciamientos del tribunal respecto al último extremo, siendo reseñables los siguientes: *“la Constitución no surge, ciertamente, en un situación de vacío jurídico, sino en una sociedad jurídicamente organizada... y esta advertencia es de especial valor cuando se trata de desarrollar o, en su caso, interpretar los conceptos jurídicos que el texto fundamental ha incorporado, conceptos que pueden tener -así ocurre con el de “flagrancia”- un arraigo en la cultura jurídica que ... contribuye así, en cada momento, a delimitar una imagen del derecho, o de los conceptos que lo perfilan. Es de reconocer la arraigada imagen de la flagrancia como situación fáctica en la que el delincuente es “sorprendido” -visto directamente o percibido de otro modo- en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito. Por tanto, no cabe sino reconocer que estas connotaciones de la flagrancia (evidencia del delito y urgencia de la intervención policial) están presentes en el concepto inscrito en el artículo 18.2 de la norma fundamental”.* Y continúa diciendo: *“El artículo 21.2 LOPSC incorpora alguno de los elementos o rasgos que la jurisprudencia y la doctrina han venido utilizando para identificar el delito flagrante, y así ocurre en el pasaje final del precepto (...). Urgencia, sin embargo, no es, por sí sola, flagrancia..., y a partir de esta advertencia es inevitable constatar que las demás condiciones prescritas por la norma impugnada muestran una amplitud e indeterminación en su enunciado incompatible con el rigor que presenta y requiere, en este punto, el artículo 18.2 CE. Se refiere la ley, en efecto, al “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 menciona, pero estas expresiones legales “conocimiento fundado” y “constancia”, en cuanto no integran necesariamente*

un conocimiento o percepción evidente van notoriamente más allá de aquello que es esencial o nuclear a la situación de flagrancia. Al utilizar tales términos el precepto permite entradas y registros domiciliarios basados en conjeturas o en sospechas que nunca, por sí mismas, bastaría para configurar una situación de flagrancia (...). La delimitación legal del delito flagrante que expresa el impugnado artículo 21.2 no es, por cuanto queda dicho, conforme a lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Constitución, lo que impone declarar la inconstitucionalidad del precepto". Señaló el Tribunal Constitucional que la noción de delito flagrante a efectos de la aplicación del artículo 18.2 sólo puede entenderse como "la situación fáctica en la que queda excusada aquella autorización judicial, precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia y exige de manera inexcusable una inmediata intervención ... y si bien es cierto que el precepto incorpora alguno de los elementos o rasgos que la jurisprudencia y la doctrina han venido utilizando para identificar el delito flagrante, así ocurre en el pasaje final del precepto que requiere que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos e instrumentos del delito"⁵⁵⁸.

Fija esta sentencia, por tanto, dos notas características de la flagrancia: la evidencia del delito⁵⁵⁹ y la urgencia de la intervención.

⁵⁵⁸ Esto ha sido reiterado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 94/1996, de 28 de mayo: "la entrada y registro policial en un domicilio sin previa autorización judicial y sin que medie el consentimiento expreso de su titular únicamente es admisible desde el punto de vista constitucional (art. 18.2 CE) cuando dicha injerencia se produzca ante el conocimiento o percepción evidente de que en dicho domicilio se está cometiendo un delito, y siempre que la intervención policial resulte urgente para impedir su consumación, detener a la persona supuestamente responsable del mismo, proteger a la víctima o, por último, para evitar la desaparición de los efectos o instrumentos del delito".

⁵⁵⁹ Se han planteado dudas acerca de si puede hablarse de evidencia cuando se tiene conocimiento de la actuación delictiva por informaciones telefónicas. De acuerdo con la jurisprudencia (STS de 17 de marzo de 1993) sí sería posible cuando se descubre que se está cometiendo un delito en el transcurso de una comunicación interceptada por resolución judicial, siempre que concurra además la nota de urgencia; pero si es un particular quien lo comunica, faltaría la nota de inmediatez, que sólo podría predicarse de quien lo está notificando

No hay que confundir el delito flagrante con el delito continuado⁵⁶⁰, que aparece sobre todo en los delitos contra la salud pública⁵⁶¹. Sobre este tema encontramos las SSTs de 29 de junio de 1994 y 14 de junio de 1999 que señalan que *“puede darse el delito flagrante por ejemplo, en los casos de robo, incendio, daños, homicidios, lesiones, violaciones, etc.; pero no en los supuestos de delitos de consumación instantánea y efectos permanentes, como son aquellos que se cometen por la tenencia de objetos de tráfico prohibido (drogas, armas, explosivos, municiones, etc.) (...) Estos últimos delitos, desde el momento en que quedaron consumados por su tenencia ilegal, ya no requieren, normalmente, una intervención urgente de la policía”*.

Aclara la STS de 19 de septiembre de 1994 que la *“permanencia significa que la infracción se está consumando todo el tiempo en que dura la situación antijurídica, en tanto que la flagrancia exige la evidencia sensorial de que el delito se está produciendo, siendo así que el flagrante es tan evidente como perceptible para cualquiera. De ahí que no se dé tal concepto, porque no hay evidencia, cuando únicamente concurren sospechas de su existencia, las que, precisamente, se pretenden confirmar o rechazar con el registro”*.

Ahora bien, hay casos concretos en que sí se ha admitido el concepto de flagrancia respecto a los delitos de tráfico de drogas, cuando la intervención de la policía es urgente y necesaria para detener a la persona supuestamente responsable del mismo, proteger a la víctima o, por último, para evitar la desaparición de los efectos o instrumentos del delito.

telefónicamente, pero no de quien recibe dicha comunicación. Vid. RODRÍGUEZ SOL, L: *Registro domiciliario y prueba ilícita...cit.*, pág. 128.

⁵⁶⁰ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...cit.*, pág. 110; RIVES SEVA, A.P.: *La diligencia de entrada y registro domiciliario...cit.*, pág. 75.

Aclara RODRÍGUEZ SOL que *“el hecho de que permanencia delictiva y flagrancia no sean necesariamente coincidentes, no implica que ambos conceptos sean incompatibles”*. Vid. RODRÍGUEZ SOL, L: *Registro domiciliario y prueba ilícita...cit.*, pág. 114.

⁵⁶¹ Vid. ALONSO PÉREZ, F.: *Concepto de delito flagrante y su relación con la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado...cit.*, págs. 5 y ss.

Así, encontramos sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1994, que contempla un supuesto de entrada en domicilio por delito flagrante de tráfico de drogas cuando unos policías observan como una mujer daba gritos desde la calle al advertir su presencia, tratando de alertar a su hermano de diez años de edad para que arrojara a la vía pública unas papelinas de heroína o cocaína cuando se encontraba con un comprador, comenzando el menor a tirar las papelinas que tenían en la vivienda, penetrando la policía en el domicilio aprovechando que la puerta se encontraba entreabierta, donde recogieron diez papelinas cerradas, así como dieciocho papelinas de las mismas características en la calle que había arrojado el menor. En lo relativo al delito flagrante, que autoriza la injerencia domiciliaria dice el Tribunal Supremo que *“es una situación especial y excepcional y en virtud de ello se trata de impedir la violación de intereses particulares y colectivos o su consumación, además de mantener el propio orden público. Aunque se trate de un delito de consumación anticipada, o de mera actividad, la necesidad de la intervención tiene por objeto evitar que la infracción se proyecte con mayor conflictividad o que, en un futuro inmediato, aumentaren las consecuencias y efectos del delito”*. En este caso los agentes de la autoridad actuaron inmediatamente para evitar la desaparición de los efectos del delito.

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1994, recoge el supuesto de una mujer que, al observar la presencia de la policía, que había establecido un dispositivo de vigilancia, arroja desde el balcón de su piso un bote de plástico blanco a otro inmueble a la vez que avisa al titular del mismo, cayendo el bote en el patio de éste, entrando los funcionarios sin mandamiento policial en el mencionado patio, cogiendo el bote con diversa cantidad de heroína en su interior. El Tribunal Supremo entiende que se cumplieron los requisitos de flagrancia de conocimiento o percepción evidentes recogidos en la STC de 12 de noviembre de 1993, dándose los requisitos de inmediatez temporal, inmediatez personal y necesidad urgente, pues el acto de pasar el bote de plástico con la droga a un vecino reclamado por su nombre permite

inferir el propósito de escamotearlo, cosa bien fácil si hay que esperar a la obtención del mandamiento.

En nuestra opinión, respecto a los delitos contra la salud pública, a pesar de la alarma social que suscitan, la posesión de droga en un domicilio para traficar, no es, por sí misma, suficiente para integrar el concepto de flagrancia, sino que, se debería analizar cada caso concreto y sólo cuando se requiera una intervención urgente de la policía, por ejemplo, si los agentes observan que se están haciendo desaparecer los efectos del delito, estaría amparada la entrada en un domicilio por la flagrancia delictiva⁵⁶².

Encontramos numerosos casos en la jurisprudencia que analizan si determinadas situaciones constituyen flagrancia delictiva, ayudándonos así a determinar este concepto.

Así, la STC 22/2003, de 10 de febrero dice que *“hay que reconocer que, ciertamente, la actuación se produjo ante un delito flagrante de amenazas, puesto que los que inicialmente acudieron al citado domicilio lo hicieron ante la llamada de una mujer, a la que el recurrente (su marido) estaba amenazando con un arma de fuego en el interior del domicilio conyugal, y oyeron personalmente los disparos. Por tanto en ese momento la flagrancia del delito habría legitimado la entrada en el domicilio. Incluso cuando, tras haber salido la mujer de la casa y tras haberse entregado el recurrente (ya consumado el delito), los policías entraron en la vivienda a comprobar la situación y observaron los impactos de los disparos esa entrada estaba amparada por la existencia de flagrante delito. Ahora bien, el registro no se produjo en ese momento, sino en otro posterior, cuando los primeros agentes habían ya*

⁵⁶² En consonancia con lo señalado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 94/1996, de 28 de mayo: *“la entrada y registro en un domicilio sin previa autorización judicial y sin que medie el consentimiento expreso de su titular únicamente es admisible, desde el punto de vista constitucional, cuando dicha injerencia se produzca ante el conocimiento o percepción evidente de que en dicho domicilio se está cometiendo un delito, y siempre que la intervención policial resulte urgente para impedir su consumación, detener a la persona supuestamente responsable del mismo, proteger a la víctima o, por último, para evitar la desaparición de los efectos o instrumentos del delito”*.

abandonado el lugar de los hechos, llevándose al recurrente detenido y una segunda unidad de la policía judicial autorizada y acompañada por la mujer y el hijo, intervino no sólo la escopeta con la que se habían efectuado los disparos (que se encontraba debajo de un colchón), sino otra serie de armas que se encontraban en un altillo y entre las que se hallaba la pistola. Así se desprende de las actuaciones y especialmente del testimonio de la mujer y de los agentes de la policía. Y en ese segundo momento puede afirmarse que ya no existía un delito flagrante o que en palabras de la STC 171/1999, de 27 de septiembre "aunque la detención del recurrente se produjera de manera inmediata tras la percepción sensorial directa de los policías... de un episodio que puede calificarse de flagrante delito, sin embargo, la flagrancia del mismo cesó". En definitiva, la flagrancia autorizaba la entrada y registro respecto del delito flagrante, (pues la flagrancia se predica del delito y autoriza la excepcional intervención policial respecto de ese delito, y no cualquier otra, salvo en los casos hallazgo casual o inevitable) y en tanto en cuanto existiera aún la situación y la necesidad y urgencia de la intervención policial en relación con el mismo.

Habiendo cesado la situación de flagrancia delictiva, la anterior actuación judicial excede del ámbito de injerencia autorizada por dicha flagrancia".

Por tanto, en el presente caso, el concepto de flagrancia delictiva cubriría únicamente la entrada para evitar un delito de lesiones o incluso de homicidio contra la esposa, pero no la ulterior actuación de la policía, ya que podrán haber acudido a la autoridad judicial para proseguir con sus actuaciones y con la investigación del hecho criminal que acababan de evitar.

A este respecto resulta interesante también la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2006, que analiza un supuesto en el que como consecuencia del incendio en una vivienda y después de la actuación de los bomberos, los policías locales realizaron una primera inspección de la vivienda y detectaron un laboratorio para la elaboración de cocaína, y paquetes con cocaína. El Tribunal Supremo negó que se tratara de un delito flagrante y

que el registro estuviera justificado: *"Y es que, en efecto, los bomberos, en el curso de su intervención, fueron testigos directos de que estaba vacía; de que no había en ella personas en situación de riesgo ni tampoco alguna actividad en marcha. No concurría, pues, ninguna circunstancia habilitante para el allanamiento. Así, como se ha dicho, aun considerando admisible la primera inspección, dada la situación de emergencia, la intervención de los agentes tendría que haber cesado de manera inmediata, para trasladar al juzgado la noticia de lo advertido y dar lugar así a una actuación ajustada a la legalidad.*

Invoca la sala la doctrina del hallazgo casual, tratando de dar un imposible marchamo de regularidad a la actuación descrita. Pero tal evocación no puede ser menos pertinente, porque para que lo obtenido de ese modo pueda ser tornado en consideración a efectos probatorios, es necesario que el descubrimiento acontezca en el curso de una intervención regular que es, justamente, lo que aquí falta. Pues, si hubiera sido legítima la constatación por la policía municipal de ciertos indicios de delito, y éstos idóneos para fundar un registro judicial; no lo fue en cambio el de carácter exclusivamente policial llevado a cabo, que es el contexto en el que se produjo la incautación de la cocaína y demás objetos.

Siendo así, la conclusión sólo puede ser una: el derecho fundamental consagrado en el artículo 18.2 CE se ha visto negativamente afectado, de manera intensa en esta causa, precisamente en el curso de la actividad de indagación que permitió obtener todos los datos posteriormente utilizados como incriminatorios y que constituyen la única base de la sentencia impugnada, conforme resulta inequívocamente del tenor de la misma, y, en general, de las actuaciones. Es por lo que el conocimiento obtenido de ese modo tendría que haber sido tratado de la forma que impone el artículo 11.1 LOPJ, que lo hace rigurosamente inutilizable".

No podemos estar más de acuerdo con sendos pronunciamientos.

5.2.3. RESOLUCIÓN JUDICIAL

Si no media consentimiento del titular ni podemos considerar que existe un flagrante delito, la entrada y registro en un domicilio sólo estaría legitimada por resolución judicial.

Desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 290/1994, de 27 de octubre, se ha asentado la doctrina de que en la autorización judicial reside la legitimidad del registro domiciliario, que es *“requisito necesario, y suficiente por sí mismo, para dotar de base constitucional a la invasión del hogar”*⁵⁶³.

Dicha resolución es necesaria, tanto para la ejecución forzosa de resoluciones administrativas, como en el proceso penal para practicar la detención del inculcado o asegurar los efectos del delito.

En efecto, en ocasiones es la Administración quien, en el uso de su facultad de “autotutela” y de ejecución de actos forzados, puede requerir la entrada en un domicilio, en cuyo caso, si no media consentimiento del titular, será necesaria también la oportuna resolución judicial⁵⁶⁴.

Estos medios de ejecución forzosa son compatibles con la Constitución, ya que el artículo 103.2 de la norma fundamental declara que *“la Administración, que a través de sus órganos competentes, procede a la ejecución forzosa de actos administrativos, tiene en los actos de ejecución que respetar los derechos fundamentales de los sujetos pasivos de la ejecución”*. Ahora bien, la exigencia de una resolución judicial cuando esos actos impliquen la conculcación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio es un requisito inexcusable, tal y como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional⁵⁶⁵.

⁵⁶³ Vid. RODRÍGUEZ LAÍN, J.L.: *El aseguramiento policial de la entrada en el transcurso de un registro domiciliario*, Diario La Ley, nº 7683, Sección Doctrina, 28 de julio de 2011, pág. 4.

⁵⁶⁴ Vid. RUIZ LÓPEZ, M.A.: *Autorización judicial de entrada en el domicilio y potestades administrativas: extensión del ámbito protegido, cuestiones procedimentales y proporcionalidad*, Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, nº 317, septiembre-diciembre de 2011, págs. 213-234.

⁵⁶⁵ Vid. SSTC 136/2000, de 29 de mayo, y 10/2002, de 17 de enero.

De acuerdo con los artículos 91.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)⁵⁶⁶ y 8.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA)⁵⁶⁷, serán los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo los encargados de dictar la resolución motivada para la entrada en un domicilio, cuando ello proceda para la ejecución de actos forzosos de la Administración⁵⁶⁸. Si estuviera pendiente un recurso contencioso-administrativo sería competente el órgano que estuviera conociendo del mismo, de acuerdo con lo dispuesto en la STC 199/1998, de 13 de octubre⁵⁶⁹.

⁵⁶⁶ Artículo 91.2 LOPJ: “Corresponde también a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo autorizar, mediante auto, la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración”.

⁵⁶⁷ Artículo 8.6 LJCA: “Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública.

Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental.

Además, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo conocerán de las autorizaciones para la entrada e inspección de domicilios, locales, terrenos y medios de transporte que haya sido acordada por la Comisión Nacional de la Competencia, cuando, requiriendo dicho acceso e inspección el consentimiento de su titular, éste se oponga a ello o exista riesgo de tal oposición”.

⁵⁶⁸ Esta regulación supuso un cambio respecto a la situación anterior, ya que conforme al artículo 87.2 de la LOPJ, derogado por la Ley Orgánica 6/1998, correspondía a los Juzgados de Instrucción.

Como consecuencia de la polémica que suscitó la regulación anterior, y de la STC 199/1998 de 13 de octubre, donde se declaraba que las entradas administrativas en los domicilios, una vez iniciado un proceso contencioso-administrativo en el que se discutiera la legalidad y la ejecución o suspensión del acto administrativo, correspondían al órgano judicial de aquel orden (“la autorización había de proceder del juez del orden jurisdiccional penal únicamente cuando se trataba de la ejecución de actos administrativos, pero no cuando se trataba de la ejecutividad de resoluciones judiciales emanadas de otras jurisdicciones distintas”), la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998 sustrajo esta competencia a los órganos penales para conferírsela a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, y para ello modificó la LOPJ, que en su art. 91.2 pasó a regular esta competencia de manera expresa, derogando el anterior art. 87.2. Con ello se daba cumplimiento a la necesidad de atribuir la competencia.

⁵⁶⁹ Establece esta sentencia que “para la entrada en domicilio, el artículo 18.2 de la CE, exige el consentimiento del titular o una resolución judicial de autorización, salvo el caso de flagrante delito. En cuanto a la resolución judicial, única hipótesis que ahora interesa, el mencionado precepto no precisa la naturaleza del tribunal que la acuerde, con lo que es evidente que este

precepto constitucional no determina el orden jurisdiccional competente, ni de él se deriva que corresponda necesariamente al juez penal la protección de la inviolabilidad del domicilio (SSTC 22/1984, 50/1995; ATC 272/1985). En consecuencia, esta cuestión ha de ser resuelta atendiendo a las leyes que determinan la competencia de los distintos tribunales.

Por una parte, el control de la legalidad de los actos de la Administración corresponde a los tribunales del mismo orden, según se deriva de los arts. 9.4 y 24 de la LOPJ, así como del artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tanto en la versión vigente cuando se produjeron los hechos que dieron lugar a este recurso, como en la versión actual de la Ley 29/1998.

Por otra parte, como ya se ha señalado, en el momento en que ocurrieron los hechos estaba vigente el hoy suprimido art. 87.2 de la LOPJ, conforme al cual correspondía a los Juzgados de Instrucción la autorización en resolución motivada para la entrada en los domicilios, "cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración". De la literalidad de esta expresión entrecomillada se desprende que la autorización había de proceder del juez del orden jurisdiccional penal únicamente cuando se trataba de la ejecución de actos administrativos, pero no cuando se trataba de la ejecutividad de resoluciones judiciales emanadas de otras jurisdicciones distintas. Por razones lógicas se imponía la misma conclusión, pues dado que constitucionalmente la Administración se encuentra inhabilitada por el artículo 18.2 de la CE para autorizar la entrada en domicilio, el antiguo artículo 87.2 le indicaba a qué orden jurisdiccional debía acudir cuando la ejecución de un acto administrativo requería como presupuesto una autorización judicial de entrada. Pero la razón fundamental por la que el artículo 87.2 de la LOPJ no era aplicable a los casos en que estaba pendiente una decisión sobre la ejecutividad de un acto por los tribunales contencioso-administrativos, estribaba en que - como ya se ha razonado- en caso contrario resultaría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto que este derecho implica que los referidos tribunales se pronuncien acerca de tal pretensión. Como declaró la STC 144/1987, el artículo 87.2 LOPJ "no ha sustraído a la jurisdicción contencioso administrativa el control de legalidad de los actos de la Administración cuya ejecución exige la entrada en un domicilio para atribuirlo al juez de instrucción que ha de acordar esa entrada. El control de legalidad de estos actos, como el de toda la actuación administrativa, sigue siendo competencia específica de esta jurisdicción, que es también la única que puede acordar la suspensión de lo resuelto por la Administración". En sentido similar se pronuncian las SSTC 160/1991 y 171/1997, y el ATC 371/1991.

En consecuencia, una vez iniciado un proceso contencioso-administrativo en el que se discute sobre la legalidad y sobre la ejecución o suspensión de un acto administrativo, el supuesto ya no entra en el ámbito del artículo 87.2 de la LOPJ, sino que es el órgano judicial del orden contencioso-administrativo el que sigue ostentando su potestad jurisdiccional sobre la cuestión y el obligado a otorgar su tutela efectiva, con lo que, en definitiva, es competente para acordar, en su caso, la ejecución sin necesidad de la autorización de entrada en domicilio contemplada en el artículo 18.2 de la CE. Por otra parte, esta conclusión la hemos declarado anteriormente con reiteración. Así, en la STC 160/1991 ya dijimos que "una vez recaída una resolución judicial que adquiera firmeza y que dé lugar, por su naturaleza y contenido, a una entrada domiciliaria, tal resolución será título bastante para esa entrada, y se habría cumplido la garantía del artículo 18 CE".

La competencia territorial se delimitará en función del lugar donde se ubique el domicilio o local respecto del cual se solicita la autorización de entrada, de acuerdo con el artículo 14.1.3 de la LJCA⁵⁷⁰.

Ahora bien, en el contexto de un litigio promovido contra un acto dictado en ejercicio de una determinada potestad, el Tribunal Contencioso-Administrativo competente para resolverlo, distinto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, lo es también para acordar, en su caso, la ejecución sin necesidad de la autorización de entrada⁵⁷¹.

Si de lo que se trata es de ejecutar una medida ya autorizada por una resolución judicial previa, de acuerdo con la STC 160/1991, de 18 de julio, no haría falta una nueva resolución judicial⁵⁷².

⁵⁷⁰ Artículo 14 LJCA: "1. La competencia territorial de los Juzgados y de los Tribunales Superiores de Justicia se determinará conforme a las siguientes reglas:

Tercera. La competencia corresponderá al órgano jurisdiccional en cuya circunscripción radiquen los inmuebles afectados cuando se impugnen planes de ordenación urbana y actuaciones urbanísticas, expropiatorias y, en general, las que comporten intervención administrativa en la propiedad privada".

⁵⁷¹ Vid. RUIZ LÓPEZ, M.A.: *Autorización judicial de entrada en el domicilio y potestades administrativas: extensión del ámbito protegido...cit.*, pág. 229.

⁵⁷² *"En el presente caso, dicho título ejecutivo lo constituyen las sentencias firmes que confirmaron la expropiación de las viviendas de Riaño, que por cumplir el triple requisito de la constancia formal inequívoca, la certeza del contenido y la de sus destinatarios dispensa a la Administración que las cumple y ejecuta, de la necesidad de obtener una nueva resolución judicial que, por lo demás, ya no sería una autorización, sino un mandato judicial de entrada en domicilio.*

La introducción de una segunda resolución por un juez distinto no tiene sentido en nuestro ordenamiento, una vez producida en el caso de que se trata, una sentencia firme en la que declara la conformidad a derecho de una resolución expropiatoria que lleva aneja el correspondiente desalojo.

Pues no cabe, una vez firme la resolución judicial, que otro órgano jurisdiccional entre de nuevo a revisar lo acordado y a reexaminar la ponderación judicial efectuada por otras instancias, que pudieran ser incluso de órdenes jurisdiccionales distintos, o de superior rango en la jerarquía jurisdiccional, pues ello iría contra los más elementales principios de seguridad jurídica.

Y, si no es posible una intervención judicial revisora, tampoco resulta admisible una segunda resolución judicial que no efectuara esa revisión, pues se convertiría en una actuación meramente automática o mecánica confirmadora de la decisión judicial a ejecutar, lo que no constituye garantía jurisdiccional alguna ni responde a lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Constitución".

El fundamento de estas autorizaciones judiciales de entrada en domicilio para la ejecución forzosa de actos de la Administración se encuentra en el principio de autotutela proclamado en los artículos 94 y 95 de la Ley 30/1992, reguladora de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. De acuerdo con el primero de estos preceptos, los actos de las Administraciones Públicas sujetos a derecho administrativo son inmediatamente ejecutivos. Por su parte, el artículo 95 dispone 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”*. A esto cabe añadir que el artículo 93.1 de la precitada ley establece que *“las Administraciones Públicas no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico”*.

Por su parte el artículo 96 establece que *“1. La ejecución forzosa por las Administraciones Públicas se efectuará, respetando siempre el principio de proporcionalidad, por los siguientes medios:*

- a) Apremio sobre el patrimonio.*
- b) Ejecución subsidiaria.*
- c) Multa coercitiva.*
- d) Compulsión sobre las personas.*

2. Si fueran varios los medios de ejecución admisibles se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual.

3. Si fuese necesario entrar en el domicilio del afectado, las Administraciones Públicas deberán obtener el consentimiento del mismo o, en su defecto, la oportuna autorización judicial.”

Queda claro, por tanto, que cuando para la ejecución de actos de la Administración se requiera la entrada en domicilio, será necesaria la correspondiente autorización judicial⁵⁷³.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional⁵⁷⁴, deben darse los siguientes requisitos:

En primer lugar debe existir un título ejecutivo, que sea coherente con la solicitud de entrada.

Ese título ejecutivo debe haberse notificado al interesado, que debe estar claramente individualizado y coincidir con el titular del domicilio en el que se requiere la entrada.

Esta actuación administrativa ha de tener apariencia de legalidad, es decir, estar dentro de los límites del órgano administrativo del que emana el acto.

Se tienen que haber agotado todos los medios de ejecución forzosa, de manera que la entrada en el domicilio sea la última posibilidad a la que se acude.

La medida ha de ser proporcionada⁵⁷⁵ de acuerdo con la ponderación de intereses en juego.

⁵⁷³ Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en su STC 76/1992, de 14 de mayo.

Así mismo lo ha señalado el Tribunal Supremo, que en su sentencia de 30 de noviembre de 1992 establece que *“el derecho a la inviolabilidad del domicilio sólo puede ser limitado mediante resolución judicial. En concreto, por lo que respecta a la potestad administrativa de autotutela o de ejecución de sus propias decisiones, no conlleva una autorización de ingreso en el domicilio con un automatismo formal. Por el contrario, también en las entradas administrativas es menester la autorización judicial prescrita por el artículo 18.2 de la Constitución que no establece excepciones de este tipo a la garantía procesal que introduce”*.

⁵⁷⁴ Vid. SSTC 76/1992, 50/1995, 171/1997 y 69/1999.

⁵⁷⁵ Al juicio de proporcionalidad se refiere la STC 171/1997, indicando que *“la intensidad del control a realizar por el juez de la licitud de la entrada domiciliar requerida por la Administración para ejecutar el acto será tanto mayor cuanto mayor sea la incidencia de dicho acto en los derechos de libertad de los ciudadanos, en tanto en cuanto pudieran verse de tal modo restringidos o menoscabados mediante la efectiva realización por la Administración pública del acto que la entrada domiciliar viene a permitir”*.

Se ha de garantizar que esta entrada se produce sin más limitaciones a los derechos fundamentales que las estrictamente necesarias⁵⁷⁶, de manera que se fije el espacio temporal de la entrada, delimitando el extremo relativo a si puede prolongarse durante la noche, quién debe practicarla, el espacio concreto que se puede registrar, y señalando que la Administración debe dar cuenta del resultado⁵⁷⁷.

Esta medida debe estar justificada y analizarse el caso concreto, evitando así el automatismo en su concesión⁵⁷⁸. Es necesaria, por tanto, la

En la sentencia 50/1995, de 23 de febrero señala: *“que la entrada y reconocimiento del domicilio tenga un sólido fundamento, desde todas las perspectivas expuestas más arriba, es requisito necesario pero no suficiente en el plano constitucional. Aquí juega con el máximo rigor el principio de proporcionalidad, que exige una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido, para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales (STC 66/1985), cuyo contenido esencial es intangible. Este principio inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad se opone frontalmente a la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos, cuya interdicción proclama el artículo 9 de nuestra Constitución. Por otra parte, ha sido configurado también jurisprudencialmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya recepción se impone en este ámbito desde la propia ley suprema (art. 10.2 C.E.), como hemos dicho tantas veces que excusa su cita. En tal aspecto, desde los casos Chappell y Niemietz (Sentencias de T.E.D.H. de 30 de marzo de 1989 y de 16 de diciembre de 1992) se viene exigiendo la imposición de garantías y cautelas que eviten comportamientos arbitrarios en la ejecución, ante la eventualidad de la falta de audiencia previa del afectado. Según esta jurisprudencia han de limitarse, entre otros extremos que no hacen al caso, el período de duración y el tiempo de la entrada, así como el número de personas que puedan acceder al domicilio, aun cuando no se identifiquen individualmente con carácter previo”.*

⁵⁷⁶ De acuerdo con lo establecido en la STC 69/1999, de 26 de abril las exigencias serán menores cuando la entrada se produzca en el domicilio de una persona jurídica.

⁵⁷⁷ Vid. RUIZ LÓPEZ, M.A.: *Autorización judicial de entrada en el domicilio y potestades administrativas: extensión del ámbito protegido...cit.*, pág.232.

Vid. también STS de 9 de octubre de 2009: *“Entre los aspectos que deben sustentar la proporcionalidad, al amparo de la doctrina constitucional y europea, está el indicar los aspectos temporales de la entrada que no puede quedar a la discrecionalidad unilateral de los órganos de la Administración así como la adopción de las cautelas precisas para que la limitación del derecho fundamental sea lo menos restrictivo no derivando en un acto desproporcionado”.*

⁵⁷⁸ Así lo ha requerido el Tribunal Constitucional en la STC 171/1997, de 14 de octubre: *“la función que incumbe al juez en la ejecución administrativa, como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, no debe en modo alguno reducirse al de un simple automatismo formal, que dejase desprovista aquella función garantizadora de todo análisis valorativo, tanto sobre el acto administrativo de cobertura, como sobre el mismo procedimiento de ejecución forzosa que exige la entrada domiciliaria, así como acerca de la eventual afectación de otros derechos fundamentales y libertades públicas derivada de la ejecutoriedad del acto administrativo”.*

motivación, lo que ha sido señalado por el Tribunal Constitucional en su STC 70/2009, de 23 de marzo: “A las exigencias de legalidad y proporcionalidad para la restricción legítima del derecho a la intimidad debe sumarse el control judicial y la motivación de la decisión restrictiva administrativa o judicial. El órgano administrativo y el órgano judicial deben plasmar tanto la previsión legal que ampara la afectación de la intimidad del administrado como el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la adopción de la medida, siendo doctrina reiterada de este Tribunal Constitucional que su ausencia ocasiona, por sí sola, la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo”.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que, a los solos efectos de autorizar o denegar la entrada, el juez no debe entrar a valorar la licitud y/o adecuación al ordenamiento jurídico del acto administrativo del que se insta la ejecución forzosa, sino que dicho enjuiciamiento deberá realizarse en vía de recurso contencioso-administrativo si se impugnara ante la jurisdicción dicho acto⁵⁷⁹.

No se establece el procedimiento para llevar a cabo esta entrada⁵⁸⁰ por lo que, a falta de regulación específica, será de aplicación el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, recogido en los artículos 114 y ss. de la LJCA y, supletoriamente, los artículos 545 y ss. de la LECrim.

⁵⁷⁹ Vid. RUIZ LÓPEZ, M.A.: *Autorización judicial de entrada en el domicilio y potestades administrativas: extensión del ámbito protegido...cit.*, págs. 230 y ss. El juez encargado de autorizar la entrada deberá analizar únicamente los siguientes aspectos: la identificación del interesado y su domicilio, así como la constatación de que la notificación del acto se ha realizado convenientemente; y la realidad del acto administrativo, que habrá de ser ejecutivo y no estar en suspenso.

⁵⁸⁰ Vid. RUIZ LÓPEZ, M.A.: *Autorización judicial de entrada en el domicilio y potestades administrativas: extensión del ámbito protegido...cit.*, pág. 229.

Vamos a centrarnos ahora en la resolución judicial para llevar a cabo una diligencia de entrada y registro para detener al inculpado o asegurar los efectos del delito⁵⁸¹, esto es, en el ámbito penal.

El juez o tribunal podrá decretar la entrada y registro en un domicilio⁵⁸² o en un edificio y lugar público⁵⁸³ siempre que hubiera indicios⁵⁸⁴ de encontrarse

⁵⁸¹ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo II...cit., págs. 1913 y ss.

⁵⁸² Artículo 550 LECrim.: “Podrá asimismo el juez instructor ordenar en los casos indicados en el artículo 546 la entrada y registro, de día o de noche, si la urgencia lo hiciere necesario, en cualquier edificio o lugar cerrado o parte de él, que constituya domicilio de cualquier español o extranjero residente en España, pero precediendo siempre el consentimiento del interesado conforme se previene en el artículo 6.º de la Constitución, o a falta de consentimiento, en virtud de auto motivado, que se notificará a la persona interesada inmediatamente, o lo más tarde dentro de las veinticuatro horas de haberse dictado”.

⁵⁸³ Artículo 546 LECrim.: “El juez o tribunal que conociere de la causa podrá decretar la entrada y registro, de día o de noche, en todos los edificios y lugares públicos, sea cualquiera el territorio en que radiquen, cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación”.

⁵⁸⁴ Por indicios, de acuerdo con la STC 174/1985, de 17 de diciembre, debemos entender sospechas, datos de los que se desprenden apariencias de que una persona ha podido cometer un delito, pero que constituyen una base suficientemente firme para que de ellas pueda inferirse la culpabilidad del presunto culpable. Estos indicios han de ser suficientes para justificar la medida (STC 171/1999, de 27 de septiembre).

Recientemente ha aclarado el Tribunal Supremo en sus SSTS de 23 de febrero, 4 de octubre y 10 de mayo de 2011 que “no integran la categoría de indicios las meras sospechas o hipótesis subjetivas que no cuenten con un cierto fundamento objetivado, material e identificable susceptible de una eventual verificación. Se necesita que la sospecha sea fundada, es decir, apoyada en datos concretos y objetivos, por mínima que sea su entidad, que permita al juez realizar sobre ellos un juicio de racionalidad sobre su eficacia indiciaria respecto al delito de que se trata. Porque si lo que se presenta al juez como fundamento de la medida es una simple sospecha, conjetura o confección anímica huérfana de un soporte material concreto y determinado de datos o elementos fácticos externos evaluables y contrastables, lo que se está demandando del juez es que ejecute un puro y desnudo acto de fe, muy distante del juicio crítico de racionalidad sobre la suficiencia o insuficiencia de los datos que la policía le ofrece, lo cual puede suceder en los casos en los que puedan encontrarse en el domicilio efectos o instrumentos del delito. Se trata, por consiguiente, de que al solicitarse esta injerencia en un derecho constitucionalmente protegido se aporten cualquier tipo de datos fácticos (buenas razones o fuertes presunciones) de que las infracciones se han cometido o están a punto de cometerse.”

allí el procesado o instrumentos y efectos del delito⁵⁸⁵, o libros, papales u otros objetos que pudieren servir para su descubrimiento y comprobación.

En primer lugar, no cabe cualquier resolución judicial, sino que esta debe cumplir determinados requisitos⁵⁸⁶, de modo que no puede entenderse como un mero requisito formal, sino que está sujeta a exigencias materiales de las que depende su legitimidad constitucional⁵⁸⁷.

La resolución autorizando la entrada y/o registro debe revestir la forma de auto, que además deberá estar motivado⁵⁸⁸. Así lo establece el artículo 558 de la LECrim.: “*El auto de entrada y registro en el domicilio de un particular será siempre fundado*”.

En efecto, las resoluciones judiciales restrictivas de derechos fundamentales no pueden adaptarse utilizando providencias, ya que éstas carecen de motivación. Sin embargo, resulta evidente que cualquier auto debe estar motivado⁵⁸⁹; parece que de esta manera se ha tratado de dar un plus a la

⁵⁸⁵ No procede acordar la entrada y registro en caso de faltas y delitos castigados con penas leves, de acuerdo con el ATS de 18 de junio de 1992, y la STC de 31 de octubre de 1994.

⁵⁸⁶ Vid. RIVES SEVA, A.P.: *La diligencia de entrada y registro domiciliario...*cit., pág. 58.

⁵⁸⁷ Vid. FIGUEROA NAVARRO, M.C.: *Las diligencias de entrada y registro domiciliario...*cit., pág. 11

⁵⁸⁸ Mediante la motivación se permite el control de la actividad jurisdiccional, se evita la arbitrariedad y se garantiza el derecho de defensa. Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...*cit., págs. 90 y 91.

Señala MONTERO AROCA que el presupuesto fundamental es el de la resolución judicial motivada. Vid. MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional III...*cit., pág. 164. En el mismo sentido vid. MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal...*cit., pág. 242; GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal...*cit., pág. 268.

En los debates parlamentarios durante la tramitación de la Constitución Española de 1978, Gregorio Peces-Barbas se extendió en las razones de la necesidad de motivación, concluyendo que sólo el “*auto judicial puede equivaler a resolución judicial motivada*”. Vid. PASCUAL LÓPEZ, S.: *La protección domiciliaria en el constitucionalismo español del siglo XX*, Revista de Estudios Jurídicos nº 8/2008 (Segunda Época), pág. 13.

Si la resolución está debidamente motivada pero formalmente aparece denominada como providencia, esto será irrelevante ya que, lo que se ha denominado providencia será, en realidad, un verdadero auto. Vid. RODRÍGUEZ SOL, L.: *Registro domiciliario y prueba ilícita...*cit., pág. 211.

⁵⁸⁹ Así lo exige el artículo 248.2 de la LOPJ y ha sido confirmado por el Tribunal Supremo, entre otras, en las SSTs de 18 de julio de 1998 y de 23 de febrero de 2011: “*cuando la entrada en el*

protección del domicilio⁵⁹⁰, ya que deberá justificarse los motivos⁵⁹¹ por los que se autoriza dicha intromisión en la esfera de la intimidad domiciliaria,

domicilio se basa en una resolución judicial, ésta tendrá que estar suficientemente motivada, tanto sobre los hechos como en derecho, teniendo en cuenta que se trata de la restricción de un derecho fundamental. Para que esa motivación sea bastante en el aspecto fáctico, es preciso que el juez disponga de indicios acerca de la comisión de un delito y de la relación del domicilio con él, lo cual puede suceder en los casos en los que puedan encontrarse en el domicilio efectos o instrumentos del delito (artículo 546 de la LECrim). Se trata, por consiguiente, de que al solicitarse esta injerencia en un derecho constitucionalmente protegido se aporten cualquier tipo de datos fácticos o "buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están se han cometido o están a punto de cometerse (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978, caso Klass, y de 5 de junio de 1992, caso Lüdi)"; en otros términos, algo más que meras sospechas, pero algo menos que los indicios racionales que se exigen por el art. 384 LECrim para el procesamiento (SSTC 49/1999, de 4 de abril, 299/2000, de 11 de diciembre, 138/2001, de 17 de julio y 167/2002, de 18 de septiembre; STS 16/2007 de 16 de enero)".

También lo ha reconocido así el Tribunal Constitucional, entre otras, en sus SSTC 14/91, de 28 de enero y 122/91, de 3 de junio: *"la motivación de las resoluciones judiciales que revistan la forma de auto o sentencia no sólo es una obligación del órgano judicial que impone el artículo 120.3 de la Constitución, sino también un derecho de los que intervienen en el proceso que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial, garantizado por el artículo 24.1 de la Constitución"*.

En su sentencia 167/2002, de 18 de septiembre señaló que un auto que limita derechos fundamentales *"no contiene una motivación suficiente cuando no incorpora, aunque existieran, las razones que permitan entender que el órgano judicial ponderó los indicios de la existencia del delito y la relación de la persona respecto de la que se solicitó la intervención"*.

⁵⁹⁰ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo II...cit., pág. 1913; FIGUEROA NAVARRO, M.C.: *Las diligencias de entrada y registro domiciliario...*cit., pág. 11.

En este sentido se ha pronunciado también el Tribunal Constitucional: *"cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una causa especial, suficientemente explicada, para que los destinatarios conozcan las razones del sacrificio de su derecho"*. Vid. STC 56/1987, de 14 de mayo.

Respecto a la entrada en un domicilio, este tribunal señala que la motivación deberá contener *"la indicación de las razones por las que se acuerda semejante medida y el juicio sobre la gravedad de los hechos supuestamente investigados"*. (STC 56/2003, de 24 de marzo).

⁵⁹¹ La motivación debe contener las razones concretas que justifican la medida, entre otras, la proporcionalidad de acuerdo con el delito que se trata de investigar y la necesidad de la medida. Vid. RIVES SEVA, A.P.: *La diligencia de entrada y registro domiciliario...*cit., pág. 59. Señala este autor que *"una autorización genérica convierte a la misma en un instrumento propio del sistema inquisitorial hoy día superado"*; RODRÍGUEZ SOL, L: *Registro domiciliario y prueba ilícita...*cit., págs. 212 y ss. Señala este último autor que es necesario argumentar si la defensa de los bienes jurídicos en juego justifica en el caso concreto el sacrificio del derecho a la inviolabilidad del domicilio, y recuerda que *"el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado en ocasiones violado el artículo 8 del Convenio por falta del requisito de la*

especificando en qué indicios se basa de forma que se elimine cualquier atisbo de arbitrariedad⁵⁹².

proporcionalidad en caso de registros domiciliarios llevados a cabo en el marco de inspecciones tributarias, o incluso de determinadas investigaciones criminales”.

En este sentido encontramos también las SSTC 49/1999, de 5 de abril y 207/1996, de 16 de diciembre, a cuyo tenor, “*para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad es necesario constatar si cumple estos tres requisitos: 1) Si la medida acordada puede conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); 2) Si es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más ponderada para conseguir el fin propuesto con igual eficacia (juicio de necesidad); 3) Si la medida es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”.*

Respecto a la proporcionalidad, ha aclarado el Tribunal Supremo que “*sólo el juez puede autorizar la entrada y registro, acto que, como cualquier otra decisión judicial, ha de estar sometido al principio de proporcionalidad, esto es, a la correspondiente adecuación entre la medida misma y su grave incidencia en la intimidad de la persona y la finalidad perseguida (es decir, naturaleza de la infracción penal en estos supuestos), gravedad y previsibles consecuencias de la entrada y registro y, en este caso, sujeta también a una realización restrictiva en el sentido de provocar las consecuencias menos gravosas posibles para el titular del lugar en el que se entra y registra. De ahí que la regla general sea la de que sólo puede efectuarse de día (artículos 570, 546, 550, y 567 LECrim.) y en la forma que menos perjudique al imputado (artículos 552 y 558 LECrim.)” (STS de 2 de octubre de 1991).*

La idoneidad supone que la entrada y registro puede aportar los elementos del tipo penal necesarios para enjuiciar los hechos, como objetos, dinero, armas, útiles empleados para la comisión de delitos...

La medida será necesaria si queda acreditada por las labores de seguimiento de la fuerza actuante ya que los implicados podrían hacer desaparecer las pruebas; debe ser imprescindible tal diligencia para la comprobación de los hechos.

⁵⁹² Ha señalado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 5 de julio de 1993, 22 de mayo y 23 de julio de 2001, de 21 de noviembre de 2002 y de 17 de enero de 2003 que “*la restricción de un derecho fundamental tan trascendente como es la inviolabilidad del domicilio, es natural que no pueda acordarse sino después de razonar y fundamentar, jurídicamente, la explicación adecuada de tan excepcional medida, pero no en función de mero formulismo rituario sino, antes al contrario, en orden al mensaje que la resolución debe comportar. Porque la lógica jurídica justificativa del acuerdo ha de ir dirigida, primero al juez que adopta la resolución, en tranquilidad de la propia conciencia y, en segundo lugar, a la sociedad con objeto de hacerle saber el por qué de la invasión domiciliar y el análisis ponderativo tenido en cuenta a la hora de juzgar, proporcionalmente, los distintos intereses en juego”.*

En el mismo sentido declara la STS de 22 de octubre de 2013: “*resulta evidente que la investigación iniciada no fue meramente prospectiva, estando la resolución judicial debidamente motivada al estar integrada por los datos ofrecidos por la Policía Judicial al instructor, al que se ofrecieron los elementos fácticos suficientes para efectuar el pertinente juicio de proporcionalidad de la medida, que sin lugar a dudas debe reputarse afirmativo dados los indicios obrantes y la relevancia social de los hechos que tales indicios reflejan (SSTC. 171/99 de 27.9, 299/2000 de 11.12, 184/2003 de 23.10, 165/2009 de 20.6, 253/2006 de 11.9, 25/2011 de 14.3)”.*

Pero, en la medida en que todo auto ha de estar motivado, parece que de esta forma se ha tratado de dar un plus a la protección del domicilio, requiriendo que se justifiquen los motivos por los que se autoriza dicha intromisión en la esfera de la intimidad domiciliaria, especificando los indicios que la sustentan a fin de eliminar cualquier atisbo de arbitrariedad.

Ahora bien, no podemos olvidar que esta diligencia es, precisamente, de averiguación del delito, y, por ende, posterior al descubrimiento, por lo que se exige, al ser una medida restrictiva de derechos fundamentales, no sólo el requisito de *periculum in mora*, sino también el *fumus boni iuris*, pero con una “intensidad menor a la exigible cuando la existencia del delito ha sido ya descubierta”⁵⁹³.

La motivación ha de ser suficiente, esto es, contener las razones que justifican la decisión, de manera que quede patente la aplicación justificada del derecho, pero ello no significa que deba existir una extensión mínima⁵⁹⁴. No hay que confundir la falta de motivación con una motivación escueta⁵⁹⁵.

Se ha planteado si cabría entender que existe motivación cuando la resolución hace una remisión a la solicitud de autorización policial. La jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional⁵⁹⁶ como del Tribunal

⁵⁹³ Vid. SSTs de 28 de febrero de 1997, de 7 de febrero, de 2 de abril de 1996 y de 31 de octubre de 1995.

⁵⁹⁴ Establece la STC 122/1991, de 3 de junio que “ese derecho a la motivación se satisface cuando la resolución judicial, de manera explícita o implícita, contiene razones y elementos de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión, sin que sea exigible una determinada extensión de la motivación jurídica ni un razonamiento explícito exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la resolución judicial”.

⁵⁹⁵ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...*cit., pág. 93.

⁵⁹⁶ El Tribunal Constitucional admite la motivación por remisión siempre que se haga por referencia expresa, y que tal referencia sea a una solicitud suficientemente motivada. Vid. entre otras, SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, 138/2001, de 18 de junio, 46/96, de 25 de marzo, 181/95, de 11 de diciembre, 177/1994, de 10 de junio, 209/1993, de 28 de junio, 27/1992, de 9 de marzo, y 174/1987, de 3 de noviembre: “una fundamentación por remisión no deja de serlo, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional”.

La STC 167/2008, de 18 de septiembre explica: “la lectura del mencionado Auto de autorización, aun integrado con la solicitud policial, permite afirmar que faltan elementos

Supremo⁵⁹⁷, han venido admitiendo esta motivación por remisión, al entender que la solicitud de autorización policial pasa a formar parte del contenido integrante del auto y, en consecuencia, si la referida petición policial está motivada, el auto también lo estará.

Respecto al uso de modelos impresos para dictar el auto de entrada y registro, el Tribunal Constitucional, si bien ha declarado que es desaconsejable,

imprescindibles para poder aceptar la legitimidad constitucional de la intervención acordada, pues la referida solicitud se limita a afirmar la existencia de un delito y la participación en él de la persona respecto a la que se solicita la intervención telefónica, pero sin expresarse en ella ni en la resolución judicial dato objetivo alguno que pueda considerarse indicio de la existencia del delito ni de la conexión de aquella persona con el mismo sobre el que pudiera sustentarse el referido conocimiento. En efecto, en aquella solicitud, cuyo contenido hace suyo la autoridad judicial, se alude a la existencia de una investigación policial previa en todo el territorio nacional sobre organizaciones de personas dedicadas a la actividad ilícita de la piratería de casetes y, en concreto, a la existencia en la provincia de Alicante de un grupo de esas personas, sin que se precise en qué han consistido tales investigaciones, ni cuál ha sido su resultado, y se afirma, sin dato alguno que lo corrobore, la participación en dicha actividad de julio, sin que de tales aseveraciones se deduzcan los datos concretos en los que se sustenta la concurrencia del hecho delictivo, cuáles sean todas o algunas de las referidas organizaciones o personas que las integran, ni la conexión con alguna de ellas del usuario del teléfono cuya intervención se solicita o su relación con la descrita actividad ilícita. Como este tribunal ya ha tenido ocasión de declarar en la STC 299/2000, de 11 de diciembre, "el hecho en que el presunto delito pueda consistir no puede servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa. En el caso actual, sí, como se dice en la solicitud judicial de la intervención, el conocimiento del delito se había obtenido por investigaciones propias de este servicio, lo lógico es exigir al menos que se detalle en dicha solicitud en qué han consistido esas investigaciones y sus resultados, por muy provisionales que puedan ser en ese momento, precisiones que lógicamente debió exigir el juzgado antes de conceder la autorización. El hecho de que en el Auto se concrete con precisión el delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de intervención no basta para suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, y la falta de esos indispensables datos no puede ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma".

⁵⁹⁷ Señala el Tribunal Supremo que "la expresa remisión que se hace en la resolución judicial a la correspondiente solicitud policial incorpora a aquella la fundamentación de ésta" (STS de 13 de septiembre de 1993), admitiendo así la motivación por remisión.

En este mismo sentido *vid.* SSTS 4 de marzo de 1995, 6 de enero, de 3 de octubre, de 22 de marzo, y de 30 de abril de 1996, de 13 de diciembre de 1997, 13 de febrero de 1998, 1 de febrero de 1999, 10 de mayo de 2001.

Y la reciente STS de 21 de julio de 2011 confirma que "sobre el hecho de remitirse el auto al oficio policial, la jurisprudencia mayoritaria de esta sala ha venido admitiendo la fundamentación fáctica por remisión a los oficios policiales que solicitan la medida, siempre que su contenido contenga todos los elementos necesarios para conocer, con exactitud, las condiciones en que se produce la autorización".

no lo ha rechazado, salvo que tan sólo expresen razones irrefutables⁵⁹⁸. No cabe admitir tampoco fórmulas impresas o estereotipadas⁵⁹⁹. Señala el Tribunal Constitucional en su sentencia 210/2000, de 18 de septiembre que *“por lo que respecta al carácter impreso y estereotipado de las resoluciones judiciales, es conveniente recordar que, si bien este tribunal considera desaconsejable su uso, entiende que no por ello implica necesariamente una falta o insuficiencia de la motivación”*. Y aclara la STC 39/1997, de 27 de febrero *“peticiones idénticas pueden recibir respuestas idénticas, sin que la reiteración en la fundamentación suponga ausencia de ésta (ATC 73/1993) debiendo analizarse el caso concreto para determinar la suficiencia de la respuesta ofrecida”*.

Así lo ha reconocido también el Tribunal Supremo, admitiendo que los juzgados utilicen un impreso y se limiten a rellenar los espacios en blanco, siempre que la justificación sea suficientemente expresiva y detallada; por tanto, lo que determinará la nulidad del auto no será la utilización del impreso, sino que éste no sea adecuadamente completado⁶⁰⁰.

⁵⁹⁸ Vid. SSTC 9/2003, de 20 de enero, 236/2002, de 9 de diciembre, 210/2000, de 18 de septiembre, 8/2000, de 17 de enero, 39/1997, de 27 de febrero, 379/1996, de 30 de abril, 97/1996, de 10 de junio, 1225/1995, de 20 de noviembre, 125/1989, de 12 de julio.

Declara la STC 97/1996, de 10 de junio: *“este tribunal ha declarado que la utilización de modelos predefinidos o formatos de resolución por parte de los órganos jurisdiccionales no supone, en sí mismo, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, aunque se trate de una práctica que suscita evidente riesgo (STC 125/1989, FJ 1.2) cuando no se trata de una serie de casos idénticos. Por ello mismo, es constitucionalmente admisible siempre que la resolución jurisdiccional esté suficientemente motivada y que atienda congruentemente al núcleo de las pretensiones de las partes (STC 74/1990 y A.T.C.411/1990)”*.

⁵⁹⁹ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...*cit., pág. 93.

⁶⁰⁰ Vid. SSTS de 30 de abril de 1999, 1 de febrero de 1999, 18 de febrero de 1998, de 26 de enero de 1996 y de 31 de diciembre de 1996. Señala esta última que *“el uso de tales impresos, en las circunstancias referidas de solicitud policial suficientemente detallada, constituye un importante defecto procesal, pero que no incide en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 CE, porque a la parte interesada en tal medida no le produce indefensión alguna, pues, desde una perspectiva material, su posición en el proceso para nada se ve afectada, conociendo la existencia de una resolución del juzgado cuando ésta se le notifica al inicio de la diligencia de entrada y registro (art. 566 LECrim.) y, particularmente, los detalles precisos una vez que tiene acceso a las diligencias ya con la asistencia de letrado.”*

La falta de motivación del auto supondría la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, y por tanto acarrearía la nulidad del auto, y, por ende, de la diligencia de entrada y registro⁶⁰¹.

Esta resolución judicial siempre debe dictarse por escrito, tal y como ha venido exigiendo el Tribunal Supremo⁶⁰², aún en caso de urgencia. No se subsana ni siquiera con la presencia del juez que debió dictarlo⁶⁰³.

Quien tiene que valorar los indicios que se le presenten y justificar, si lo considera necesario, la diligencia de entrada y registro, es exclusivamente el juez⁶⁰⁴. Además, debe ser el órgano judicial que conociera la causa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 546 de la LECrim.: “*el juez o tribunal que conociere de la causa podrá decretar la entrada y registro*”⁶⁰⁵. Puede resultar que finalmente se determine que es otro el juez competente, y no se vulneraría el derecho al juez predeterminado si el actuante es el correcto en ese momento

⁶⁰¹ Vid. RODRÍGUEZ SOL, L.: *Registro domiciliario y prueba ilícita...cit.*, pág. 228.

⁶⁰² La STS de 25 de noviembre de 1996, siguiendo la línea marcada por la STS de 24 de marzo de 1994, establece que “*en todo caso la autorización o mandamiento para entrar en un domicilio nunca se puede conceder verbalmente por el órgano judicial encargado de velar por la salvaguarda de la inviolabilidad del domicilio. El juez debe dictar una resolución recogiendo los datos que le faciliten los funcionarios policiales y autorizando o denegando según las circunstancias del caso*”.

⁶⁰³ Vid. LUZÓN CUESTA, J.M.: *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario...cit.*, pág. 71.

⁶⁰⁴ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo II...cit.*, pág. 1914; HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...cit.*, pág. 81. Señala este último autor que existe exclusividad jurisdiccional, por lo que no puede ser decidida por el Secretario Judicial. En este sentido Vid. RODRÍGUEZ SOL, L.: *Registro domiciliario y prueba ilícita...cit.*, pág. 150.

⁶⁰⁵ No obstante, el Tribunal Supremo admite también la posibilidad de acudir a un juez distinto por razones de urgencia. Así lo permitió la STS de 26 de septiembre de 1995, señalando la posibilidad de que “*por razones de urgencia y apremio se solicite la entrada y registro del juez que se encuentre de guardia, pero, en ningún caso, la petición puede desligarse totalmente de las investigaciones que esté realizando otro juzgado que conozca con anterioridad de los hechos objeto de investigación (...) pues es indispensable que el juez investigador conozca la petición de la policía judicial respecto de la conveniencia de la entrada y registro y que, en su caso delegue en el Juez de Guardia, comunicando a éste que la justificación de la autorización se encuentra en el resultado de las investigaciones en marcha*”. En este mismo sentido vid. STS de 23 de junio de 1999.

procesal, aunque luego las actuaciones terminen en otro órgano jurisdiccional diferente⁶⁰⁶.

En el ámbito militar será competente el Juez Togado, de acuerdo con los artículos 153 y 187 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar. Para determinar qué juez exactamente tendrá la competencia deberemos acudir a la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar: Juzgados Togados Militares Territoriales (artículo 61.1), Juzgados Togados Militares Centrales (artículo 57.1) o el Magistrado de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo que por turno corresponda (artículo 30) -si se acuerda en fase de instrucción-; Tribunales Militares Territoriales (artículo 45.1), Tribunal Militar Central (artículo 34.1) o la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo (artículo 23.2) -si se decreta en fase de juicio oral-.

Continúa diciendo el precepto citado que *“el juez expresará en él concretamente el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse, si tendrá lugar tan sólo de día y la autoridad o funcionario que los haya de practicar”*. Por tanto, la resolución también tiene que determinar el edificio o lugar en que debe practicarse la entrada y registro, en qué espacio temporal se debe hacer y quién la va a llevar a cabo, que deberá ser una autoridad o funcionario.

El auto deberá indicar también quién es el titular del domicilio que resulta afectado por esta medida, ya que el derecho fundamental se predica respecto de personas y no de cosas⁶⁰⁷. En este sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo, entre otras, en las SSTs de 12 de noviembre de 1991⁶⁰⁸ y de 18 de febrero de 1993.

⁶⁰⁶ Vid. LUZÓN CUESTA, J.M.: *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario...*cit., pág. 56.

⁶⁰⁷ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo II...*cit., pág. 1914.

⁶⁰⁸ Señala el tribunal que *“se omitió por parte del juzgado, el nombre y apellidos del acusado, lo cual vino a faltar el requisito más esencial y básico, porque no hubo mandamiento para la entrada y registro”*, por lo que *“no puede darse por válida una diligencia en la que no figura el*

Además este auto debe notificarse a ese titular del domicilio⁶⁰⁹, a tenor de lo dispuesto en el artículo 556 de la LECrim.: *“si la entrada y registro se hubieren de hacer en el domicilio de un particular, se notificará el auto a éste; y si no fuere habido a la primera diligencia en busca, a su encargado. Si no fuere tampoco habido el encargado, se hará la notificación a cualquier otra persona mayor de edad que se hallare en el domicilio, prefiriendo para esto a los individuos de la familia del interesado. Si no se halla a nadie, se hará constar por diligencia, que se extenderá con asistencia de dos vecinos, los cuales deberán firmarla”*.

Lo que también debe especificarse expresamente en dicho auto es el domicilio de que se trate⁶¹⁰, de manera que resulte inequívocamente determinado. Así lo requiere el Tribunal Supremo: *“la autorización judicial para la entrada en un determinado domicilio, se circunscribe al local o dependencia expresamente determinado en el mandamiento, sin que pueda ser ampliado o extendido a otros domicilios distintos, aunque sean próximos al especificado. Cualquier extralimitación en este punto produce la nulidad del acto realizado, salvo cuando se observa que la equivocación es irrelevante, ya que no existen dudas sobre el domicilio que se ha querido hacer objeto de la inspección^{611”}*.

Señala la STS de 6 de febrero de 1996 que *“es suficiente con que no haya duda sobre la localización material del local de tal manera que la descripción de su ubicación en el callejero, la numeración que le corresponde y la planta y letra que lo identifica, son elementos que no deben faltar en el mandamiento judicial(...). La identificación del lugar que va a ser registrado puede hacerse en función de la titularidad dominical o arrendaticia o bien*

nombre titular domiciliario como persona que ha de soportar las consecuencias aquella diligencia”.

⁶⁰⁹ Vid. SÁNCER PELEGRINA, A.: *Tratamiento jurisprudencial de la diligencia de entrada y registro domiciliario. Especial mención a la STC 10/2002, de 17 de enero, sobre la práctica de tal medida en las habitaciones de los hoteles...*cit., pág. 15.

⁶¹⁰ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo II...*cit., pág. 1914; RODRÍGUEZ SOL, L: *Registro domiciliario y prueba ilícita...*cit., pág. 229.

⁶¹¹ Vid. STS de 23 de abril de 1993.

mediante la localización de las señas o características de la habitación o vivienda”.

Ha aclarado el Tribunal Supremo que el error de número de la vivienda es intrascendente si ésta queda debidamente individualizada (STS de 25 de febrero de 1994).

El lugar, por tanto, queda claro que es un domicilio; no nos detenemos aquí en este concepto, ya que fue tratado en el capítulo correspondiente, siendo aquí de aplicación lo reseñado. Ahora bien, la LECrim. distingue también otros lugares⁶¹² donde se puede llevar a cabo la entrada y registro, a saber: lugares públicos, nacionales y extranjeros y los buques, lugares que serán objeto de análisis en el epígrafe correspondiente.

El precitado artículo 558 también indica que el auto deberá señalar si la diligencia tendrá lugar sólo de día o también durante la noche⁶¹³. A este

⁶¹² Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo II...cit., pág. 1915.

⁶¹³ El artículo 546 de la LECrim. señala que “el juez o tribunal que conociere de la causa podrá decretar la entrada y registro, de día o de noche, en todos los edificios y lugares públicos, sea cualquiera el territorio en que radiquen, cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación”.

El Tribunal Constitucional ha señalado en su STC 50/1995, de 23 de febrero, que la delimitación del ámbito temporal es una garantía de protección del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, y, por tanto, si la resolución no determina el tiempo en que podrá llevarse a cabo el registro, será nula de pleno derecho: “es en su dimensión temporal donde el Auto omite una serie de circunstancias con una trascendencia constitucional evidente, olvidando el acervo jurisprudencial europeo, nuestra propia doctrina y la ley que aplica. No sólo no se fijan días concretos, dando un mandamiento indefinido en el tiempo, sino que incurre en una *plus petitio*, pues la inspección pide dos días concretos y en cambio se le permite «en las fechas que... estimara conveniente» por sí y ante sí. No hay, pues, limitación de visitas, que pueden prolongarse indefinidamente al arbitrio de los inspectores, sin que se razone en la resolución la razón de tales medidas exorbitantes. Lo dicho pone de manifiesto que el auto viene a configurar de alguna manera una suspensión individualizada de este derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y, desde otra perspectiva, contiene 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. Además, omite 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. La circunstancia de que la actuación de los

respecto, cabe significar que, la norma general, es que la entrada y registro se lleven a cabo durante el día⁶¹⁴; pero la LECrim. también permite que se realice durante la noche, siempre que exista una razón de urgencia⁶¹⁵. Si el registro se está practicando en el domicilio de un particular y expira el día sin que se haya concluido⁶¹⁶, la persona que lo esté practicando, a no ser que el juez haya autorizado en el auto el registro también durante la noche, en virtud de lo previsto en los artículos 546 y 550 de la LECrim., deberá solicitar autorización para continuar al interesado o a su representante; si se opusieran, deberá

inspectores haya podido ser correcta, sin abuso de la autorización, que es un acaecimiento posterior, carece de virtualidad sanatoria de las deficiencias observadas en el Auto, como tampoco las convalida el aquietamiento de la interesada, que no formuló protesta alguna. La integridad de los derechos fundamentales no puede quedar a la discrecionalidad unilateral de la Administración pública, la ejerza o no con prudencia, por incidir sobre los valores esenciales y trascendentes de un sistema democrático que se configura como Estado de Derecho, con el norte simultáneo de la libertad y la justicia para el respeto de la dignidad de la persona. En suma, el auto impugnado ha de tenerse por nulo y sin efecto alguno”.

⁶¹⁴ Vid. RODRÍGUEZ SOL, L: *Registro domiciliario y prueba ilícita...cit.*, pág. 261. Señala este autor que “ello es una consecuencia lógica del principio *in dubio pro libertate*, ya que la injerencia nocturna en el domicilio afecta en mayor medida al derecho a la intimidad de sus moradores, derecho que tiene una de sus concreciones instrumentales en la inviolabilidad del domicilio constitucionalmente garantizada”.

Aclara MONTERO AROCA que si se trata de edificios o lugares públicos, el registro puede practicarse indistintamente de día o de noche. Vid. MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional III...cit.*, pág. 166. En el mismo sentido vid. MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal...cit.*, pág. 258; GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal...cit.*, pág. 270.

⁶¹⁵ Establece el artículo 550 de la LECrim: “Podrá asimismo el juez instructor ordenar en los casos indicados en el artículo 546 la entrada y registro, de día o de noche, si la urgencia lo hiciere necesario, en cualquier edificio o lugar cerrado o parte de él, que constituya domicilio de cualquier español o extranjero residente en España, pero precediendo siempre el consentimiento del interesado conforme se previene en el artículo 6.º de la Constitución, o a falta de consentimiento, en virtud de auto motivado, que se notificará a la persona interesada inmediatamente, o lo más tarde dentro de las veinticuatro horas de haberse dictado”.

⁶¹⁶ Artículo 570 de la LECrim: “Cuando el registro se practique en el domicilio de un particular y expire el día sin haberse terminado, el que lo haga requerirá al interesado o a su representante, si estuviere presente, para que permita la continuación durante la noche. Si se opusiere, se suspenderá la diligencia, salvo lo dispuesto en los artículos 546 y 550, cerrando y sellando el local o los muebles en que hubiere de continuarse, en cuanto esta precaución se considere necesaria para evitar la fuga de la persona o la sustracción de las cosas que se buscaren”.

suspender la diligencia⁶¹⁷ pudiendo sellar los lugares que aún no se hubieren registrado y “prevendrá asimismo el que practique el registro a los que se hallen en el edificio o lugar de la diligencia que no levanten los sellos, ni violenten las cerraduras, ni permitan que lo hagan otras personas, bajo la responsabilidad establecida en el código penal”.

Ahora bien, en ocasiones en el auto no se concreta el día exacto en que debe llevarse a cabo la diligencia. En tal caso, la jurisprudencia⁶¹⁸ ha dicho que, a falta de mención expresa, el registro deberá hacerse en el mismo día en que se ha dictado la resolución⁶¹⁹.

No se admite la “convalidación a posteriori” de la entrada y registro⁶²⁰.

Si el registro se realiza fuera del ámbito temporal autorizado, en nuestra opinión, como norma general, se estaría extralimitando de la autorización judicial y, por tanto, sería nulo en todo el periodo temporal excedido al autorizado por el auto.

Debe indicar también el delito objeto de investigación que justifica la práctica de la diligencia, de suerte que, si en el transcurso de la misma los agentes encuentran indicios de otro tipo penal, ¿podrían continuar con el registro o sería necesaria la solicitud de una nueva autorización judicial amparada en el nuevo delito? En la jurisprudencia encontramos sentencias en ambos sentidos⁶²¹. En nuestra opinión, para ser rigurosos con el respeto a los

⁶¹⁷ El artículo 571 de la LECrim. establece: “el registro no se suspenderá sino por el tiempo en que no fuere posible continuarle, y se adoptaran, durante la suspensión, las medidas de vigilancia a que se refiere el artículo 567”.

⁶¹⁸ Vid. ATS de 12 de enero de 1994.

⁶¹⁹ Vid. RODRÍGUEZ SOL, L: *Registro domiciliario y prueba ilícita...*cit., pág. 257.

⁶²⁰ Vid. RODRÍGUEZ SOL, L: *Registro domiciliario y prueba ilícita...*cit., pág. 260; FIGUEROA NAVARRO, M.C.: *Las diligencias de entrada y registro domiciliario...*cit., pág. 11: “la garantía judicial aparece, así, como un mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho, y no a reparar su violación cuando se produzca (sentencias del Tribunal Constitucional 160/1991, de 18 de julio; 171/1999, de 27 de septiembre y 10/2002, de 17 de enero)”.

⁶²¹ Vid. SÁNCER PELEGRINA, A.: *Tratamiento jurisprudencial de la diligencia de entrada y registro domiciliario. Especial mención a la STC 10/2002, de 17 de enero, sobre la práctica de tal medida en las habitaciones de los hoteles...*cit., págs. 15 y ss.

derechos fundamentales, se debería solicitar una nueva autorización si bien, en aras a la economía procesal y aseguramiento de las pruebas, tal solicitud podría dirigirse al Juez de Guardia.

Finalmente, el auto también deberá especificar la autoridad o funcionario que lo ha de practicar. La legislación no exige la presencia del juez para la validez del acto, quien en virtud de lo dispuesto en el artículo 563⁶²² de la LECrim. podrá delegar a favor de autoridades o agentes de policía judicial⁶²³.

No se exige que tal designación haya de ser nominativa, sino que basta con nominaciones genéricas al cargo o categoría de la autoridad o funcionario que debe practicarla⁶²⁴.

El mandamiento de prisión, regulado en el artículo 553 de la LECrim., valdría como mandamiento de entrada para proceder a la ejecución de tal medida⁶²⁵.

⁶²² Artículo 563 LECrim.: “*Si el edificio o lugar cerrado estuviere en el territorio propio del juez instructor, podrá encomendar la entrada y registro al juez municipal del territorio en que el edificio o lugar cerrado radiquen, o a cualquier autoridad o agente de Policía Judicial. Si el que lo hubiese ordenado fuere el juez municipal, podrá encomendarlo también a dichas autoridades o agentes de Policía Judicial. Cuando el edificio o lugar cerrado estuviere fuera del territorio del juez, encomendará éste la práctica de las operaciones al juez de su propia categoría del territorio en que aquéllos radiquen, el cual, a su vez, podrá encomendarlas a las autoridades o agentes de Policía Judicial*”.

⁶²³ Si la ejecución de la entrada y registro se encomienda a la Policía Judicial, el juez deberá librar el correspondiente mandamiento. *Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...cit., pág. 85; RODRÍGUEZ SOL, L: Registro domiciliario y prueba ilícita...cit., págs. 151 y ss.*

⁶²⁴ *Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...cit., pág. 95; RODRÍGUEZ SOL, L: Registro domiciliario y prueba ilícita...cit., pág. 154.*

A este respecto ha señalado el Tribunal Constitucional en su STC 50/1995, de 23 de febrero, que en la limitación de este derecho es exigible “*la concreción del número de personas que puedan acceder al domicilio, aun cuando no se identifiquen individualmente con carácter previo*”.

⁶²⁵ *Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...cit., pág. 85.*

En este supuesto “*hay una resolución judicial habilitante, que es precisamente el auto de prisión*”. *Vid. RODRÍGUEZ SOL, L: Registro domiciliario y prueba ilícita...cit., págs. 136 y ss.* Aclara este autor que hay que tener en cuenta que no todo mandamiento de prisión contiene implícitamente la facultad de entrar en el domicilio, de tal forma que los agentes, sólo podrán

Dispone el artículo 553 que: “los agentes de policía podrán, asimismo, proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas...”.

En este caso parece que el legislador ha entendido que preexiste una orden judicial implícita de entrada y registro en lugar cerrado incardinada en el mandamiento explícito de prisión, y, en consecuencia, ha estimado no exigir una nueva orden específicamente explícita por considerar, que, con este mandamiento de prisión se satisface la exigencia constitucional de que exista una resolución judicial⁶²⁶.

Finalmente merece la pena señalar que se ha planteado la validez de dichas resoluciones cuando las mismas se adoptan en el marco de las llamadas “diligencias indeterminadas”, lo que ha sido elevado al Tribunal Constitucional, quien ha señalado en la STC 126/2000, de 16 de mayo: “seguidamente el recurrente mantiene que la medida de intervención de las comunicaciones se llevó a efecto fuera de un proceso. Es cierto, por lo que se

entrar en la vivienda si el mandamiento de prisión contiene esta previsión; en caso contrario, sólo podrán entrar si por razones de urgencia no pudiesen solicitar la autorización de entrada en domicilio.

HERRERO HERRERO, C.: *Competencias excepcionales de los agentes de policía en materia de entrada, detención y registro en lugar cerrado...cit.*, pág. 18, utiliza el siguiente argumento: “las exigencias de un mandamiento judicial de entrada y registro, en los casos que fuese necesario, con tales características explícitas es de legislación ordinaria, pero no constitucional. El art. 18.2 de la Constitución solo exige, para limitar la inviolabilidad del domicilio, en ausencia del consentimiento del titular y de delito flagrante, resolución judicial. No dice si ha de ser explícita o implícita (...)”. Y concluye: “el domicilio afectado, en consecuencia, quedaría perfectamente fijado a través de la identificación y ubicación de la persona o personas que han de ser detenidas. Naturalmente, debe requerirse que la noticia de que el individuo a detener se encuentra en tal lugar cerrado, protegido en situación de normalidad por parte del ordenamiento jurídico contra la entrada policial, ha de alcanzar ahora el grado de verdadera certeza”.

⁶²⁶ Vid. HERRERO HERRERO, C.: *Competencias excepcionales de los agentes de policía en materia de entrada, detención y registro en lugar cerrado...cit.*, pág. 19, donde aclara que si se ha dictado mandamiento de prisión es porque el presunto autor está declarado en situación de rebeldía, por lo que “debe concluirse, razonablemente, que su actitud permanente es la de evadirse de aquélla. Que, por lo mismo, tiene que aprovecharse cualquier ocasión legítima para llevar a cabo su detención. Lo que supondrá, normalmente, actuar con la máxima celeridad para evitar la fuga. La estimación razonable de la necesidad y oportunidad de actuar así con tal fin es dejado por la ley al criterio, en todo caso razonado y razonable, de los miembros policiales actuantes”.

refiere a esta última afirmación, que hemos tildado a las denominadas "diligencias indeterminadas" de "procedimiento, que no proceso judicial" (SSTC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 3, y 103/1996, de 11 de junio, FJ 2). Pero, tal como mantuvimos en la ya citada STC 49/1999 -FJ 6- aunque la naturaleza de la intervención telefónica, su finalidad y la misma lógica de la intervención requieren no solamente que la investigación y su desarrollo se lleven a cabo por el Juez de Instrucción, sino que se realicen dentro de un proceso legalmente existente, el hecho de que la decisión judicial se lleve a cabo en las denominadas "diligencias indeterminadas" no implica, per se, la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones pues, tal y como afirmábamos en la sentencia mencionada, lo relevante a estos efectos es la posibilidad de control. Tanto el control inicial, pues aun cuando se practiquen en esta fase sin conocimiento del interesado, que no participa en ella, aquél ha de suplirse por la intervención del Ministerio Fiscal, garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos por lo dispuesto en el artículo 124.1 CE, como el posterior (cuando se alza la medida) por el propio interesado que ha de poder conocerla e impugnarla. Por ello, en la citada resolución consideramos que no se había quebrado esa garantía al haberse unido las diligencias indeterminadas, sin solución de continuidad, al proceso incoado en averiguación del delito, satisfaciendo así las exigencias de control del cese de la medida que, en otro supuesto, se mantendría en un permanente, y por ello inaceptable, secreto".

Por tanto, lo decisivo no es la denominación que reciba el proceso en el cual se adopte la resolución, sino que ésta cumpla todas las garantías necesarias para acordar la restricción de un derecho fundamental.

5.3. LUGARES DE ENTRADA Y REGISTRO

La Ley de Enjuiciamiento Criminal distingue entre los domicilios de los particulares, los edificios públicos (nacionales y extranjeros) y los buques⁶²⁷ (nacionales y extranjeros)⁶²⁸.

5.3.1. DOMICILIO PARTICULAR

El artículo 545 de la LECrim establece 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”*.

Además, el artículo 554.2 de esta ley añade que se considerará domicilio *“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”*.

No nos detendremos en el concepto de domicilio particular por haber sido objeto de análisis en el apartado correspondiente.

Ahora bien, a efectos procesales, el precitado artículo 554 de la LECrim dice que se reputarán domicilio: *“1.º Los Palacios Reales, estén o no habitados por el Monarca al tiempo de la entrada o registro; 2.º 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; 3.º Los buques nacionales mercantes; 4.º Tratándose de personas jurídicas imputadas, el espacio físico*

⁶²⁷ Por asimilación, deberíamos incluir también las aeronaves. Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...cit.*, pág. 72.

⁶²⁸ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo II...cit.*, pág. 1915; HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...cit.*, págs. 57 y ss.; MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal...cit.*, pág. 256; GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal...cit.*, pág. 268.

que constituya el centro de dirección de las mismas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros”.

Vamos a analizar brevemente cada uno de ellos.

Respecto a los Palacios Reales siempre tendrán la consideración de domicilio, habite el Monarca o no en el momento en que se va a llevar a cabo la diligencia de entrada y registro.

Si se quiere registrar el Palacio en que esté residiendo el Monarca, el Juez Real solicitará licencia por conducto del Mayordomo Mayor de Su Majestad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 555 de la LECrim.

Para registrar los Sitios Reales en que no se hallare el Monarca al tiempo del registro, establece el artículo 556 de la LECrim., que será necesaria la licencia del Jefe o empleado del servicio de Su Majestad que tuviera a su cargo la custodia del edificio, o la del que haga sus veces cuando se solicitara, si estuviera ausente.

5.3.2. LUGARES PÚBLICOS

De acuerdo con el artículo 547 de la LECrim. se reputarán edificios o lugares públicos:

“1º Los que estuvieren destinados a cualquier servicio oficial, militar o civil del Estado, de la Provincia o del Municipio, aunque habiten allí los encargados de dicho servicio o los de la conservación y custodia del edificio o lugar.

2º Los que estuvieren destinados a cualquier establecimiento de reunión o recreo, fueren o no lícitos.

3º Cualesquiera otros edificios o lugares cerrados que no constituyeren domicilio de un particular con arreglo a lo dispuesto en el artículo 554.

4º Los buques del Estado”.

Señala HINOJOSA SEGOVIA⁶²⁹ que el carácter público lo otorga la ley en razón a tres criterios: estar destinados a un servicio oficial, civil o militar, de cualquier administración; locales por naturaleza abiertos al acceso de cualquiera por su destino, lucro y utilidad; y de manera residual, cualquier otro edificio o lugar que no constituye domicilio de un particular.

La LECrim. tras establecer en el artículo 546 que el juez o tribunal que conociere de la causa podrá decretar la entrada y registro, de día o de noche, en todos los edificios y lugares públicos, independientemente del territorio en que radiquen, cuando hubiera indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación, establece una serie de formalidades respecto a determinados edificios y lugares públicos, formalidades que pasamos a enumerar.

Para entrar en los Palacios de las Cortes⁶³⁰, establece el artículo 548 de la LECrim que el juez necesitará la autorización del presidente respectivo.

Respecto a los templos y lugares religiosos⁶³¹ únicamente se requiere “*pasar recado de atención a las personas cuyo cargo estuvieren*” (artículo 549 LECrim).

En cuanto a los edificios públicos extranjeros, tendrán tal consideración los edificios destinados a la habitación u oficina de los representantes de

⁶²⁹ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...*cit., pág. 64.

⁶³⁰ Hay que tener en cuenta que el artículo 66.3 de la Constitución establece la inviolabilidad de las Cortes Generales: “3. *Las Cortes Generales son inviolables*”.

⁶³¹ Además habrá que tener en cuenta artículo 1.5 del Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre el Estado Español y la Santa Sede, sobre Asuntos Jurídicos, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre de 1979; para los de las Iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, artículo 2.2 de la Ley 24/1992, de 10 de noviembre; para las Comunidades pertenecientes a la Federación de Comunidades Israelitas de España, artículo 2.2 de la Ley 25/1992, de 10 de noviembre; y, para los de las Comunidades Islámicas miembros de la Comisión Islámica de España, artículo 2.2 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre.

naciones extranjeras acreditados cerca del Gobierno de España⁶³², para cuya entrada y registro, de acuerdo con el artículo 559 de la LECrim., el juez les pedirá su venia por medio de atento oficio, rogándoles que le contesten en el término de doce horas.

Una vez transcurrido ese término sin recibir respuesta, o si la respuesta fuera negativa, el juez lo comunicará inmediatamente al Ministerio de Gracia y Justicia. Mientras el Ministro no le comunique su resolución, se abstendrá de entrar y registrar en el edificio; pero adoptará las medidas de vigilancia a que se refiere el artículo 567⁶³³.

Se podrá entrar en las habitaciones de los cónsules extranjeros y en sus oficinas⁶³⁴ pasándoles previamente recado de atención, y observando las formalidades prescritas en la Constitución del estado y en las leyes⁶³⁵.

Respecto a las notificaciones hemos de distinguir entre tres supuestos⁶³⁶.

Si se trata de un edificio o lugar público comprendido en los números 1 y 3⁶³⁷ del artículo 547 LECrim., el juez oficiará a la autoridad o jefe de que dependan en la misma población. Si éste no contestare en el plazo que se le fije en el oficio, se notificará el auto en que se disponga la entrada y registro al encargado de la conservación o custodia del edificio o lugar que se hubiere de entrar y registrar.

⁶³² Vid. Artículo 30.1 del Convenio de Viena de 18 de abril de 1961, sobre Relaciones Diplomáticas, ratificado por España el 21 de noviembre de 1967.

⁶³³ Artículo 567 de la LECrim.: “desde el momento en que el juez acuerde la entrada y registro en cualquier edificio o lugar cerrado, adoptará las medidas de vigilancia convenientes para evitar la fuga del procesado o la sustracción de los instrumentos, efectos del delito, libros, papeles o cualesquiera otras cosas que hayan de ser objeto del registro”.

⁶³⁴ Vid. Artículo 31.1 del Convenio de Viena de 24 de abril de 1963, sobre Relaciones Consulares, ratificado por España el 3 de febrero de 1970.

⁶³⁵ Artículo 562 de la LECrim.

⁶³⁶ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo II...cit., pág. 1917.

⁶³⁷ Artículo 564 de la LECrim.

Cuando el edificio o lugar fueren de los comprendidos en el número 2º del precitado artículo, la notificación se hará a la persona que se halle al frente del establecimiento de reunión o recreo, o a quien haga sus veces si aquél estuviere ausente⁶³⁸.

En el caso de los buques de estado⁶³⁹ comprendidos en el apartado 4º, las notificaciones se dirigirán a los Comandantes.

Vamos a hacer ahora una especial referencia a los establecimientos abiertos al público. Cuando estamos ante un establecimiento abierto al público, será de aplicación el artículo 546 de la LECrim.⁶⁴⁰, por lo que el juez deberá decretar la medida mediante auto, que será motivado: *“el juez o tribunal que conociere de la causa podrá decretar la entrada y el registro, de día o de noche, en todos los edificios y lugares públicos...”*.

A este respecto se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de junio de 2000, en la que señala: *“la protección legal y constitucional de la intimidad y del privacidad que se reconoce al domicilio de las personas no puede predicarse de los establecimientos públicos (art. 547 LECrim.); de tal modo que para cualquier diligencia de registro en alguno de ellos bastará que el juez o tribunal que conociere de la causa considere procedente acordarla por existir indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación (art. 546 LECrim), sin que la ley prevea expresamente, para decretar tal medida, la necesidad de dictar auto motivado como, por el contrario, hace cuando de la entrada y registro en el domicilio de alguna persona se trata (...); sin que, por consiguiente, para acordar la entrada en un establecimiento mercantil -como es el caso- sea precisa la motivación pretendida por la parte recurrente. Baste recordar que, según ha declarado reiteradamente esta sala, “para el registro de los locales de recreo tales como*

⁶³⁸ Artículo 565 de la LECrim.

⁶³⁹ Artículo 564.3 de la LECrim.

⁶⁴⁰ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo II...cit., pág. 1928.

pubs, bares o restaurantes (enumeración no exhaustiva) no es precisa una previa resolución que lo autorice (v. SS. de 10 de abril y 18 de mayo de 1995). La autorización judicial a que se refiere el art. 546 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal "se contrae a los supuestos en que hubiera causa pendiente...No habiendo causa pendiente no se precisa para la entrada y registro en aquellos lugares públicos autorización judicial como la doctrina de esta sala viene diciendo con reiteración".

No estamos de acuerdo con esta postura jurisprudencial, sino con la interpretación doctrinal defendida por BARJA DE QUIROGA⁶⁴¹, quien entiende que también para el registro de estos lugares hace falta autorización judicial. En efecto, si bien es cierto que estos lugares no tienen la consideración de domicilio, y por tanto la protección constitucional es diferente, ello no significa que no gocen de protección legal alguna, ya que el artículo 546 dispone claramente que el juez que conociera de la causa podrá decretar la entrada en un edificio o lugar público, consideración que, en virtud del precitado artículo 547, tienen los establecimientos públicos como bares, restaurantes, etcétera. En consecuencia, entendemos que en estos supuestos sí sería necesaria autorización judicial.

Ahora bien, si el imputado es una persona jurídica hay que tener en cuenta que determinados espacios tienen la consideración de domicilio, en virtud de lo dispuesto por el artículo 554.4⁶⁴² de la LECrim.: *"Se reputan domicilio: 4º. Tratándose de personas jurídicas imputadas, el espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros"*. No nos detendremos más en este

⁶⁴¹ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo II...cit.*, pág. 1929.

⁶⁴² Este artículo introducido por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

punto por haber sido ya objeto de estudio el domicilio de las personas jurídicas en el capítulo correspondiente.

Finalmente, haremos también mención específica al caso de los despachos profesionales de abogados⁶⁴³. Este supuesto no es recogido por la LECrim., pero el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto de la Abogacía Española, dispone en su artículo 32, que *“en el caso de que el Decano de un Colegio, o quien estatutariamente le sustituya, fuere requerido en virtud de norma legal o avisado por la autoridad judicial, o en su caso gubernativa, competente para la práctica de un registro en el despacho profesional de un abogado, deberá personarse en dicho despacho y asistir a las diligencias que en el mismo se practiquen, velando por la salvaguarda del secreto profesional”*.

La cuestión ha sido tratada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de diciembre de 2012, en la que se señala que tal medida supondría la afección de tres derechos, a saber: el derecho a no declarar, el derecho al secreto profesional y el derecho a la intimidad. Pero también dice el tribunal que estos derechos pueden limitarse en supuestos en los que existe una constancia, suficientemente contrastada, de que el abogado ha podido desbordar sus obligaciones y responsabilidades profesionales integrándose en la actividad delictiva⁶⁴⁴.

Cabe reseñar que, de acuerdo con el artículo 546 de la LECrim., el juez puede decretar esta medida *“de día o de noche”*, a diferencia de lo que sucede respecto a los lugares que tienen la consideración de domicilios particulares⁶⁴⁵.

⁶⁴³ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo II...*cit., pág. 1930-1931.

⁶⁴⁴ En el mismo sentido encontramos al STS de 11 de marzo de 2014 en la que el Tribunal Supremo entendió que el registro fue proporcional, necesario e idóneo, dado que existían indicios de la implicación del despacho de abogados en delitos contra la hacienda pública y blanqueo de capitales.

⁶⁴⁵ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...*cit., pág. 129.

5.3.3. BUQUES

En primer lugar cabe señalar que los buques nacionales mercantiles tienen la consideración de domicilio, en virtud del artículo 554.1.3º de la LECrim., y los buques de estado la de lugares públicos por el artículo 547.1.4º de la LECrim., por lo que ya han sido comentados en el sub-epígrafe correspondiente. Vamos a analizar ahora el resto de buques.

En los buques de guerra extranjeros es necesaria la autorización del Comandante; la falta de ésta, se suplirá por la del Embajador o Ministro de la nación a que pertenezca⁶⁴⁶.

Si se trata de un buque mercante extranjero, ya no es necesaria la autorización del capitán o cónsul, ya que el primer párrafo del artículo 561 de la LECrim ha sido derogado por la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (BOE, 25 de julio). Este párrafo decía: *“tampoco se podrá entrar y registrar en los buques mercantes extranjeros sin la autorización del capitán, o, si éste la denegare, sin la del cónsul de su nación”*.

La actual regulación de la entrada y registro en los buques mercantes extranjeros se encuentra en la referida ley, en los artículos 12, 44, 45 y 46, que pasamos a transcribir.

El artículo 12 de la Ley 14/2014, de julio, de Navegación Marítima, señala que: *“1. Salvo lo previsto para los buques de estado, la jurisdicción civil y penal de los tribunales españoles se extenderá a todos los buques extranjeros mientras permanezcan en los puertos nacionales o demás aguas interiores marítimas*

2. A tal efecto, la autoridad judicial podrá ordenar la práctica a bordo de las diligencias que sean procedentes así como la entrada y registro en el buque, incluidos sus camarotes, sin más requisito que la comunicación al cónsul del estado del pabellón a la mayor brevedad posible.

⁶⁴⁶ Artículo 561.2 de la LECrim.

3. La jurisdicción de los tribunales españoles existirá incluso después de que los buques extranjeros hayan abandonado las aguas interiores marítimas y se encuentren navegando por el mar territorial, así como cuando sean detenidos fuera de ejercicio del derecho de persecución”.

En relación con esto, el artículo 44 dispone que: *“la jurisdicción penal española en relación con los buques extranjeros que se encuentren en el mar territorial español, se regirá por lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial y los tratados aplicables, en especial en el apartado 1 del artículo 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982.*

Lo anterior no afecta a la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales competentes ordenen detenciones o realicen investigaciones a bordo de un buque extranjero, en relación con un delito cometido a bordo de dicho buque durante su paso, siempre que pase por el mar territorial procedente de aguas interiores”.

Por su parte, el artículo 45 establece que, a petición del capitán del buque o de un representante diplomático o consular del estado del pabellón, los órganos jurisdiccionales españoles competentes podrán proceder a ordenar detenciones o realizar investigaciones en relación con delitos que se hayan cometido a bordo de un buque extranjero.

El artículo 46 determina que el órgano judicial competente notificará a un representante diplomático o consular del estado de pabellón a ser posible con anterioridad a su realización, de las diligencias y actuaciones que vaya a llevar a cabo para ejercer su jurisdicción. Dicha notificación también se hará cuando la instrucción se inicie a petición del capitán del buque, en virtud de lo dispuesto en el artículo 15.

5.4. PROCEDIMIENTO Y REQUISITOS DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO

La diligencia de entrada y registro es el acto procesal cuyo objeto es limitar las garantías normales de libertad individual mediante el empleo de medios coercitivos, con el fin de obtener el conocimiento del delito, medios de pruebas o a la persona del imputado para los fines propios del proceso penal⁶⁴⁷.

Se trata, por tanto, de un acto de investigación⁶⁴⁸, que se practica para servir a la doble finalidad que acabamos de exponer: el descubrimiento, y en su caso, detención del sospechoso, y la búsqueda y recogida de efectos relacionados con el delito.

Ahora bien, como hemos indicado más arriba, aunque la entrada y registro tienen un tratamiento legal conjunto y las analizamos a la vez por su normal conexión, pueden tener un objeto distinto, y no siempre seguirá un registro a una entrada⁶⁴⁹. Vamos a referirnos brevemente a estos dos conceptos.

⁶⁴⁷ También se puede definir como “aquella que, limitando las garantías de libertad individual respecto de los lugares cerrados, tiene por objeto la búsqueda en los mismos de los efectos, instrumentos y objetos del delito, o el hallazgo del propio delincuente”. Vid. ALONSO PÉREZ, F.: *Formalidades en la práctica de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado*, Diario La Ley, nº 5643, Sección Doctrina, octubre 2002, Año XXIII, Ref. D-227, tomo 5, pág. 1.

⁶⁴⁸ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...cit.*, pág. 49; MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional III...cit.*, pág. 161; RODRÍGUEZ SOL, L.: *Registro domiciliario y prueba ilícita...cit.*, págs. 16 y 17.

Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, constituyen diligencias procesales de la instrucción procesal penal, se trata de una diligencia indeterminada y sumarial (SSTS de 5 de mayo de 1995, de 27 de septiembre de 1994, y de 15 de noviembre de 1991). Ahora bien, si no existe causa abierta y estamos ante un delito flagrante o media consentimiento del titular, esta diligencia podría tener naturaleza policial (STS de 9 de noviembre de 1994).

⁶⁴⁹ Vid. RODRÍGUEZ SOL, L.: *Registro domiciliario y prueba ilícita...cit.*, págs. 5 y ss.

Siguiendo a HINOJOSA SEGOVIA⁶⁵⁰, la entrada supone la penetración o introducción en un lugar cerrado cuando hubiese indicios de que allí se encuentra el presunto responsable de un delito, por tanto, como diligencia aislada, su objeto suele ser la detención o ejecución de un mandamiento de prisión contra el presunto responsable de un hecho punible.

GIMENO SENDRA la define, en un sentido genérico, como *“toda resolución judicial por la que se limita el derecho a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 CE para la consecución de fines o intereses constitucionalmente protegidos”*⁶⁵¹.

Por su parte, registrar es observar, examinar minuciosamente algo, para, encontrar y, en su caso, recoger los efectos o instrumentos de un delito, o incluso detener al presunto infractor. GIMENO SENDRA indica que fundamentalmente la diligencia de registro constituye un *“acto de recogida y aseguramiento del cuerpo del delito o de las futuras fuentes de prueba, si bien también lo es de investigación indirecto, por cuanto posibilita la práctica de actos investigatorios, tales como reconocimientos pericialesno declaraciones de testigos”*⁶⁵².

En conclusión, todo registro presupone una entrada, pero no toda entrada presupone un registro.

⁶⁵⁰ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...cit.*, págs. 45 y ss. Este autor define la diligencia de registro como *“acto procesal de investigación restrictivo de un derecho fundamental -la inviolabilidad del domicilio- condicionado a los presupuestos previstos en el ordenamiento jurídico, que tiene por objeto la penetración en un lugar para la observación, búsqueda y recogida de efectos o instrumentos del delito u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento o comprobación, cuando existan indicios determinantes para su adopción”*.

⁶⁵¹ Vid. GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal...cit.*, pág. 263. Indica que constituyen notas esenciales de la diligencia de entrada: su sometimiento a los principios de exclusividad jurisdiccional y de proporcionalidad; que su objeto material lo constituye cualquier lugar cerrado en el que se ejercita o puede resultar afectado el derecho a la intimidad de la vida familiar del ciudadano; que se trata de un acto indirecto de preconstitución de la prueba.

⁶⁵² Vid. GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal...cit.*, pág. 270. Señala además que, debido a que la finalidad esencial del registro es recoger los efectos e instrumentos del delito, esto es, preconstituir la prueba, dicho acto ha de revestir las notas esenciales de todo acto de prueba: la intervención de la autoridad judicial y la posibilidad de contradicción.

Vamos a centrarnos en los requisitos que debe revestir el procedimiento de entrada y registro acordado judicialmente.

En un Estado Social y Democrático de Derecho, donde los derechos fundamentales han de inspirar todo el ordenamiento jurídico, han de observarse las garantías y formalidades que aseguren la limitación legítima de estos derechos, de la forma menos gravosa.

La diligencia de entrada y registro ha de ser excepcional, no automática, condicionada a las circunstancias del caso y proporcional a la finalidad que persigue⁶⁵³.

Puesto que se trata de una medida limitativa de un derecho fundamental, deben regir los principios de idoneidad (adecuación a la investigación)⁶⁵⁴, necesidad (insustituibilidad por otra menos grave)⁶⁵⁵ y proporcionalidad (gravedad del delito investigado)⁶⁵⁶.

⁶⁵³ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...*cit., pág. 53: “el principio de idoneidad implica la adecuación entre la medida y el fin perseguido, y exige que la injerencia facilite la obtención del éxito pretendido”.

Esto ha sido señalado también por la doctrina del Tribunal Constitucional, entre otras, en las SSTC 169/2001, de 16 de julio y 123/2002, de 20 de mayo: “A tal efecto es necesario recordar que el juicio de proporcionalidad ha de efectuarse teniendo en cuenta los elementos y datos disponibles en el momento en que se adopta la medida restrictiva del derecho fundamental (SSTC 126/2000, de 16 de mayo, FJ 8; y 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2), debiendo comprobarse, desde la perspectiva de análisis propia de este Tribunal, si en la resolución judicial de autorización aparecen los elementos necesarios para entender que se ha realizado la ponderación de la proporcionalidad de la medida (por todas, SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; y 169/2001, de 16 de julio, FJ 9).”

⁶⁵⁴ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...*cit., pág. 35.

⁶⁵⁵ La necesidad supone que la diligencia sólo cabe cuando no existan otras vías menos gravosas para conseguir la finalidad pretendida. Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...*cit., pág. 53.

⁶⁵⁶ Vid. ALONSO PÉREZ, F.: *Formalidades en la práctica de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado...*cit., pág. 2; GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal...*cit., pág. 264.

El principio de proporcionalidad supone la ponderación de los intereses en juego: la gravedad y trascendencia social del hecho y la invasión de los derechos del individuo sometido a esta medida. Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...*cit., pág. 53. Señala además este autor que la gravedad del hecho viene condicionada, en general, por la gravedad de la pena, por lo que la medida de entrada y

La LECrim. da unas normas generales a tener en cuenta⁶⁵⁷, si bien, la forma de practicar la entrada y registro en cada caso concreto debe resolverse según las circunstancias del caso.

En primer lugar, es indispensable la notificación del auto a la persona interesada *“inmediatamente, o lo más tarde dentro de las veinticuatro horas de haberse dictado”*⁶⁵⁸. Si se trata de un edificio destinado a un establecimiento de reunión o recreo, la notificación se realizará al encargado o a la persona que estuviera al frente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 565 de la LECrim.

Hay que recordar en este punto las especialidades que rigen para determinados lugares, y que se trataron en el epígrafe de este capítulo relativo a los lugares para proceder a la diligencia de entrada y registro.

Ahora bien, ha aclarado el Tribunal Supremo que no es necesario que esta notificación preceda a la entrada cuando una previa advertencia pueda frustrar el factor sorpresa, sino que puede realizarse con posterioridad⁶⁵⁹. En este sentido encontramos, entre otras⁶⁶⁰, la STS de 10 de octubre de 2000, que

registro podrá adoptarse cuando el hecho sea constitutivo de delito, pero no de falta, ya que en este caso sería desproporcionada.

⁶⁵⁷ Señala HINOJOSA SEGOVIA que *“en un Estado de Derecho, como el nuestro, corresponde a los jueces penales descubrir la verdad sólo a través de los procedimientos legalmente establecidos, conforme a la Constitución y en función de ella interpretados, así como de los correspondientes Instrumentos Internacionales, y no de otros medios no ajustados a la legalidad por mucho y noble que pueda ser el interés de descubrir la verdad histórica o real. El procedimiento, la forma, la manera de actuar, el camino seguido, es siempre parte esencial del contenido del fin alcanzado. Sólo la legitimidad de la forma en el hallazgo de la realidad jurídica-penal sustantiva justifica la misma legitimidad respecto del correspondiente contenido punitivo”*. Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...cit.*, pág. 133.

⁶⁵⁸ Art. 550 LECrim.

⁶⁵⁹ Vid. HERRERO HERRERO, C.: *Competencias excepcionales de los agentes de policía en materia de entrada, detención y registro en lugar cerrado. Potenciales conexiones con la denominada prueba ilícita (II)*, La Ley Penal, nº 89, Sección Estudios, enero 2012, pág. 3; LUZÓN CUESTA, J.M.: *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario...cit.*, pág. 75.

⁶⁶⁰ Vid. STS 13 de noviembre de 1991, 17 de mayo de 1994, 20 de mayo de 1996 y 27 de abril de 2010.

Además, aclara el Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de octubre de 2000 que *“esta deficiencia procesal, en todo caso, carece de entidad suficiente para invalidar la diligencia practicado y el resultado probatorio de la misma, porque, autorizada la intromisión por la*

señala: *“dada la gran diversidad de las circunstancias que pueden producirse en la entrada y registro, no es requisito esencial que la notificación preceda a la entrada. En algunos casos, será factible cumplir con este presupuesto y, en otros casos, como en los que es necesario utilizar el auxilio de la fuerza, lo prioritario será aprovecharse del factor sorpresa, sin perjuicio de que, una vez realizada la entrada y practicadas las actuaciones necesarias para llevar a efecto la diligencia, se proceda a notificársela al interesado”*.

También ha señalado el Tribunal Supremo que, no obstante las previsiones legales anteriormente mencionadas, la falta de notificación del auto no invalida la diligencia que se practica, puesto que su ausencia no supone vulneración de derecho fundamental, sino tan sólo la infracción de una norma que no tiende directamente a la protección de derechos de tal naturaleza de los afectados⁶⁶¹.

El artículo 567 de la LECrim. establece la posibilidad de adoptar medidas de vigilancia⁶⁶²: *“desde el momento en que el juez acuerde la entrada y registro en cualquier edificio o lugar cerrado, adoptará las medidas de vigilancia*

resolución de la autoridad judicial competente, la notificación no deja de ser una mera formalidad sin mayor relevancia toda vez que cualquier reacción del interesado a dicha notificación sería totalmente inocua para la ejecución de la diligencia, que se llevará acabo incluso por la fuerza (artículo 568 LECrim.). Si además el morador se encuentra presente ante la comisión judicial y presencia la práctica de la diligencia, la anomalía procesal todavía se debilita al límite en su entidad y no supondrá en ningún caso la nulidad o invalidez de la misma”.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su STC 171/1999, de 27 de septiembre: *“la ausencia de notificación del auto de autorización de entrada y registro no afecta al derecho a un proceso con todas las garantías, pues se trata de un requisito que se mueve en el plano de la legalidad ordinaria, sin trascendencia en el plano constitucional, y cuyos efectos se producen, en su caso en el ámbito de la validez y eficacia de los medios de prueba”*.

⁶⁶¹ Vid. SSTS de 27 de diciembre de 1989 y 13 de noviembre de 1991, señalando esta última que *“no puede producir indefensión el que el auto en que se decretaba la entrada y registro no se notificara al interesado, si éste no se encontraba en el domicilio a registrar, en cuanto que una previa advertencia podría frustrar la finalidad del registro”*.

⁶⁶² Vid. MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional III...cit.*, pág. 161; MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal...cit.*, pág. 25; RIVES SEVA, A.P.: *La diligencia de entrada y registro domiciliario...cit.*, págs. 96 y ss.; GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal...cit.*, pág. 269.

convenientes para evitar la fuga del procesado o la sustracción de los instrumentos, efectos del delito, libros, papeles o cualesquiera otras cosas que hayan de ser objeto del registro". El precepto parece que deja a discrecionalidad del juez cuáles han de ser esas medidas⁶⁶³. Ahora bien, estas medidas no permiten la entrada en el domicilio sin mandamiento judicial⁶⁶⁴.

También pueden adoptarse cuando el registro se suspenda porque llegue la noche y la resolución judicial no haya previsto que el registro se lleve a cabo también durante este periodo y, preguntado al titular del domicilio, éste no dé su consentimiento⁶⁶⁵.

El registro deberá hacerse en un único acto. La unidad de acto significa que la fe judicial ha de extender sus efectos a todo aquello que a presencia del

⁶⁶³ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...*cit., pág. 136.

⁶⁶⁴ La STS de 22 de febrero de 2000 aclara: "la adopción de medidas de vigilancia, como las llama la ley, no permite la entrada en el domicilio sin mandamiento. Así se desprende del artículo 568 de la LECrim., en el que se dispone que, una vez «practicadas las diligencias que se establecen en el artículo anterior (medidas de vigilancia), se procederá a la entrada y registro empleando para ello, si fuera necesario, el auxilio de la fuerza». Es por tanto, después de tomadas las medidas, cuando se puede proceder a la entrada y practicar el registro, pero no antes, ya que la diligencia de entrada no sólo se realizaría sin mandamiento judicial sino que, en el caso de que el interesado o afectado se opusiese a la misma, nos encontraríamos ante una situación ilegal prevista en el código penal. La llegada posterior de la comisión judicial y la exhibición del mandamiento, no puede subsanar los defectos insalvables derivados de una entrada ilegal y sin mandamiento, por lo que las consecuencias probatorias derivadas del registro revienen ineficaces".

⁶⁶⁵ Vid. Artículos 570 y 571 de la LECrim.

Artículo 570 LECrim.: "Cuando el registro se practique en el domicilio de un particular y expire el día sin haberse terminado, el que lo haga requerirá al interesado o a su representante, si estuviere presente, para que permita la continuación durante la noche. Si se opusiere, se suspenderá la diligencia, salvo lo dispuesto en los artículos 546 y 550, cerrando y sellando el local o los muebles en que hubiere de continuarse, en cuanto esta precaución se considere necesaria para evitar la fuga de la persona o la sustracción de las cosas que se buscaren. Prevendrá asimismo el que practique el registro a los que se hallen en el edificio o lugar de la diligencia que no levanten los sellos, ni violenten las cerraduras, ni permitan que lo hagan otras personas, bajo la responsabilidad establecida en el código penal".

Artículo 571 LECrim.: "El registro no se suspenderá sino por el tiempo en que no fuere posible continuarle, y se adoptaran, durante la suspensión, las medidas de vigilancia a que se refiere el artículo 567".

funcionario se produce pero sólo en el instante en que tiene lugar⁶⁶⁶. Por tanto, antes de iniciarse, se ha de prever la posible duración del mismo para evitar suspensiones y aplazamientos por la posible pérdida de eficacia que esto puede suponer.

En cuanto a las personas que deben estar presentes, son el juez, el Secretario Judicial, el titular del domicilio, dos testigos y los agentes de policía. Vamos a analizar hasta qué punto es necesaria la intervención de estos sujetos, las consecuencias de su ausencia, si pueden delegar o no su función y las repercusiones de no desempeñar correctamente sus tareas.

De la lectura de la LECrim. se refleja la idea de que el juez esté presente en la diligencia de entrada y registro⁶⁶⁷, pero puede delegar⁶⁶⁸ esta facultad a otro juez o a cualquier autoridad o agente de las Policía Judicial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 563 de dicha ley: *“Si el edificio o lugar cerrado estuviese en el territorio propio del juez instructor, podrá encomendar la entrada y registro al juez municipal del territorio en que el edificio o lugar cerrado radiquen, o a cualquier autoridad o agente de Policía Judicial. Si el que lo hubiese ordenado fuere el juez municipal, podrá encomendarlo también a dichas autoridades o agentes de Policía Judicial.*

Cuando el edificio o lugar cerrado estuviere fuera del territorio del juez, encomendará éste la práctica de las operaciones al juez de su propia categoría del territorio en que aquéllos radiquen, el cual, a su vez, podrá encomendarlas a las autoridades o agentes de Policía Judicial”.

⁶⁶⁶ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...*cit., pág. 158.

⁶⁶⁷ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo II...*cit., pág. 1930-1932; HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...*cit., pág. 137; MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional III...*cit., pág. 165; MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal...*cit., pág. 257; GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal...*cit., pág. 265.

⁶⁶⁸ Señala Barja de Quiroga que *“la delegación no puede ser más caótica por lo imprecisa”*. Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo II...*cit., pág. 1933.

Ahora bien, esa delegación ha de ser expresa y específica y delimitarse en el Auto⁶⁶⁹.

Si bien la presencia o no del Juez, en tanto se haya efectuado la delegación, no compromete la validez del registro⁶⁷⁰, el valor de la prueba obtenida sí será diferente; así, si el juez está presente podemos hablar de prueba anticipada⁶⁷¹.

Ahora bien, la STS de 15 de mayo de 1995 aclara que los funcionarios autorizados judicialmente no pueden a su vez delegar esta facultad en otros funcionarios.

Por otra parte, la STS de 15 de diciembre de 1998 señala que el hecho de ausentarse la juez en el curso de la diligencia de entrada y registro por necesidades del servicio carece de importancia, siempre que se lleve a cabo hasta el final a presencia del Secretario Judicial, con asistencia de diversos agentes policiales.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 569.4 de la LECrim.⁶⁷²: *“el registro se practicará siempre en presencia del Secretario del Juzgado o*

⁶⁶⁹ Vid. GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal...cit.*, pág. 266. Apunta este autor que cualquier delegación genérica violaría el artículo 18.2 CE.

⁶⁷⁰ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...cit.*, págs. 137 y 138.

⁶⁷¹ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo II...cit.*, pág. 1933; RODRÍGUEZ SOL, L.: *Registro domiciliario y prueba ilícita...cit.*, págs. 16 y ss.; RODRÍGUEZ SOL, L.: *Registro domiciliario y prueba ilícita...cit.*, pág. 152.

En este sentido se pronuncia la STS de 3 de diciembre de 1991, al señalar que *“la resolución judicial habilitante evita la lesión al derecho fundamental en el momento en que se acuerda la entrada y registro, pero ella no es suficiente para producir plenos efectos probatorios, salvo en los casos en que el mismo juez acuda personalmente a practicarla”*.

⁶⁷² La presencia del Secretario Judicial es una de las cuestiones procesales penales que más vicisitudes y regulaciones legales ha tenido. En su redacción originaria, el artículo 569.4 exigía la presencia del Secretario y de dos testigos; la reforma introducida por la Ley Orgánica 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, autorizó la práctica de esta diligencia, en caso de ausencia del Secretario y previa autorización del juez, por un funcionario de la Policía Judicial u otro funcionario que hiciera las veces. Finalmente, la reforma operada por la Ley Orgánica 22/1995, de 17 de julio, ha dado la redacción actual al párrafo 4 del artículo 569.

A este respecto vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...cit.*, págs. 138 y ss.

tribunal que lo hubiera autorizado, o del Secretario del servicio de guardia que le sustituya, quien levantará acta del resultado, de la diligencia y de sus incidencias y que será firmada por todos los asistentes. No obstante, en caso de necesidad, el Secretario Judicial podrá ser sustituido en la forma prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

No obstante, en caso de necesidad, el Secretario Judicial puede ser sustituido de acuerdo en la forma prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 569.4 de la LECrim.)⁶⁷³. En la actualidad, las sustituciones de los Secretarios se encuentran reguladas en el artículo 451 LOPJ, conforme al cual, a un Secretario Judicial le sustituye otro Secretario Judicial o un Secretario Judicial sustituto. En ambos casos, el nuevo Secretario Judicial tiene la fe pública igual que el sustituido. Ahora bien, apartado 3 de este artículo señala que excepcionalmente, cuando no hubiera suficiente número de Secretarios Judiciales, en los supuestos de entradas y registros en lugares cerrados acordados por un único órgano judicial de la Audiencia Nacional y que deban ser realizados de forma simultánea, podrán los funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, en sustitución del Secretario Judicial⁶⁷⁴, intervenir en calidad de fedatarios y levantar la correspondiente acta. Esta sustitución es, por tanto, excepcional y siempre que no haya suficientes Secretarios Judiciales y, además, para un supuesto muy específico: Audiencia Nacional, diversas entradas y registros de forma simultánea, acordadas por el mismo órgano judicial.

La ausencia del Secretario Judicial, si no ha sido convenientemente sustituido de acuerdo con la normativa expuesta, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no supone vulneración del derecho fundamental, ya que

⁶⁷³ Vid. MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional III...cit.*, pág. 165; MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal...cit.*, pág. 256; GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal...cit.*, pág. 272.

⁶⁷⁴ Supone la autorización, por subrogación, para que distinto funcionario pueda legítimamente actuar en la representación del otorgante o autorizante, si así lo permite la norma jurídica. Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...cit.*, pág. 146.

existe la correspondiente resolución judicial, pero sí una “irregularidad”. Ahora bien, la jurisprudencia no es unánime a la hora de determinar las consecuencias de dicha irregularidad⁶⁷⁵.

Así, una línea jurisprudencial mantiene que la diligencia es nula, pero subsanable: el acta levantada en la diligencia no sería prueba válida ni podría hacerse valer en el juicio oral, pero los datos allí contenidos pueden hacerse valer mediante otros medios de prueba⁶⁷⁶.

Pero para la postura jurisprudencial mayoritaria, la diligencia es nula e insubsanable⁶⁷⁷. Esta línea jurisprudencial entiende que el Secretario no sólo da fe, sino que garantiza que la intromisión en la inviolabilidad del domicilio se realiza dentro de los límites marcados por el contenido de la resolución. Argumenta el Tribunal Supremo que sólo la prueba legalmente obtenida es apta para ser estimada como prueba de cargo; en caso contrario, el efecto será la nulidad absoluta, que carece de posibilidad de convalidación o subsanación posterior. Considera que los policías intervinientes en el registro no pueden posteriormente comparecer en el acto del juicio oral e instar la sanación, ya que ello supondría un fraude de ley, causando indefensión al interesado. Ahora bien, los testigos del acto, al igual que el imputado, sí pueden comparecer y declarar en el juicio, y, en su caso, ratificar, y estas declaraciones sí serían válidas.

Se parte de la idea de que existiendo mandamiento judicial ya no se produce la vulneración del artículo 18 de la CE, de modo que la cuestión queda dentro del campo de la legislación ordinaria. Así pues, ya se entienda que la

⁶⁷⁵ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo II...*cit., págs. 1942 y ss.; RIVES SEVA, A.P.: *La diligencia de entrada y registro domiciliario...*cit., pág. 105; LUZÓN CUESTA, J.M.: *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario...*cit., págs. 85 y ss.

⁶⁷⁶ Vid. SSTS de 27 de enero, 3 de febrero y 10 de julio de 1992 y 23 de septiembre y 3 de diciembre de 1996, y 1 de octubre de 1998.

⁶⁷⁷ Vid. SSTS de 24 de marzo y 22 de octubre de 1992, 21 de enero, 23 de abril y 24 de mayo de 1993, 1 de marzo de 1994, 18 de julio de 1994, 29 de abril de 1995, 11 de septiembre de 1996, 16 de diciembre y 31 de diciembre de 1996, de 1 de octubre de 1998, de 27 de abril y 18 de julio de 2014 y de 22 de mayo de 2015.

ausencia del Secretario produce la nulidad de la diligencia o una simple irregularidad procesal, las consecuencias de este defecto procesal sólo afectan a las declaraciones en el juicio oral de los policías que practicaron la diligencia, pero no al resto de pruebas ajenas a dicha contaminación, como las declaraciones de testigos e inculpados⁶⁷⁸.

En este sentido, señala el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de septiembre de 2002: *“la doctrina jurisprudencial estima que la ausencia del Secretario Judicial, cuando su presencia viene exigida por la normativa procesal, determina la nulidad del acto como actuación procesal, privándole de su carácter de prueba anticipada, y la del acta en que se recoge su resultado pues la ausencia de la fe pública legalmente exigida le priva de autenticidad y valor probatorio, pero no constituye una violación del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio -al estar amparada la intervención domiciliaria por una autorización judicial válida, que es lo que se exige constitucionalmente- y en consecuencia no determina el efecto prevenido en el artículo 11.1 de la LOPJ para cualquier contenido probatorio que se derive directa o indirectamente de la violación de un derecho fundamental, por lo que nada impide que mediante otros medios de prueba complementarios se evidencie la ocupación de los efectos intervenidos en el domicilio registrado con autorización judicial, (AATC de 11 y 16 de marzo 1.991, SSTS de 18-10-1990,*

⁶⁷⁸ La STS de 18 de abril de 1996 señala que *“hay que distinguir entre los casos en los que por faltar la autorización judicial se perturba de alguna manera el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, de aquellos otros en los que, existiendo ese mandamiento como requisito esencial legitimante, no se lesiona de manera grave el derecho fundamental aun cuando en la realización del acto judicial se incumplan las normas procesales reguladoras de la forma con que la diligencia ha de llevarse a efecto. En el primer caso el acto es ilícito y nulo, e ilícita la prueba obtenida porque se ha vulnerado un derecho fundamental. En el segundo el acto es irregular, sin efecto probatorio alguno. En la ilicitud del acto procesal, como contrario a la Constitución, tal ilicitud se comunica a los futuros actos procesales que del acto ilícito traen causa, de modo que la prueba ilícita ni puede ser tenida en cuenta ni puede ser convalidada por diligencias posteriores. En cambio, cuando el acto es irregular, como quiera que se desenvuelve dentro de lo que son infracciones de legalidad ordinaria, sólo se origina la ineficacia del acto en sí y de lo que del mismo causalmente se derive, mas sin obstaculizar futuras posibilidades de acreditar los mismos hechos por otros medios, dentro del contexto de lo que más arriba fue dicho, incluso de “sanar” aquel efecto negativo con la práctica de otras diligencias de la instrucción o del plenario.”*

12-11-1991, 3-2 y 10-7-1992, 29-4 y 11-7 de 1995).(…) El acto de entrada y registro domiciliario sin asistencia del Secretario Judicial, es una diligencia nula de pleno derecho y de la misma no pueden derivarse los efectos de prueba preconstituida que tendría si hubiese asistido el Secretario Judicial, pero esta nulidad es procesal y no constitucional, y por ello no impide que el propio acusado y testigos puedan deponer en el juicio oral respecto de lo que oyeron y vieron. En esta fórmula general no pueden entrar los policías que instan y realizan el registro, pues al haber sido los autores de un acto procesal nulo, no puede sanarse esta nulidad a través de sus propias declaraciones.

En el caso actual, sin embargo, no es la declaración de los policías actuantes sino la de los testigos del registro lo que el tribunal de instancia ha utilizado como prueba (...).”

La STS de 24 de abril de 2012 declara que: “En efecto, como se dice en SSTS 45/2007 de 29.1 y 2184/2001 de 23.11, es preciso distinguir entre pruebas en sentido propio, que son las que se practican en el acto del juicio oral, con contadas excepciones, y las diligencias de investigación, que ordinariamente se realizan en la fase de preparación del juicio y permiten recoger los elementos o vestigios objetivos sobre los que se practicarán las pruebas. En principio, las diligencias policiales no constituyen pruebas preconstituidas. Por ello las mismas deben ser reproducidas en el juicio oral mediante la comparecencia de quienes en ellas hayan intervenido, estando sus manifestaciones en dicho acto sometidas a contradicción y siendo captadas por el tribunal de forma inmediata. Añade la sentencia 2031/2002, de 4 de diciembre, que las diligencias efectuadas por la Policía Judicial, en el curso de la investigación que constitucionalmente tiene atribuida, no constituyen pruebas sino cuando sus contenidos son expuestos, vía testifical, en el juicio oral. Como hemos señalado en nuestra jurisprudencia, por todas STS 724/2002, de 24 de abril, es claro que la Policía Judicial, policía técnica y especializada en la investigación de hechos delictivos, tiene competencias propias sobre la realización de diligencias de investigación con el alcance y contenido previsto en las leyes procesales. Cuestión distinta es la valoración que deba darse a las

mencionadas diligencias policiales, pues como tales diligencias del atestado no tienen naturaleza de prueba, sin perjuicio de su valoración como testifical en el juicio oral sujeta a las exigencias de la prueba testifical. En definitiva, no se trata de una pericial preconstituida sino de una diligencia policial de investigación que adquiere relevancia probatoria, como prueba testifical, cuando los agentes comparecen en el juicio oral para deponer sobre lo que sensorialmente apreciaron”.

Este criterio se mantiene en la STS de 22 de mayo de 2015: *“la STS núm. 587/2014, de 18 de julio recuerda que la jurisprudencia de esta sala ha proclamado de forma reiterada que el efecto de la ausencia del Secretario no se proyecta sobre la validez constitucional de la medida de injerencia. En efecto, la doctrina del Tribunal Constitucional - SSTC 290/1994, 133/1995, 228/1997, 94/1999 y 239/1999 - viene manteniendo de forma constante que el único requisito necesario y suficiente por sí solo para dotar de licitud constitucional a la entrada y registro de un domicilio, fuera del consentimiento expreso de quien lo ocupa o la flagrancia delictiva, es la existencia de una resolución judicial que con antelación lo mande o autorice, de suerte que, una vez obtenido el mandamiento judicial, la forma en que la entrada y el registro se practiquen, las incidencias que en su curso se puedan producir y los defectos en que se incurra, se inscriben y generan efectos sólo en el plano de la legalidad ordinaria. (...) A este plano corresponde la asistencia del Secretario Judicial cuya ausencia por tanto -en toda la diligencia o en una parte de la misma- no afecta al derecho a la inviolabilidad del domicilio ni a la tutela judicial del mismo, aunque sí afecta a la eficacia de la prueba preconstituida por la diligencia. (...) En definitiva, tiene declarado el Tribunal Constitucional y ha sido reiteradamente recogido en sentencias de esta sala que la ausencia de Secretario Judicial en la diligencia de entrada y registro no afecta al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio cuando ha precedido la correspondiente resolución que lo autoriza (cfr. SSTS 378//2014, 7 de mayo y 381/2010, 27 de abril). Cuestión distinta sería la trascendencia que en el orden procesal puede tener la ausencia del Secretario Judicial en tal diligencia. Y es*

asimismo reiterada la jurisprudencia de esta sala que proclama que el registro efectuado sin intervención del Secretario Judicial es procesalmente nulo, careciendo de operatividad y total falta de virtualidad a efectos probatorios, si bien ello no empece a que merced a otros medios de prueba se evidencie la existencia real de los efectos que se dicen intervenidos y hallados en el domicilio registrado. En este caso, con la propia admisión y reconocimiento de los hechos imputados donde se incluyen y enumeran los objetos encontrados en su domicilio, por el propio interesado, el legitimado para defender su intimidad domiciliaria, en la propia vista oral. Y además, también a través del testimonio en la vista oral de los cinco Guardias Civiles que practicaron el registro”.

Por su parte, el supremo intérprete de la Constitución ha señalado que la entrada en el domicilio sin el permiso de quien lo ocupa, ni estado de necesidad, sólo puede hacerse si lo autoriza o manda el juez competente y en tal autorización descansa, a su vez, el registro domiciliario, según refleja el grupo de normas pertinentes afirmando que “este es el único requisito necesario y suficiente por sí mismo, para dotar de legitimidad constitucional a la invasión del hogar. Una vez obtenido el mandamiento judicial, la forma en que la entrada y registro se practiquen, las incidencias que en su curso puedan producirse y los excesos o defectos en que incurran quienes lo hacen, se mueven siempre en otra dimensión, el plano de la legalidad. En esta, por medio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 569), no en la Constitución, se exige la presencia del Secretario Judicial para tal diligencia probatoria. Por ello su ausencia no afecta a la inviolabilidad del domicilio, para entrar en el cual basta la orden judicial (SSTC 290/1994 y 309/1994; AATC 349/1988, 184/1993 y 223/1994), ni tampoco a la efectividad de la tutela judicial en sus diferentes facetas (SSTC 349/1988 y 184/1993). En definitiva, el incumplimiento de la norma procesal, donde se impone ese requisito, trasciende al plano de la

*constitucionalidad y sus efectos se producen en el ámbito de la validez y eficacia de los medios de prueba*⁶⁷⁹.

En nuestra opinión, y siguiendo a BARJA DE QUIROGA⁶⁸⁰, las pruebas ilegalmente obtenidas son nulas, inadmisibles, y por ende inexistentes, razón por la cual no puede admitirse que por vía testifical aparezca una diligencia que no existió nunca. Ahora bien, puesto que en estos casos sí existe mandamiento judicial, aunque no intervenga el Secretario, estamos de acuerdo con la STS de 8 de septiembre de 2002, por lo que las pruebas deberían ser válidas y admisibles siempre que derivasen de declaraciones válidamente emitidas por los testigos del acto, o el imputado, en el acto del juicio. Esto es, lo que no sería válida sería la prueba obtenida sin intervención del Secretario Judicial salvo que existan posteriormente en la vista tales declaraciones, pero no podemos negar la validez de la diligencia de entrada y registro en sí, ya que, al existir mandamiento judicial, no se está violentando derecho fundamental alguno.

Puesto que esta diligencia afecta a un derecho fundamental, deberá hacerse en presencia del titular del domicilio: *“el registro se hará a presencia del interesado o de la persona que legítimamente le represente. Si aquél no fuere habido o no quisiese concurrir ni nombrar representante, se practicará a presencia de un individuo de su familia mayor de edad. Si no le hubiere, se hará a presencia de dos testigos, vecinos del mismo pueblo”*. (Artículo 569 de la LECrim.).

A tenor de este precepto, la presencia del interesado no es un requisito esencial legitimador de la diligencia de entrada y registro, ya que se permite que se haga en presencia de otras personas⁶⁸¹.

⁶⁷⁹ Vid. STC 94/1999, de 31 de mayo.

⁶⁸⁰ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo II...cit.*, págs. 1915 y ss. En el mismo sentido LUZÓN CUESTA, J.M.: *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario...cit.*, pág. 95.

⁶⁸¹ Vid. SSTS de 24 de febrero y 20 de abril de 2010, de 8 de abril y 17 de julio de 2008, de 16 de noviembre de 2007 y de 2 de octubre de 2001.

Cabe señalar que el interesado a que se refiere el artículo es el titular del domicilio, que puede coincidir con el imputado o no⁶⁸². Así lo ha aclarado el Tribunal Constitucional⁶⁸³.

Si el interesado, su representante, los miembros de su familia o los testigos se resistieran a presenciar el registro, tal conducta conllevará su responsabilidad como reos de delito de desobediencia grave a la autoridad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 569.4 de la LECrim.

La presencia del abogado defensor del titular de la vivienda no es preceptiva⁶⁸⁴, tal y como ha dicho el Tribunal Supremo, por lo que su ausencia no determina vulneración de precepto constitucional alguno ni invalidez de las pruebas obtenidas. La STS de 13 de junio de 1994 aclara que, si bien es cierto que es preceptiva la presencia del letrado del preso o detenido en las

Aclara el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de marzo de 1999 que, desde el momento en que existe un mandamiento judicial, es innecesario que medie consentimiento del titular del domicilio, pero otra cosa es la presencia física del titular, de acuerdo con lo establecido en el artículo 569 de la LECrim., ante cuya ausencia, sí es necesaria la presencia de las personas que se indican en el precepto.

En este sentido *vid.* también LUZÓN CUESTA, J.M.: *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario...cit.*, pág. 72; HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...cit.*, págs. 151 y ss.; MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional III...cit.*, pág. 165; MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal...cit.*, pág. 257.

⁶⁸² *Vid.* RODRÍGUEZ SOL, L: *Registro domiciliario y prueba ilícita...cit.*, pág. 189; GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal...cit.*, pág. 266.

⁶⁸³ *Vid.* STC 171/1999, de 27 de septiembre: “la ausencia del investigado en la práctica del registro es constitucionalmente irrelevante, dado que sí estuvo presente la titular del domicilio”.

⁶⁸⁴ *Vid.* RIVES SEVA, A.P.: *La diligencia de entrada y registro domiciliario...cit.*, pág. 103; LUZÓN CUESTA, J.M.: *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario...cit.*, pág. 100. Señala este autor que “ni el artículo 17.3 de la Constitución, ni los instrumentos internacionales más significativos, contemplan la exigencia de asistencia letrada en este concreto supuesto, que tampoco resulta del artículo 520 de la LECrim., del que se deduce que la presencia de letrado defensor del preso o detenido sólo es preceptiva para las declaraciones que éste haya de prestar y para los reconocimientos de identidad de que sea objeto, sin que el derecho reconocido en el artículo 118 signifique que la presencia de abogado de la defensa sea requisito necesario para la validez de todas y cada una de las diligencias de instrucción y, desde luego, no lo es para una diligencia de investigación que todavía no constituye ningún acto formal de imputación, como es el registro domiciliario”.

declaraciones policiales⁶⁸⁵ y a la hora de prestar consentimiento autorizando la entrada y registro en su domicilio, “*este derecho no puede interpretarse en el sentido de que la presencia y asistencia de letrado ha de darse en todas y cada una de las diligencias de instrucción, de tal modo que sea necesario para la validez de estas diligencias*”⁶⁸⁶.

Así lo ha declarado también la ya citada STS de 2 de junio de 2014, al indicar que “*lo que sí que resulta exigible es la presencia del imputado en el registro cuando se encuentre detenido o a disposición policial o judicial, pues en estos casos no existe justificación alguna para perjudicar su derecho a la contradicción, que se garantiza mejor con la presencia efectiva del imputado en el registro, por lo que la ausencia del imputado en estos casos es causa de nulidad (STS 716/2010 , de 12 de julio)*”. Pero matiza: “*lo que no se exige necesariamente es la asistencia de letrado. Esta asistencia es imprescindible para otorgar validez al consentimiento del imputado detenido como causa que autorice el registro, pero cuando éste se realiza con autorización judicial, y con la garantía de la fe pública que otorga la presencia del secretario judicial, la asistencia del letrado del imputado no es imprescindible. La urgencia del registro para evitar la ocultación de pruebas impide ordinariamente esperar a que pueda designarse y constituirse la defensa letrada (STS 262/2006, de 14 de marzo)*”.

La justificación última de la doctrina jurisprudencial que no exige la presencia del letrado se encuentra en la urgencia de la medida, dado que la eficacia de una entrada y registro descansa en que el sujeto de la misma la

⁶⁸⁵ En este sentido *vid.* SSTS 30 de octubre de 1992, de 17 de marzo de 1993, de 8 de julio de 1994, de 29 de noviembre de 1996, de 17 de febrero y de 30 de septiembre de 1998, de 24 de mayo y de 5 de julio de 1999.

Vid. LUZÓN CUESTA, J.M.: *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario...cit.*, pág. 101; HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...cit.*, pág. 152; RODRÍGUEZ SOL, L: *Registro domiciliario y prueba ilícita...cit.*, pág. 204.

⁶⁸⁶ En este sentido *vid.* SSTS de 30 de septiembre de 1998, de 24 de mayo y 30 de septiembre de 1999, de 13 de junio de 2000, de 10 de mayo de 2001, de 16 de enero de 2002 y de 8 de septiembre de 2003.

ignore hasta el mismo momento de su práctica, y por ello el artículo 566 LeCrim. previene la notificación del auto al interesado en dicho momento. La urgencia puede impedir la designación y comparecencia del letrado con tiempo suficiente para asistir a la diligencia, debiéndose evitar la posible desaparición de las pruebas, vestigios y efectos del delito por parte de personas afines al detenido, que es factible que se produzca desde que conozcan su detención. Por ello se estima que la autorización judicial tutela suficientemente el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, el carácter judicial de la diligencia y la presencia del secretario judicial tutelan la legalidad de su práctica y garantizan la fiabilidad del contenido del acta y la presencia del interesado asegura la contradicción, sin que resulte imprescindible la presencia letrada en la diligencia para garantizar los derechos fundamentales del detenido, y concretamente el derecho a un proceso con todas las garantías. Esta doctrina jurisprudencial se reitera, entre otras, en las SSTS 1116/98 de 30 de septiembre, 697/2003, de 16 de mayo, 1134/09, de 17 de noviembre, 590/2010, de 2 de junio, 953/2010, de 27 de octubre STS1078 /2011, de 24 de octubre”.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional. En su sentencia 228/1999, de 13 de diciembre, señala que “*si bien la Constitución no prohíbe, sino que garantiza la asistencia del abogado (artículos 17.3 y 24) en todas las diligencias policiales y judiciales, de ello no se deriva “la necesaria e indudable asistencia del defensor a todos y cada uno de los actos instructorios” (STC 206/1991, fundamento jurídico 2º). En particular, este tribunal ha reclamado dicha intervención sólo “en la detención (SSTC 42/1982, 47/1986, 196/1987 y 66/1989), y en la prueba sumarial anticipada (SSTC 150/1989, 182/1989, 217/1989, 59/1991 Y 80/1991), actos procesales en los que, bien sea por requerirlo así expresamente la Constitución, bien por la necesidad de dar cumplimiento efectivo a la presunción de inocencia, el ordenamiento procesal ha de garantizar la contradicción entre las partes” (STC 206/1991, fundamento jurídico 2º). En consecuencia, “en los demás actos procesales y con independencia de que se le haya de proveer de abogado al preso y de que el abogado defensor pueda libremente participar en las*

diligencias sumariales, con las únicas limitaciones derivadas del secreto instructorio, la intervención del defensor no deviene obligatoria hasta el punto de que haya de estimarse nulas, por infracción del derecho de defensa, tales diligencias por la sola circunstancia de la inasistencia del abogado defensor" (STC 206/1991, fundamento jurídico 2º)."

En cambio, el hecho de encontrarse detenido en interesado no implica que no deba estar presente durante la práctica de la diligencia⁶⁸⁷. Su presencia en la práctica del registro es necesaria, incluso en esta situación, y la no observancia de este requisito implica, como regla general, la nulidad de la diligencia⁶⁸⁸. Así lo han determinado, entre otras, las SSTS de 24 de septiembre de 1990, 30 de octubre de 1992, 14 de noviembre de 1992, 17 de enero de 1994, 7 de julio de 1994, 10 de octubre de 1994, 20 de diciembre de 1995, 20 de septiembre y 3 de diciembre de 1996, 3 de marzo y 20 de junio de 1997, 4 de marzo y 27 de octubre de 1999, 6 de junio de 2001 y de 15 de marzo de 2006⁶⁸⁹. Ahora bien, esta doctrina también admite excepciones⁶⁹⁰, como en los casos de incomunicación, o cuando motivos de fuerza mayor hagan imposible o de muy difícil cumplimiento la presencia del detenido, pudiendo entonces practicarse en su ausencia.

Tal y como hemos indicado, si el interesado, su representante o algún miembro de su familia no fueran hallados, o no quisieran o no pudieran

⁶⁸⁷ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo II...cit.*, pág. 1934; Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...cit.*, pág. 152; RODRÍGUEZ SOL, L.: *Registro domiciliario y prueba ilícita...cit.*, pág. 190.

⁶⁸⁸ Si el particular en cuyo domicilio se pretende practicar la diligencia de entrada y registro estuviera en situación de detenido, será indispensable su traslado al mismo y la práctica de la diligencia en su presencia, y de lo contrario se podrá solicitar la nulidad de la diligencia por no haber estado presente y haberle causado indefensión.

⁶⁸⁹ Vid. RIVES SEVA, A.P.: *La diligencia de entrada y registro domiciliario...cit.*, pág. 100; LUZÓN CUESTA, J.M.: *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario...cit.*, pág. 77.

⁶⁹⁰ Vid. SSTS de 19 de junio de 1999, 15 de febrero, 4 de julio de 1997 y de 18 de julio de 2012.

El Tribunal Constitucional también incluye el supuesto en que la instrucción se haya declarado secreta: *vid.* SSTC 44/1985, de 31 de enero, y 66/1989, de 17 de abril.

presenciar la diligencia, entonces necesariamente se nombrarán dos testigos⁶⁹¹. A sensu contrario, si el interesado, su representante o algún miembro de su familia estuvieran presentes, entonces no será necesaria la presencia de estos testigos⁶⁹². De manera que se trata de testigos sustitutivos⁶⁹³.

El último párrafo del precitado artículo 569 dispone la obligación de expedir una certificación del acto si el interesado lo pide cuando el registro resultara negativo.

El registro deberá realizarse de manera que estas personas estén presentes en todo momento en el área que se está registrando⁶⁹⁴. Ahora bien,

⁶⁹¹ La presencia de testigos ha sido objeto de un amplio debate jurisprudencial, ya que, en su redacción originaria, el párrafo 4º del artículo 569 exigía la presencia de dos testigos junto con el Secretario Judicial; pues bien, esta cuestión ha sido resuelta por la STS de 7 de abril de 2000, que ha aclarado que “*la suficiencia de la presencia del Secretario Judicial en la diligencia de entrada y registro debe entenderse con relación a los dos testigos adicionales a los que se refería la redacción originaria del párrafo 4.º del artículo 569 LECrim. Estos testigos que habían de estar con el Secretario, son distintos de aquellos otros dos a que se refiere el párrafo 3º. La modificación de 30 de abril de 1992 prescindió de aquéllos, es decir, de los testigos «adicionales», ya innecesarios a la vista de lo dispuesto en el artículo 281.1 LOPJ y artículo 6.1 d) del Reglamento Orgánico de Secretarios Judiciales. No se ha prescindido de los otros dos, esto es, de los que suplen al interesado o a su representante o familiar. Estos siguen siendo necesarios en el ámbito de los derechos e intereses del interesado, distinto del de la adveración del resultado en que se encontraban los adicionales suprimidos por la reforma de 1992*”. Vid. ALONSO PÉREZ, F.: *Formalidades en la práctica de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado...cit.*, págs. 10 y ss.; LUZÓN CUESTA, J.M.: *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario...cit.*, pág. 98; HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...cit.*, págs. 154-155; RODRÍGUEZ SOL, L: *Registro domiciliario y prueba ilícita...cit.*, pág. 183.

⁶⁹² Vid. RIVES SEVA, A.P.: *La diligencia de entrada y registro domiciliario...cit.*, págs. 113 y ss.

⁶⁹³ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo II...cit.*, pág. 1936. Señala este autor que tales testigos no deben ser agentes de policía porque “*no es posible aceptar como testigos a personas que pueden ser tachadas de apariencia de parcialidad. Como indicamos, la LECrim ha cuidado de que por parte del aparato del estado concurren o puedan concurrir funcionarios pertenecientes a diferentes órdenes o ámbitos de actuación, por otro lado quiere que esté presente o representada la parte afectada y, por último también desea testigos imparciales. Romper ese equilibrio no es conveniente*”. Estamos totalmente de acuerdo con esta afirmación.

⁶⁹⁴ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo II...cit.*, pág. 1937.

ha aclarado el Tribunal Supremo que se trata de una posibilidad de seguir a los funcionarios intervinientes, pero no de una necesidad⁶⁹⁵.

Por lo que respecta a los funcionarios de policía, estos pueden estar presentes y pueden practicarla en virtud de la delegación judicial arriba mencionada. Esta delegación basta con que sea genérica, no es necesario que sea nominativa, ya que todos desarrollan la misma labor y realizan la diligencia según las necesidades del servicio⁶⁹⁶. Ahora bien, también podrán llevarla a cabo por ellos mismos⁶⁹⁷ sin que medie resolución judicial en los casos que hemos ido citando. En estos supuestos deberán observar todas las formalidades que apuntamos, salvo la presencia del juez y del Secretario Judicial.

En ocasiones, además, puede precisarse la presencia de un intérprete⁶⁹⁸ que asista al interesado. La STS de 12 de marzo de 2014 señala que las normas sobre designación de intérpretes no son completas, y que deben interpretarse a la luz de la Constitución y de las normas internacionales, entre otras la Directiva 2010/64/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre, relativa al derecho a interpretación y a traducción de los procesos penales. Continúa diciendo la sentencia que, aun cuando la Directiva no cite de modo expreso a la diligencia de entrada y registro, en tanto se trata de una medida que afecta a los derechos fundamentales de una persona sospechosa de haber cometido un delito, y cuyo resultado puede ser utilizado como prueba en su contra, el derecho de defensa aconseja que se practique con intérprete, en caso de que se sepa previamente que el imputado no conoce el idioma español y no lo impidan razones de urgencia. Ahora bien, añade la sentencia que para entender conculcado el derecho a la defensa no basta con la

⁶⁹⁵ Vid. STS de 24 de julio de 1995.

⁶⁹⁶ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...*cit., págs. 149-150.

⁶⁹⁷ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo II...*cit., pág. 1938; GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal...*cit., pág. 266.

⁶⁹⁸ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...*cit., pág. 154.

ausencia del intérprete, sino que es necesario que dicha ausencia haya provocado una efectiva indefensión.

Si bien es cierto que la presencia del Ministerio Fiscal no es requerida por ningún precepto de la LECrim., esta no es obstáculo para la validez de la entrada y registro. Así, el artículo 306 de la LECrim., al regular la formación del sumario, prevé expresamente que el fiscal, por sí o por medio de sus auxiliares, pueda constituirse al lado del Juez Instructor, durante las diligencias sumariales. Concretamente, cuando se trate de un delito de especial gravedad, o cuya comprobación fuese difícil; en el mismo sentido, el artículo 781 de la LECrim. prevé para el procedimiento abreviado la intervención del fiscal en las actuaciones⁶⁹⁹.

Además, la diligencia de entrada y registro puede requerir la presencia de expertos peritos⁷⁰⁰ cuando sea necesario un reconocimiento pericial por requerirse conocimientos científicos o artísticos⁷⁰¹.

Cabe señalar que el artículo 568 de la LECrim. permite el uso de la fuerza si fuera necesaria: *“practicadas las diligencias que se establecen en los artículos anteriores, se procederá a la entrada y registro, empleando para ello, si fuere necesario, el auxilio de la fuerza”*. En efecto, si la Policía Judicial va provista del mandamiento correspondiente, la persona que se encuentre en el domicilio o lugar cerrado donde ha de efectuarse el registro tiene obligación de permitir la entrada a los funcionarios policiales, pudiendo éstos hacer uso de la

⁶⁹⁹ Vid. RIVES SEVA, A.P.: *La diligencia de entrada y registro domiciliario...cit.*, pág. 115.

⁷⁰⁰ Artículo 577 de la LECrim: *“Si para determinar sobre la necesidad de recoger las cosas que se hubiesen encontrado en el registro fuere necesario algún reconocimiento pericial, se acordará en el acto por el juez, en la forma establecida en el Capítulo VII del título V”*.

En el Capítulo VI encontramos el artículo 456: *“El juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos”*.

⁷⁰¹ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...cit.*, pág. 156.

fuerza si se opone a la entrada⁷⁰²; pero la fuerza tan sólo se utilizará “si fuere necesaria”, esto es, en última instancia.

Además, en el curso del registro, se pueden encontrar efectos o instrumentos de un delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación⁷⁰³. En este supuesto, el juez o la persona que le sustituya, puede ordenar recoger estos objetos o cualesquiera otras cosas que se hubiesen encontrado, si esto fuere necesario para el resultado del sumario, en virtud de lo dispuesto por el artículo 574 de la LECrim. Los libros y papeles que se recojan serán foliados, sellados y rubricados en todas sus hojas por el Secretario Judicial, bajo su responsabilidad. De ello se dejará constancia en el acta que debe levantarse una vez finalizada la diligencia, a lo que nos referiremos más adelante. Estos objetos que se hallen en el transcurso de una diligencia de entrada y registro practicada con las debidas formalidades, tendrán la consideración de verdaderas pruebas aptas para enervar la presunción de inocencia.

Por su parte, el artículo 575 establece la obligatoriedad de exhibir los objetos y papeles que se sospeche puedan tener relación con la causa. En caso de negativa, si el objeto o papel fueren de importancia y la índole del delito lo aconseje, quien se opusiere será procesado como autor de desobediencia a la autoridad, salvo si mereciera la calificación legal de encubridor o receptor.

Aparte de este deber de exhibición, para el caso de que no se cumpliera en todo o en parte, no diere resultado, o no fuere procedente acudir a él para el éxito de la investigación, la LECrim. prevé en su artículo 576 la diligencia de registro de libros y papeles, aplicándoles las normas del registro domiciliario.

⁷⁰² Vid. ALONSO PÉREZ, F.: *Formalidades en la práctica de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado...*cit., pág. 15; MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional III...*cit., pág. 166.

⁷⁰³ Vid. LUZÓN CUESTA, J.M.: *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario...*cit., pág. 103.

Tal y como se ha indicado al hablar de los requisitos del mandamiento judicial, en los lugares públicos la diligencia podrá practicarse de día o de noche, mientras que en los domicilios particulares sólo se practicará de noche si así se hubiere dispuesto en el auto (artículos 546 y 550 de la LECrim.).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 552 de la LECrim., en la realización de esta diligencia deberán evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario, y se adoptarán todo género de precauciones para no comprometer su reputación, respetando sus secretos si no interesaren a la instrucción⁷⁰⁴.

Una vez practicada la diligencia de entrada y registro el Secretario Judicial levantará acta⁷⁰⁵, haciendo constar todas las incidencias y el resultado obtenido. De acuerdo con el artículo 572 de la LECrim. “*en la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado, se expresarán los nombres del juez, o de su delegado, que la practique y de las demás personas que intervengan, los incidentes ocurridos, la hora en que se hubiese principiado y concluido la diligencia, y la relación del registro por el orden con que se haga, así como los resultados obtenidos*”, extremos⁷⁰⁶ estos que deberá recoger el Secretario⁷⁰⁷ o

⁷⁰⁴ Vid. MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional III...*cit., pág. 166.

Cabe recordar que el artículo 534.2 CP sanciona a “*la autoridad o funcionario público que, con ocasión de lícito registro de papeles, documentos y efectos de una persona, cometa cualquier vejación injusta o daño innecesario en sus bienes*”. Vid. ALONSO PÉREZ, F.: *Formalidades en la práctica de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado...*cit., pág. 14.

⁷⁰⁵ Si en la diligencia no se encontrasen personas u objetos que se busquen ni apareciesen indicios sospechosos, se expedirá una certificación del acto a la persona interesada si la reclama. Vid. MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional III...*cit., pág. 167; MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal...*cit., pág. 258.

⁷⁰⁶ Si falta alguno de estos extremos, supondrá la falta de prueba del mismo. Vid. RODRÍGUEZ SOL, L.: *Registro domiciliario y prueba ilícita...*cit., pág. 249.

⁷⁰⁷ En el acta el Secretario Judicial dejará constancia de todo aquello que observa por sí mismo o que se le pone de manifiesto por los demás intervinientes. Es decir, el Secretario no es un instrumento pasivo en manos del instructor ni reproduce servilmente lo que se le dicta, sino que es libre para consignar por escrito los hechos tal y como los ha observado. Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...*cit., pág. 159.

quien le sustituya, y será firmada por todos los asistentes, de acuerdo con lo que señala el artículo 569 de la LECrim⁷⁰⁸.

Se ha planteado qué sucede en caso de falta de firmas. Pues bien, la falta de firmas de los intervinientes en la diligencia no afecta a la validez de ésta, que queda refrendada por la fe pública judicial que otorga el Secretario Judicial⁷⁰⁹.

Respecto a la falta de la firma del Secretario Judicial, la jurisprudencia ha entendido que se trata de un mero defecto formal, subsanable por otros medios que acrediten su presencia o intervención en la diligencia de entrada y registro⁷¹⁰.

En nuestra opinión, la ausencia de firmas constituye una mera omisión formal, tanto si se trata de la firma de los intervinientes como de la del Secretario, por lo que puede subsanarse posteriormente, siempre que se pueda acreditar la realidad de la presencia de tales personas.

Si el acta ha sido redactada por el Secretario Judicial tendrá valor de documento público, bastando su lectura en el acto del juicio.

El problema que se plantea aquí es el valor del acta en el caso de que el Secretario Judicial haya sido sustituido por un funcionario del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa⁷¹¹, a la luz de lo dispuesto en el artículo 451 de la LOPJ. Pues bien, en este supuesto, dada la carencia de la fe pública en

⁷⁰⁸ Artículo 569.4 de la LECrim: “*El registro se practicará siempre en presencia del Secretario del Juzgado o Tribunal que lo hubiera autorizado, o del Secretario del servicio de guardia que le sustituya, quien levantará acta del resultado, de la diligencia y de sus incidencias y que será firmada por todos los asistentes*”.

⁷⁰⁹ Vid. SSTS de 19 de junio de 1999, de 6 de marzo de 1997, y de 28 de septiembre de 1993.

⁷¹⁰ Vid. SSTS de 18 de marzo de 1999 y de 28 de abril de 1995.

⁷¹¹ La STS de 31 de diciembre de 1996 aclara que “*la no intervención del Secretario Judicial hace perder al acta levantada su consideración de documento público, reduciendo la diligencia a una más de las que pueden integrar el atestado policial, sin más valor probatorio que el de una simple denuncia*”.

En el mismo sentido vid. SSTS de 22 de abril y 23 de mayo de 1994, de 10 de mayo y 11 de julio de 1995, de 23 de septiembre de 1997, y de 14 de junio de 1999.

estas personas (fe pública que sí puede predicarse del Secretario Judicial⁷¹²), el acta levantada no tendría el valor de prueba preconstituida a efectos probatorios, y sólo adquiriría este carácter tras su ratificación en el juicio oral por los funcionarios intervinientes.

Lo normal es redactar el acta conforme se va practicando la diligencia, pero también puede hacerse en un momento inmediatamente posterior e incluso en un lugar diferente al del registro⁷¹³.

La ausencia de esta acta supone la imposibilidad de demostrar que se ha llevado a cabo el registro⁷¹⁴.

En este epígrafe hemos analizado cómo debería realizarse la diligencia de entrada y registro en que media resolución judicial; si no existe el mandamiento judicial, no son aplicables la mayoría de disposiciones de la LECrim. que acabamos de exponer⁷¹⁵, sino sólo algunos de ellas.

Lógicamente en este caso no intervendrán ni el juez ni el Secretario Judicial, ni habrá que notificar auto alguno.

⁷¹² La intervención del Secretario Judicial es lo que dota de autenticidad al contenido del acta, y lo que permite atribuirle eficacia probatoria en el acto del juicio oral. El art. 281.1 de la LOPJ dispone que “*el Secretario es el único funcionario competente para dar fe con plenitud de efectos de las actuaciones judiciales, correspondiéndole también la facultad de documentación en el ejercicio de sus funciones, ostentando el carácter de autoridad*”.

La función de la fe pública procesal le es confiada en exclusividad al Secretario Judicial, de manera que sólo el acta levantada por él tendrá el valor de prueba preconstituida. Vid. RODRÍGUEZ TIRADO, A.M.: *La presencia del Secretario Judicial en la diligencia de entrada y registro*, Diario La Ley, 1995, pág. 847, tomo 3, pág. 3; HERRERO HERRERO, C.: *Competencias excepcionales de los agentes de policía en materia de entrada, detención y registro en lugar cerrado. Potenciales conexiones con la denominada prueba ilícita (II)*...cit., pág. 3; LUZÓN CUESTA, J.M.: *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario*...cit., pág. 94; RODRÍGUEZ SOL, L.: *Registro domiciliario y prueba ilícita*...cit., pág. 188.

⁷¹³ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal*...cit., pág. 161; RODRÍGUEZ SOL, L.: *Registro domiciliario y prueba ilícita*...cit., pág. 248.

⁷¹⁴ Vid. RODRÍGUEZ SOL, L.: *Registro domiciliario y prueba ilícita*...cit., pág. 248.

⁷¹⁵ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal*...cit., pág. 162.

Sin embargo, sí serán de aplicación las previsiones de los artículos 552⁷¹⁶ y 568 de la LECrim., respecto al uso de la fuerza, los relativos a las medidas de vigilancia y, además, podrá extenderse durante la noche.

Del registro efectuado debe darse cuenta inmediatamente al juez, con indicación de las causas que lo motivaron y del resultado obtenido, de las personas que hayan intervenido y de los incidentes acaecidos, si los hubiere.

En este caso, y como hemos indicado al principio, sí estaríamos ante una diligencia policial que entrará a formar parte del atestado, el cual no tiene valor probatorio por sí mismo, siendo necesaria la declaración de los policías en el acto del juicio oral⁷¹⁷.

5.4.1. ESPECIAL REFERENCIA A LOS REGISTROS SOLICITADOS POR EL CENTRO NACIONAL DE INTELIGENCIA

El Centro Nacional de Inteligencia (CNI) fue creado por Ley 11/2002, de 6 de mayo, como sucesor del Centro Superior de Información de la Defensa (CESID).

De acuerdo con el artículo 1 de esta ley *“es el Organismo público responsable de facilitar al Presidente del Gobierno y al Gobierno de la nación las informaciones, análisis, estudios o propuestas que permitan prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de Derecho y sus instituciones”*.

Es un organismo público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar.

⁷¹⁶ Artículo 552 LECrim.: *“Al practicar los registros deberán evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario, y se adoptaran todo género de precauciones para no comprometer su reputación, respetando sus secretos si no interesaren a la instrucción”*.

⁷¹⁷ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...cit.*, pág. 163; RODRÍGUEZ SOL, L: *Registro domiciliario y prueba ilícita...cit.*, pág. 17.

Las funciones de este centro son las siguientes⁷¹⁸:

- Obtener, evaluar e interpretar información y difundir la necesaria para proteger y promover los intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España, pudiendo actuar dentro o fuera del territorio nacional.

- Prevenir, detectar y posibilitar la neutralización de aquellas actividades de servicios extranjeros, grupos o personas que pongan en peligro o atenten contra el ordenamiento constitucional, los derechos de los ciudadanos españoles, la soberanía, la integridad del estado, la estabilidad de sus instituciones, los intereses económicos nacionales y el bienestar de la población.

- Promover las relaciones de cooperación y colaboración con servicios de inteligencia de otros países o de organismos internacionales.

- Obtener, evaluar e interpretar el tráfico de señales de carácter estratégico, para el cumplimiento de los objetivos de inteligencia Centro.

- Coordinar la acción de los diferentes organismos de la Administración que utilicen medios o procedimientos de cifra, garantizar la seguridad de las tecnologías de la información en ese ámbito, informar sobre adquisición coordinada de material criptológico y formar al personal, propio y de otros servicios de la Administración, especialista en este campo para asegurar el adecuado cumplimiento de las misiones del Centro.

- Velar por el cumplimiento de la normativa relativa a la protección de la información clasificada.

- Garantizar la seguridad y protección de sus propias instalaciones, información y medios materiales y personales.

⁷¹⁸ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo II...cit.*, págs. 1963 y 1964.

Para cumplir estas funciones, el CNI podrá llevar a cabo investigaciones de seguridad sobre personas o entidades de acuerdo con lo dispuesto en su ley.

Lógicamente, todas estas actividades están sometidas a control judicial⁷¹⁹.

Cabe reseñar que muchas de estas actuaciones no van dirigidas a la búsqueda de pruebas de hechos delictivos, por lo que los resultados obtenidos no siempre se van a utilizar en un proceso penal. Pero esto no significa que no sea necesaria autorización judicial⁷²⁰.

Aquellas que resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas y que pueden afectar a la inviolabilidad del domicilio, deberán ser autorizadas por un Magistrado del Tribunal Supremo, bien de la Sala de lo Penal, o bien de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

La solicitud de autorización para entrar y registrar un domicilio en estos casos, deberá emitirse por el Secretario de Estado Director del CNI, mediante un escrito que contendrá los siguientes extremos: medidas que se solicitan; hechos en que se apoya, fines que la motivan y razones que justifican tales medidas; identificación de la persona afectada, si fuera conocida, y del lugar afectado; y duración de la medida, que no podrá exceder de 24 horas.

El magistrado al que nos hemos referido deberá emitir, en el plazo de setenta y dos horas, resolución motivada autorizando o denegando la medida. Este plazo podrá reducirse a veinticuatro horas siempre que existan motivos de urgencia debidamente justificados en la solicitud de autorización.

⁷¹⁹ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo II...cit., págs. 1966 y ss.

⁷²⁰ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo II...cit., pág. 1968.

Una vez autorizada y practicada la medida, si las informaciones obtenidas no guardarán relación con el objeto o fin de la misma, serán destruidas por ordenarlo así el Secretario de Estado Director de este Centro.

CAPÍTULO VI: LA PRUEBA ILEGALMENTE OBTENIDA

6.1. INTRODUCCIÓN

El contenido de la sentencia es el resultado de la valoración que hace el tribunal de la prueba que se ha desarrollado durante el juicio. Las pruebas propiamente dichas, son aquellas que se practican en el acto del juicio oral bajo los principios de inmediación, concentración, oralidad, publicidad, contradicción e igualdad de las partes⁷²¹. Muchas veces se utiliza el término “prueba” impropia para referirse a indicios y actos de investigación de un hecho delictivo, pero estos no reúnen esa cualidad, en el sentido técnico-jurídico, hasta que son incorporadas y se reproducen en el acto del juicio o alcanzan el valor de prueba anticipada o preconstituida⁷²².

⁷²¹ Vid. ANADÓN JIMÉNEZ, M.A.: *La recogida de pruebas en relación al proceso penal por la policía judicial*, Diario La Ley, Sección Doctrina, tomo 5, 1999, pág.1; ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, Marcial Pons, Madrid, 2ª ed., 2011, pág. 64; MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal...cit.*, pág. 374; GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal...cit.*, pág. 72.

La prueba se puede definir como la actividad procesal de las partes y del juez por la que se pretende lograr el convencimiento psicológico del juzgador acerca de la verdad de los datos allegados al proceso. Vid. MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional III...cit.*, pág. 166.

⁷²² En palabras de ARMENTA DEU la prueba anticipada y la prueba preconstituida constituyen “una atemperación de la exigencia de que la actividad probatoria respete los principios de inmediación, oralidad y contradicción”. Vid. ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita (un estudio comparado)...cit.*, pág. 65.

La prueba anticipada es aquella que tiene lugar antes del juicio oral en atención a que previsiblemente, por razones ajenas a la voluntad de las partes (como la enfermedad de un testigo), harán imposible su práctica en el acto del juicio oral. En estos casos la prueba se anticipa, integrando en la medida de lo posible las garantías propias de la vista. La condición básica es su irrepetibilidad, de manera que, si deviniera practicable nuevamente, la prueba deberá realizarse en la fase oral. Ahora bien, habrá de leerse en el juicio oral.

La prueba preconstituida consiste en la realización del acto probatorio antes del juicio oral, preconstituyendo su eficacia probatoria. Esta excepción se centra en, por una parte, evitar la impunidad y los fines de la investigación y, por otra, servir de remedio a determinadas diligencias que siendo de imposible reproducción se han desarrollado en una etapa instructora. Este es el caso de las entradas y registro o las intervenciones de las comunicaciones. En este

En principio, en los sistemas penales europeos rige el principio de libre valoración de la prueba⁷²³, pero esta ponderación no es absoluta e ilimitada, sino que ha de hacerse conforme a la sana crítica, motivando siempre la relación que existe entre los hechos que se estimen probados y los medios de prueba de los que se desprenden, y siempre de acuerdo con las normas relativas al uso de la prueba que nos llevan a rechazar aquellas pruebas ilegalmente obtenidas⁷²⁴.

caso será necesaria la lectura de la diligencia y su ratificación por los intervinientes. Vid. MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal...*cit., pág. 378. Precisamente, la diligencia de entrada y registro se caracteriza por tratarse esencialmente de un medio de investigación, y, por ende, por su carácter de medio probatorio típicamente sumarial de imposible reproducción en el plenario; por tanto, requiere que sean las partes procesales las que fijen su valor formal en el plenario. Habrá que determinar si se han respetado todas las formalidades legales o si, por el contrario se ha infringido algún precepto; en este último caso, se tendrá que analizar si el precepto infringido es esencial o no, y si conlleva la nulidad o la anulabilidad. Vid. DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M.A.: *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial...*cit., págs. 172 y ss.

⁷²³ Este principio está inspirado en el “Code d’instruction criminelle” francés de 1808, que partía de la soberanía del jurado y de que este no podía estar vinculado por regla alguna para determinar los hechos que estimaba probados, sino que la valoración de la prueba se hacía conforme a la “conciencia”. La íntima convicción se resolvía en dos postulados: 1) la valoración de la prueba no consistía en un ejercicio de la razón, sino en una declaración de voluntad; 2) esa declaración no tenía que estar motivada. Vid. MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional III...*cit., pág. 311; MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal...*cit., pág. 386; GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal...*cit., pág. 70.

El sistema procesal español consagra este principio de la libre valoración de la prueba, y, así, el artículo 741 LECrim. establece: “el tribunal, apreciando, según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio”.

⁷²⁴ El Tribunal Constitucional trató de sistematizar los puntos sobre los que ha de girar la valoración de la prueba en un Estado Social y Democrático de Derecho en su sentencia 31/1981, de 28 de julio:

- 1) Una condena exige la existencia de una mínima actividad probatoria; sin esta mínima prueba se vulnera el derecho a la presunción de inocencia.
- 2) Esta actividad probatoria se ha de haber practicado con todas las garantías procesales y, especialmente, con respeto absoluto a los derechos fundamentales, ya que de lo contrario no podrá valorarse esta prueba.
- 3) Si la prueba sirve para condenar al acusado ha de ser de cargo, es decir, de la misma se ha de poder deducir la culpabilidad del acusado.
- 4) La prueba a valorar se ha de practicar o, en su caso, reproducir, en el acto del juicio oral.

Por tanto, la mera creencia de que el acusado ha sido el autor del delito no es suficiente para condenarlo, sino que ha de basarse en los elementos probatorios obtenidos en el proceso.

En la literatura encontramos distinta terminología⁷²⁵ para tratar este último tema; así, hay autores que hablan de prueba ilegalmente obtenida, otros de prueba ilícita, otros de ilícitamente obtenida, otros de prohibiciones probatorias, otros de prueba ilegal, y otros de prueba prohibida. Cómo nos refiramos a la prueba tiene importancia y matizaciones, ya que una prueba puede ser ilícita por haber sido ilícitamente obtenida, lo que determina su ilegalidad, mientras que en otros casos, una prueba siempre es ilícita en sí misma por decirlo así la ley, con independencia de cómo se halla llegado a ella.

En todo caso, existen normas jurídicas reguladoras de la prueba penal⁷²⁶. Estas normas tienen su fundamento en la Constitución⁷²⁷ que

Siguiendo esta doctrina marcada por el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de enero de 2001 señaló los requisitos para que la valoración de la prueba pueda conducir a la declaración de culpabilidad del acusado:

- 1) Existencia de una actividad probatoria en el acto del juicio oral con las garantías de oralidad, publicidad, contradicción e intermediación.
- 2) Que dicha prueba tenga un sentido incriminador.
- 3) Que sea una prueba constitucionalmente legítima por no haberse lesionado en su práctica un derecho fundamental.
- 4) Que la apreciación de la prueba por el tribunal no sea irracional o arbitraria.

⁷²⁵ Vid. DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M.A.: *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial*, ARANZADI, Navarra, 2012, pág. 63; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo I, Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 1489; RODRÍGUEZ SOL, L.: *Registro domiciliario y prueba ilícita...cit.*, pág. 65; HERRERO HERRERO, C.: *Competencias excepcionales de los agentes de policía en materia de entrada, detención y registro en lugar cerrado. Potenciales conexiones con la denominada prueba ilícita (II)*, La Ley Penal, nº 89, Sección Estudios, enero 2012, pág. 10; GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal...cit.*, pág. 430.

⁷²⁶ La ineficacia de las pruebas ilícitas no ha tenido una especial configuración jurídica hasta fechas recientes, como consecuencia del tratamiento reforzado de los derechos fundamentales a partir de la II Guerra Mundial. Vid. ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita (un estudio comparado)...cit.*, pág. 150.

⁷²⁷ La Constitución, desde el punto de vista jurídico, es la norma fundamental del estado, organiza la comunidad política, expresa los valores y principios que conforman la misma y dota de unidad al ordenamiento jurídico. Todos sus artículos, incluso los que contienen valores o principios, enuncian efectivas normas jurídicas, y sirven para delimitar el "terreno de juego" entre los derechos de los ciudadanos y el *ius puniendi* del estado materializado fundamentalmente en el derecho procesal penal. Vid. DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M.A.: *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial...cit.*, pág. 31.

Tras la entrada en vigor de la Constitución, la legislación que regula la práctica de las diligencias de prueba, tiene que ser leída e interpretada a la luz de esta norma fundamental, por el catálogo de derechos fundamentales que contiene y que afectan a la tramitación del

reconoce, entre otros, el derecho a un proceso con todas las garantías⁷²⁸; por tanto, la regulación de la prueba ha de hacerse por ley, y, en consecuencia, no podremos admitir más medios de prueba que los previstos en la ley y con las garantías que la ley exige. La prueba obtenida con vulneración de garantías supone, pues, una vulneración del proceso debido.

Estamos plenamente de acuerdo con BARJA DE QUIROGA cuando dice que *“el proceso penal de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, que se funda en los principios establecidos en la Constitución, tiene necesariamente que llevar consigo la interdicción de la ilicitud. Un proceso con todas las garantías -el derecho al proceso debido- exige que no se permita la violación de lo dispuesto en las normas que conforman tales garantías, y en*

proceso penal, ya que, si no se hace así, se corre el riesgo de que, si con motivo de la práctica de estas diligencias de prueba se produce alguna vulneración de derechos fundamentales, el resultado final del proceso será que un delito quede sin castigo, o una víctima sin protección. Vid. GONZÁLEZ SOLER, O.E.: *Aspectos constitucionales de algunas diligencias sumariales que afectan a los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones: entradas domiciliarias. Comunicaciones postales y telefónicas*, Cuadernos de Derecho Judicial, XVI/2003, pág. 3. Este autor cita a LUZÓN CUESTA, señalando: *“con toda razón sostiene LUZÓN CUESTA, citando a RUIZ VADILLO, “... la promulgación de la Constitución no fue un acto exclusivo de la vida política de España, sino que es mucho más: un acontecimiento jurídico de excepcional trascendencia porque todo el resto del ordenamiento jurídico ha de entenderse, a partir de ella, conforme a sus principios y mandatos, de modo que, incluso cuando la norma no ha tenido variación formal y rige desde hace muchos años, el intérprete ha de encararse hoy con ella desde una nueva y, a veces, muy distinta perspectiva” (...). Basta pensar, como propone LUZÓN CUESTA, en el alcance de la presunción de inocencia y en que, conforme al art. 11.1 LOPJ, “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”, para comprender que no es un capricho que se propugne realizar una re-lectura de la LECrim a la luz de la CE antes de la aplicación de aquella”.*

⁷²⁸ El artículo 24 de la Constitución reconoce los siguientes derechos: *“1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y asistencia de letrado, a ser informados de la acusación contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia.*

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

definitiva, debe considerarse absolutamente prohibida la vulneración de tales normas”⁷²⁹.

La inadmisión de una prueba obtenida con violación de los derechos constitucionales es consecuencia de la posición preferente de estos en el ordenamiento jurídico dada su condición de inviolables⁷³⁰.

Tal y como señala la profesora ARMENTA DEU “*la clave diferencial entre los sistemas continentales y el anglosajón es el respeto más acusado en los primeros hacia el principio de legalidad, que exige que la obtención de la verdad siga los parámetros de un proceso legalmente establecido*”⁷³¹.

⁷²⁹ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal...*cit., pág. 1490.

⁷³⁰ Vid. DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M.A.: *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial...*cit., pág. 47; DEL MORAL GARCÍA, A.: *Últimas tendencias en materia de prueba ilícita*, Cuadernos Digitales de Formación, nº 25, 2013, pág. 3; ECHARRI CASI, F.J.: *Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales*, Revista del Poder Judicial, nº 69, primer trimestre 2003, pág. 2. Señala este último autor que nuestro proceso penal es un proceso garantista por cuanto son los derechos fundamentales los que prevalecen y el dominio de éstos sería imposible sin la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida, que se erige en una de las tres grandes consecuencias procesales derivadas de la comisión de un ilícito constitucional, junto a la posibilidad de instar el amparo ordinario a través del oportuno procedimiento especial y sumario y de recurrir ante el Tribunal Constitucional.

⁷³¹ Vid. ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita (un estudio comparado)*...cit., págs. 20 y ss. Señala además esta autora que “*en los países de tradición jurídica continental, la prueba ilícita figura, en primer término, como exponente del principio de legalidad penal, en la medida en que nadie puede ser condenado sino por delito o falta previamente establecido en la ley (previa, escrita y estricta), así como a la pena que en dicha ley corresponda y siempre que se haya observado idéntica escrupulosidad en la legalidad del procedimiento y en enervar la presunción de inocencia a través de pruebas legales*”.

En el mismo sentido vid. DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M.A.: *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial...*cit., pág. 32, quien señala: “*la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 de la Constitución Española, entre otras manifestaciones derivadas de la fuerza expresiva del mismo, casuística y detalladamente recogidas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, comprende el derecho a obtener la aplicación del ius puniendi y sus consecuencias, o, en su caso, la inaplicación del mismo conforme al principio de legalidad*”.

Continúa explicando que la jurisprudencia inglesa atiende prioritariamente a la fiabilidad de la prueba y llega a convalidar actuaciones irregulares en aras de la buena fe de los funcionarios policiales actuantes, señal inequívoca de la admisión del *deterrent effect* como fundamento de la exclusión. En los Estados Unidos la regla de exclusión es una norma jurisprudencial conforme a la cual los materiales probatorios obtenidos por las fuerzas del orden público mediante acciones de investigación criminal que vulneren los derechos procesales constitucionales reconocidos por las Enmiendas IV, V, VI o XIV de la Constitución Federal no podrán aportarse ni ser valoradas por el juzgador en la fase decisoria de los procesos penales

El proceso penal en un Estado de Derecho⁷³² se enmarca en la consideración del derecho penal como un instrumento de control social primario y formalizado, por lo que sólo podrán utilizarse como medios de investigación y acreditación de hechos punibles aquellos que se obtengan con observancia escrupulosa de la disciplina de garantía de cada instrumento de acreditación.

El derecho de defensa recogido en los artículos 17.3⁷³³ y 24 de la Constitución, también tiene que ver en este punto⁷³⁴, ya que implica la posibilidad de un juicio contradictorio en que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos, teniendo la posibilidad de alegar y probar en cada una de las fases o instancias procesales, incluyendo en estas modalidades defensivas la solicitud de declaración de pruebas ilícitas.

Como indicamos en el capítulo referente a la diligencia de entrada y registro, no se puede admitir que la verdad pueda ser obtenida a cualquier precio⁷³⁵, por lo que tan sólo podemos admitir las pruebas que se han desarrollado con sujeción a las normas establecidas al respecto. Estas normas son normas de garantía para los ciudadanos frente al ejercicio del *ius puniendi*

federales o estatales, a los efectos de la determinación o prueba de la culpabilidad o inocencia del acusado cuyos derechos fueron violados. Con esta regla se persigue poner límites a la actuación policial en la búsqueda de elementos incriminatorios, preservando determinados derechos constitucionales, y con ello la integridad judicial.

⁷³² El artículo 1 CE establece que: “España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

⁷³³ Artículo 17.3 CE: “Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca”.

⁷³⁴ Vid. DE URBANO CASTRILLO, E.: *La prueba ilícita penal y el derecho de defensa*, Diario La Ley, Sección Doctrina, tomo 3, 1998, pág.3; GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal...*cit., pág. 72.

⁷³⁵ Se han superado las antiguas concepciones que propiciaban la búsqueda de la verdad a toda costa, sin importar los recursos utilizados para obtenerla; actualmente, la investigación de la verdad en el proceso penal no es un valor absoluto, sino que está limitada por los valores éticos y jurídicos del Estado de Derecho. Vid. DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M.A.: *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial...*cit., pág. 32.

del Estado⁷³⁶. Por tanto, la actuación policial debe ajustarse a las formalidades legales para la práctica de las diligencias limitativas de un derecho

⁷³⁶ A este respecto señala GONZÁLEZ GARCÍA que “la conciliación de la Constitución española y la LECrim se ha hecho especialmente necesaria en materia probatoria, un campo esencial, toda vez que, en pocos ámbitos como el penal, se hace tan evidente la necesidad de establecer garantías ciudadanas contra las facultades de investigación atribuidas a los poderes públicos”. Continúa diciendo: “sin embargo, y como se indica, ese interés público propio del ius puniendi estatal se constriñe por el deber de respeto a los demás intereses públicos presentes en el proceso: no es sino expresión de la denominada garantía jurisdiccional (y procesal) en la imposición de penas. Si el proceso judicial se concibe como garantía es por el riesgo de extralimitación del estado en el ejercicio de sus atribuciones como titular único del derecho/deber de perseguir el delito. Una extralimitación que, a lo largo de la historia, ha sido especialmente patente en materia probatoria. Por ese motivo el derecho a la prueba, dentro de los términos del Estado de Derecho, no puede ser catalogado como un derecho ilimitado, ni siquiera en un terreno en el que la búsqueda de la verdad material adquiere el interés público que tiene en el proceso penal. Aun reconociendo la presencia de ese interés, el ordenamiento reconoce limitaciones al ejercicio de la actividad probatoria en el proceso penal, pues, como se ha dicho, “la verdad no puede indagarse a cualquier precio”. Vid. GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.: *El proceso penal español y la prueba ilícita*, Revista de Derecho (Valdivia), volumen XVIII, nº 2, diciembre 2005, págs. 187 y 188. En el mismo DE URBANO CASTRILLO, E.: *La prueba ilícita penal y el derecho de defensa...*cit., pág. 1; ANADÓN JIMÉNEZ, M.A.: *La recogida de pruebas en relación al proceso penal por la policía judicial...*cit., pág. 11; ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita (un estudio comparado)*...cit., pág. 21. Indica esta última que “la prueba ilícita patentiza la tensión entre la tutela de bienes esenciales de la sociedad a través del proceso penal, como medio ineludible de realización del derecho penal, así como la propia libertad y derechos de los ciudadanos a quienes se imputa una lesión de tales bienes esenciales. Podría afirmarse en tal sentido que en el ordenamiento en su conjunto se sitúa en la intersección de dos factores en tensión: de una parte, la tutela de los citados bienes esenciales, que precisamente por serlo, obtienen esa protección cualificada que representa el derecho penal y el proceso a través del cual este se realiza, y que justifica, a su vez, intromisiones regularmente relevantes por parte del estado. (...) Se llega así a la siguiente conclusión: no debe prevalecer el interés de protección y de castigo de las conductas infractoras si para ello se lesionan injustificada o desproporcionadamente los derechos, comprendiendo aquí tanto los de contenido material (derecho a la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones; a la integridad corporal, a la libertad) como los que determinan el carácter justo y equitativo del proceso derecho de contradicción, derecho de defensa, derecho de asistencia letrada, derecho a usar los medios de prueba pertinentes)”.

fundamental⁷³⁷ para evitar que se decrete la nulidad de la misma y de sus resultados⁷³⁸.

A todo esto cabe añadir que, si bien podría pensarse que las irregularidades que se pudieran cometer durante la instrucción podrían subsanarse en la fase de juicio oral, puesto que es en este momento procesal en que tiene que desvirtuarse la presunción de inocencia mediante la práctica contradictoria, ello no es de manera absoluta así por dos razones. En primer lugar, porque en muchas ocasiones la diligencia practicada durante la instrucción no es susceptible de reproducción en el juicio oral, por lo que es necesario preconstituirla, lo que requiere que se hayan observado todas las

⁷³⁷ Esto guarda relación con el artículo 9.3 CE: “la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa (...) la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”, y con el artículo 103 CE: “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”.

⁷³⁸ Vid. FIGUEROA NAVARRO, M.C.: *La obtención de pruebas mediante la entrada y registro en domicilio*, La Ley Penal, nº 91, Sección Estudios, marzo 2012, pág. 1; ANADÓN JIMEMNEZ, M.A.: *La recogida de pruebas en relación al proceso penal por la policía judicial...*cit., pág. 26. Señala este último: “en un sistema procesal penal enmarcado en un Estado de Derecho y en el necesario respeto a los derechos fundamentales como garantía de legitimidad en la actuación de los poderes públicos y concretamente en la investigación del delito y en la salvaguarda de la seguridad colectiva, la recogida de pruebas por la Policía Judicial lejos de constituirse en una cuestión accesoria o accidental tiene un valor esencial compatibilizándose su instrumentalidad con la trascendencia de la función que realiza como tal Policía Judicial bajo la dependencia de la Autoridad Judicial y Ministerio Fiscal de donde se deduce que la dirección jurídica y supervisión del escrupuloso respeto a la legalidad en su actuación por tales autoridades deviene fundamental no sólo como control natural stricto sensu sino como vela por la inmaculada producción y obtención de los “embriones de pruebas” cuya impureza o mancha cuando deriva de la afectación a derechos fundamentales vicia radicalmente y ab initio ese potencial acto de prueba de modo ya insanable lo que en todo caso va a exigir como presupuesto una mayor uniformidad en las resoluciones judiciales constitutivas del cuerpo jurisprudencial como garantía de fiabilidad y de seguridad jurídica y, por ende, un mayor rigor a la hora de expresar los requisitos necesarios para la validez de una diligencia de prueba”.

En el mismo sentido dice ALCAIDE GONZÁLEZ que “las normas, principios y valores de nuestro sistema de Estado Democrático y de Derecho, donde los derechos fundamentales tienen esta especial ubicación, ya garantizan que un proceso, sea civil, penal, laboral o contencioso-administrativo, no pueda ni deba admitir como prueba actos infractores de derechos fundamentales”. Vid. ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M.: *La prueba ilícita penal. Decadencia y extinción. Jurisprudencia práctica comparada con EEUU*, Editorial Ley 57, Málaga, 2011, pág. 27.

exigencias, tanto constitucionales como legales previstas para su realización. En segundo lugar porque, aunque tales diligencias no se conviertan en prueba preconstituida, la inobservancia de estas formalidades puede ser sancionada con la nulidad del acto, pero también con la imposibilidad de utilizar otros medios de prueba derivados de éste, tal y como veremos a lo largo del presente capítulo⁷³⁹.

Encontramos normas que prohíben utilizar pruebas y otras que contienen prohibiciones referidas a la práctica de pruebas⁷⁴⁰.

Así, por ejemplo, existen normas que restringen determinados medios de prueba, como la testifical de parientes próximos del acusado, a los cuales se les exime de declarar⁷⁴¹. Hay otras que lo que prohíben son métodos de prueba, como coacción o amenaza o la tortura para obtener una declaración o una confesión⁷⁴².

⁷³⁹ Vid. GONZÁLEZ SOLER, O.E.: *Aspectos constitucionales de algunas diligencias sumariales que afectan a los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones: entradas domiciliarias. Comunicaciones postales y telefónicas...*cit., pág. 4.

⁷⁴⁰ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal...*cit., págs. 1518 y ss.; ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita (un estudio comparado)*...cit., pág. 31, quien aclara: “la ilicitud de la prueba puede provenir de distintas causas: ser pruebas legal y expresamente prohibidas, ser irregulares o resultar defectuosas, diversificándose la prohibición en aras de su objeto (prohibición de prestar testimonio para quien están obligados a guardar secreto), afectar a determinados métodos de investigación (torturas, coacciones o amenazas), referirse a determinados medios de prueba (testimonios entre parientes, testimonios de referencia), violentar derechos fundamentales, o ser irregulares o resultar defectuosas”.

⁷⁴¹ Vid. Artículo 416 de la LECrim.: “Están dispensados de la obligación de declarar:

1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261. El juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario Judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia.

2. El abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor”.

⁷⁴² El artículo 15 de la CE prohíbe la tortura: “Todos tiene derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

En similares términos se pronuncia el artículo 3 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales y el artículo 7 del Pacto Internacional de

También encontramos otras normas que lo que regulan es cómo debe procederse a la práctica de una prueba, esto es, quién debe practicarla y de qué modo. Este es el caso, por ejemplo, de la diligencia de entrada y registro que hemos analizado en el capítulo precedente. En caso de infringirse estas disposiciones hablamos de la prueba irregularmente practicada.

Una vez afirmado esto, ¿qué consecuencias tendrán entonces las transgresiones de tales normas? Y ¿qué validez tendrán las pruebas obtenidas con vulneración de dicha normativa?

Si bien es cierto que la formulación inicial de esta cuestión se debe a la jurisprudencia norteamericana, se puede decir que es a partir de la obra de Beling sobre prohibiciones probatorias cuando empieza a estudiarse científicamente las consecuencias de la prueba ilegalmente obtenida⁷⁴³. Podemos encontrar distintas posturas en la doctrina y la jurisprudencia, muchas de ellas antagónicas, si bien poco a poco se ha ido imponiendo lo que propugnó Beling: la inadmisibilidad de los medios de prueba ilegalmente obtenidos.

6.2. TEORÍAS SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA ILEGALMENTE OBTENIDA

Encontramos dos posturas mayoritarias⁷⁴⁴.

Por un lado, existe la de aquellos a favor de la admisión y validez de las pruebas ilícitamente obtenidas. Ya el juez Cardozo consideraba que las pruebas ilícitamente obtenidas debían ser válidas y eficaces, sin perjuicio de que fueran castigados los que las hubieran obtenido⁷⁴⁵.

derechos civiles y políticos. Además, España ha ratificado la Convención de Naciones Unidas contra la tortura.

⁷⁴³ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal...*cit., pág. 1492.

⁷⁴⁴ Vid. ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita (un estudio comparado)*...cit., pág. 85.

⁷⁴⁵ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal...*cit., pág. 1492.

Para los partidarios de esta línea doctrinal las pruebas conseguidas con defectos formales deben admitirse y ser eficaces, sin perjuicio de que sean castigadas las personas que las obtuvieron de tal forma.

Se esgrimen dos argumentos para defenderla: la búsqueda de la verdad material como objetivo final y esencial del proceso penal, y el principio de libre apreciación o valoración de la prueba, conforme al cual corresponde al juez tener en cuenta o excluir aquellas pruebas que se obtuvieron incurriendo en ilicitud.

Junto con esta postura, encontramos la contraria, de acuerdo con la cual no cabría la admisibilidad ni la apreciabilidad de la prueba obtenida de este modo.

Hay varios argumentos que avalan esta línea.

En primer lugar, los hechos ilícitos no deben aprovechar a su autor. Además, supone un riesgo para las relaciones jurídicas la utilización de datos obtenidos fraudulentamente sin la menor reflexión o cuestionamiento por parte de la autoridad judicial.

La finalidad de las normas procesales es garantizar la igualdad efectiva de las partes y el respeto de los derechos de las mismas⁷⁴⁶, sobre todo los constitucionalmente protegidos, por lo que únicamente deberán considerarse jurídicamente válidas las pruebas obtenidas respetando estas normas y, en consecuencia, respetando los derechos de las partes.

Los derechos fundamentales, por tanto, delimitan el camino para obtener los datos judicialmente válidos. Siguiendo esta afirmación y la postura de BARJA DE QUIROGA apuntada al principio del presente capítulo, junto con el interés social y los intereses procesales encaminados al descubrimiento de la verdad, existen otros intereses superiores que impiden esta búsqueda de la verdad a toda costa. La investigación de la verdad en el proceso penal no es,

⁷⁴⁶ Lo que se trata de conocer en un proceso penal no es la verdad en sí misma sino lo justo, y por tanto, la verdad sólo en cuanto sea parte de lo justo. *Vid.* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal...*cit., pág. 1496.

pues, un valor absoluto⁷⁴⁷, sino que el proceso penal está dentro de la jerarquía de valores jurídicos de nuestro estado, por lo que debe preponderar el respeto de los derechos proclamados por nuestra norma fundamental.

La búsqueda de la verdad, en consecuencia, no es ilimitada, sino que está restringida por las limitaciones, exclusiones y prohibiciones establecidas respecto a la prueba por las normas procesales que, a su vez, están informadas por los principios y derechos proclamados por nuestra Constitución.

Junto con estas dos posturas mayoritarias encontramos también posturas intermedias⁷⁴⁸, entre las que nos parece interesante reseñar la teoría de ponderación de intereses en conflicto, de acuerdo con la cual, para concluir si una prueba ilegalmente obtenida debe admitirse o no, habrá que valorar los intereses en juego.

Así, por un lado encontramos los bienes jurídicos del interés público en averiguación de la verdad y del derecho a la tutela judicial, que se incardinan como derechos fundamentales. Por tanto, si las pruebas se obtienen con violación de bienes jurídicos de menor entidad, deberán admitirse en el proceso, sin perjuicio de la sanción que pudiera corresponder contra las personas responsables. Hay que atender a la proporcionalidad de los intereses afectados por la prueba ilícita para ver cuál tiene preponderancia.

El problema para esta teoría se plantea cuando los derechos enfrentados tienen idéntico rango constitucional; en este caso, se considera que debe resolverse atendiendo a diversos criterios, como la categoría del derecho fundamental afectado y las circunstancias que concurren en la violación.

Nuestro derecho ha admitido el principio de exclusión de la prueba ilegalmente obtenida, lo que ha provocado que prácticamente la totalidad de la

⁷⁴⁷ Vid. AROZAMENA LASO, C.: *Consideraciones generales sobre la prueba ilícita*, Actualidad Penal, Sección Doctrina, Ref. IV, tomo I, 1999, pág. 3.

⁷⁴⁸ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal...cit.*, pág. 1508.

doctrina y la jurisprudencia partan de este principio⁷⁴⁹. Por tanto, la prueba ilícitamente obtenida ha de ser rechazada, con independencia de que proceda de un funcionario o de un particular, y de que estemos ante un proceso civil o penal.

En nuestra opinión debemos seguir esta línea, ya que, sólo defendiendo la inadmisibilidad de la prueba ilícita, puede conformarse un Estado Social y Democrático de Derecho, puesto que los principios de éste han de prevalecer. Además, esto influirá en quienes recurran a tales mecanismos: si la prueba que obtengan no tiene validez, no recurrirán a la vulneración de las normas y los derechos fundamentales, lo cual ayuda a construir y fortalecer el Estado Social y Democrático de Derecho, favoreciendo el cumplimiento de las normas y el sometimiento del proceso al derecho, uno de los pilares de este estado⁷⁵⁰.

Por otra parte, nos encontramos con el problema de los efectos reflejos de la prueba ilícita, esto es, la admisibilidad y, en su caso, valoración de las pruebas que, a priori son lícitas, pero proceden de una prueba que se ha conseguido de manera ilícita. Hay que ver si puede separarse la parte que se ha obtenido lícitamente de la ilícita. Este problema ha dado lugar a la teoría del fruto del árbol envenenado ("*fruit of the poisonous tree doctrine*")⁷⁵¹, que tiene su origen en Estados Unidos⁷⁵².

⁷⁴⁹ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal...*cit., pág. 1506.

⁷⁵⁰ Compartimos la postura de BARJA DE QUIROGA: "sólo es posible la realización de las pruebas en la forma expresamente prescrita por la ley, con sujeción a las normas que a tal fin han de existir, pues, hoy día no podemos admitir que la verdad haya de obtenerse a cualquier precio, ni que no exista una ponderación axiológica de intereses en conflicto, por lo que es necesario que la prueba se desarrolle en la manera en que legalmente ha sido disciplinada. Así pues, a nuestro juicio, no son admisibles aquellas teorías que entienden que el proceso es una lucha, un combate, en el que todo vale, y en el que en consecuencia no puede ni debe buscarse pureza alguna". Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal...*cit., pág. 1491.

⁷⁵¹ Vid. SIGNORELLI, W.P.: *Criminal Law, Procedure and Evidence...*cit., págs. 269 y ss.; RODRÍGUEZ SOL, L: *Registro domiciliario y prueba ilícita...*cit., pág. 66.

⁷⁵² El problema de la prueba ilícita se viene estudiando en Estados Unidos desde hace más de un siglo, donde se ha ido construyendo una doctrina jurisprudencial propia. Vid. DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M.A.: *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial...*cit., pág. 41; .

De acuerdo con esta teoría, la ineficacia de la prueba ilegalmente obtenida afecta a aquellas pruebas que, si bien son en sí mismas legales, se basan en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, lo que provoca que estas pruebas legales tampoco puedan ser admitidas y, devengan, por tanto, en ilegales.

En expresión gráfica podemos decir que, si el árbol está envenenado, algo que deriva de él pese a su apariencia independiente, esto es, su fruto, necesariamente también ha de estarlo⁷⁵³.

La razón radica en que, el efecto excluyente de la prueba que se ha obtenido de manera ilícita, también alcanza a la obtenida indirectamente si ésta deriva de la primera, porque es la única manera de asegurar que la prueba ilícita inicial no surtirá ningún efecto en el proceso.

En algunas ocasiones, como excepción, se admiten las pruebas legalmente obtenidas procedentes de la ilegalmente hallada, cuando la conexión entre ambas resulta muy atenuada⁷⁵⁴. Lo determinante es que entre ambos actos exista una relación de causa-efecto, o que al primer acto pueda imputársele objetivamente como resultado el segundo, de manera que se pueda afirmar rotundamente que este segundo acto es consecuencia del primero. En este caso, resulta indiferente que existan actos intermedios, ya que lo determinante es que exista esa relación de consecuencia entre ambos. De ser así, la segunda prueba, al ser un acto consecuencia de la primera prueba ilegalmente obtenida, será, necesariamente, también ilegal. No nos detenemos más en este tema por ser objeto de desarrollo en otro epígrafe posterior.

La expresión gráfica que la define fue acuñada por primera vez por el juez FRANKFURTER en la sentencia *Nardone vs. US* en 1939; sin embargo procede de la jurisprudencia norteamericana iniciada en la sentencia *Silversthone Lumber Co vs. US* de 1920, y consolidada, junto con la anterior de 1939, con las resoluciones *Wong Sung vs. US* (1963) y la *Harrison vs. US* (1968). Vid. VELASCO NÚÑEZ, E.: *Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del "fruto del árbol envenenado": correcciones actuales y tendencias de futuro*, Cuadernos de Derecho Judicial, nº 12, 1996, pág. 457.

⁷⁵³ Vid. VELASCO NÚÑEZ, E.: *Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del "fruto del árbol envenenado": correcciones actuales y tendencias de futuro...cit.*, pág. 458.

⁷⁵⁴ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal...cit.*, pág. 1514.

También en otras legislaciones, como en Alemania, Francia, Italia, Inglaterra y Estados Unidos, en términos generales, se parte de este principio de exclusión de la prueba ilegalmente obtenida⁷⁵⁵.

Así mismo, nos parece interesante reseñar que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no contiene reglas específicas que regulen la admisión y eficacia de las pruebas, sino que la ilicitud probatoria se incardina en el artículo 6⁷⁵⁶, que reconoce el derecho a un proceso equitativo, y que exige que la culpabilidad se establezca legalmente. Partiendo de esta premisa, se sancionan tanto las pruebas prohibidas u obtenidas de manera desleal, como las que se han obtenido directa o indirectamente mediante procedimientos irregulares. De acuerdo con esta exigencia de legalidad en la obtención de pruebas, la garantía del proceso equitativo resulta incompatible con procedimientos de investigación basados en violencia, astucia o engaño y con métodos de investigación que privan al sospechoso del control de sus facultades o limitan su consciencia⁷⁵⁷.

⁷⁵⁵ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal...*cit., pág. 1505. Aclara ARMENTA DEU a este respecto que “*aquellos países cuyos códigos procesales han sido reformados en la últimas décadas dedican un tratamiento procesal específico a la prueba ilícita, bien específicamente, bien incorporando la regla de exclusión en su articulado. En tanto los códigos procesales sin modificar acuden al tratamiento procesal de la nulidad procesal*”. Vid. ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita (un estudio comparado)*...cit., pág. 32.

⁷⁵⁶ Artículo 6 CEDDHH: “*1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada*”.

⁷⁵⁷ Vid. ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita (un estudio comparado)*...cit., pág. 126.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, intérprete del Convenio⁷⁵⁸, ha sostenido que el examen de la ilicitud probatoria en relación con el proceso equitativo debe realizarse en su conjunto, de manera que una prueba obtenida ilegalmente de acuerdo con la legislación interna no es por sí misma incompatible con las garantías del precitado artículo 6, sino que hay que recurrir a la abstracción y examinar si en conjunto el proceso ha sido equitativo. Podemos resumir la doctrina jurisprudencial de este tribunal de la siguiente manera⁷⁵⁹:

- La Convención Europea de Derechos Humanos consagra en su artículo 6 el derecho a un proceso justo, sin dedicar ningún precepto a la admisibilidad de las pruebas, aspecto que remite al derecho interno de cada país.
- El ámbito objetivo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no abarca la incorrecta admisión de pruebas en el proceso, sino que debe limitarse a revisar si éste en su conjunto, incluyendo la forma de incorporación de los medios de prueba, reviste un carácter justo (equitativo).
- Desde esta perspectiva, se reconoce la exclusión de las pruebas ilícitas por resultar contrarias a un proceso justo.

⁷⁵⁸ Nos parece importante señalar aquí la doctrina del TEDDHH puesto que, tal y como dice la profesora ARMENTA DEU, “no sólo constituye fuente inspiradora de las tendencias generales en la ordenación común de la Unión Europea, sino que en su función de intérprete del Convenio Europeo de Derechos Humanos, conforma a través de sus pronunciamientos doctrina invocada con frecuencia en los tribunales nacionales del ámbito comunitario. Aun careciendo de vinculación ejecutiva sus pronunciamientos gozan del reconocimiento de una fuerza interpretativa auténtica”. Vid. ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita (un estudio comparado)*...cit., pág. 126.

⁷⁵⁹ Vid. ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita (un estudio comparado)*...cit., pág. 128.

Estos criterios pueden extraerse, fundamentalmente, de los casos Schenk (12 de julio de 1988), Scheinchelhaner (16 de diciembre de 1970) y Edwards (16 de diciembre de 1992). Vid. DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M.A.: *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial*...cit., pág. 36.

6.3. EFICACIA DE LA PRUEBA

En un derecho procesal⁷⁶⁰ liberal se han de reconocer con mayor amplitud las garantías procesales del acusado con carácter de derecho fundamental, asumiendo incluso el riesgo de absolución de un culpable, que es menos grave que condenar a un inocente. Precisamente, una de las cuestiones más debatidas por su importancia, ya que es la base para desvirtuar la presunción de inocencia y condenar al culpable, es la prueba.

Vamos a tratar de exponer ahora, someramente, los principios relativos a la prueba penal⁷⁶¹, antes de pasar a desarrollar los supuestos de inapreciación de la prueba.

En primer lugar, rige el principio de oralidad e inmediación⁷⁶², de acuerdo con el cual, es en el acto del juicio oral donde habrá que practicar las pruebas, si bien, tal y como establece el artículo 730 de la LECrim.⁷⁶³, se admite la lectura de las diligencias practicadas en el sumario que, por causas ajenas a la voluntad de las partes, no puedan ser reproducidas en el acto del juicio oral⁷⁶⁴.

⁷⁶⁰ El derecho penal y el derecho procesal penal constituyen dos ámbitos irremediamente unidos en la práctica, ya que la sanción penal sólo puede imponerse si se llega a demostrar, tras la celebración de un juicio en el que se practiquen con todas las garantías las pruebas de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia, que el acusado es el autor del hecho previsto en la ley penal, y que esta culpabilidad se plasme en una sentencia debidamente motivada que pueda ser revisada mediante el conveniente sistema de recursos.

⁷⁶¹ Vid. MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal...cit.*, págs. 375 y ss.

⁷⁶² Este principio trae su causa tanto del carácter público del proceso y del derecho de defensa consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución.

⁷⁶³ Artículo 730 LECrim.: “*Podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral*”.

⁷⁶⁴ Una de las diligencias que más controversia ha suscitado ha sido el atestado policial, que no constituye un medio de prueba en sí mismo, sino que ha de ser ratificado ante el órgano judicial. Vid. AROZAMENA LASO, C.: *Consideraciones generales sobre la prueba ilícita...cit.*, pág. 7.

Respecto a esto último se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su sentencia 97/1999, de 31 de mayo: *“nuestra jurisprudencia viene afirmando que únicamente pueden considerarse como pruebas las practicadas en el acto del juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad; si bien de tal exigencia general se exceptúan los supuestos de la prueba preconstituida y anticipada (...), siempre y cuando se observe el cumplimiento de determinados requisitos materiales (su imposibilidad de reproducción en el momento del juicio oral: artículo 730 LECrim.), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de Instrucción), objetivos (la posibilidad de contradicción, para la cual se debe proveer de abogado al imputado) y formales (la introducción en el juicio oral a través de la lectura de documentos requerida por el artículo 730).”*

Para que tengan valor probatorio no basta con que se den por reproducidas en el acto del juicio oral, sino que deben ser ratificadas ante el órgano judicial.

En cuanto al uso de modernos sistemas para practicar la prueba en el acto del juicio oral, fundamentalmente la testifical, ha sido admitida por nuestra LECrim. el uso de videoconferencia⁷⁶⁵. Este sistema aporta otras ventajas, como evitar la estigmatización de la víctima, que no ha de comparecer físicamente ante el agresor, y su coste es inferior al de la indemnización por traslado.

El principio de contradicción, inherente al derecho de defensa, es otro principio esencial en la práctica de la prueba y supone que la defensa puede contradecir la prueba de cargo. En cuanto a la posibilidad antes aludida de

⁷⁶⁵ Artículo 731 bis: *“El tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.*

excepción de la práctica de la prueba en el juicio el Tribunal Constitucional⁷⁶⁶, respecto al principio de contradicción, ha señalado que es posible “*pero siempre que se reproduzcan en el juicio oral o se ratifiquen en su contenido los protagonistas o se dé a las partes la posibilidad de contradecirlas en dicho acto, no bastando la simple fórmula por reproducidas del uso forense y sin más atención sobre ellas, ni aun con el asentimiento del acusado*”.

Otro principio que rige, y al que hemos aludido, es el principio de libre valoración de la prueba según las reglas del criterio racional⁷⁶⁷. Esto significa que el juez es libre para obtener su convencimiento, pero no fuera de todo límite, sino que esta valoración deberá hacerse según las reglas de la lógica, de la experiencia y los conocimientos científicos. Así lo establece la LECrim. en su artículo 741: “*el tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta ley. Siempre que el tribunal haga uso del libre arbitrio que para la calificación del delito o para la imposición de la pena le otorga el código penal, deberá consignar si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquél obligue a tener en cuenta*”. Y en este sentido se ha pronunciado la STC 111/1999, de 14 de junio, que insiste en que la valoración de la prueba se somete a las reglas de la lógica y de la experiencia, así como a la obligación de motivar o razonar el resultado de esta valoración probatoria.

Entre estos principios, encontramos el de presunción de inocencia, que tiene la consideración de derecho fundamental⁷⁶⁸. Este principio versa sobre los hechos, que son los que pueden ser objeto de prueba, y es una presunción *iuris tantum*, esto es, que exige para ser desvirtuada una mínima actividad

⁷⁶⁶ Vid. STC 31/1981, de 28 de julio.

⁷⁶⁷ En el derecho procesal español actual ya no rige el sistema inquisitivo de prueba tasada, de acuerdo con el cual sólo determinadas pruebas servían para demostrar el hecho punible, y, además, cada una de ellas tenía un valor concreto.

⁷⁶⁸ La presunción de inocencia se proclama como un derecho fundamental en el artículo 24.2, párrafo 1, in fine, de la CE, en el artículo 62 del CEDH y en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Es uno de los más invocados, junto con el de la tutela judicial efectiva, en los recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional.

probatoria de cargo con las garantías procesales adecuadas. Puesto que opera a favor del acusado, la carga de la prueba recae sobre el acusador o denunciante.

Finalmente hay que citar otro principio que se deriva del anterior y que resulta esencial a la hora de ponderar la prueba: el principio *in dubio pro reo*, en base al cual en caso de duda hay que decidir a favor del acusado. Esto es, si el juez o tribunal no se ha podido convencer de la culpabilidad del acusado, tiene la obligación de absolverlo.

Junto con estos principios y en relación con ellos, vamos a analizar ahora aquellas pruebas que, por haber sido obtenidas de forma ilícita, no van a poder ser apreciadas, por no ser válidas para desvirtuar la presunción de inocencia.

6.3.1. PRUEBA ILÍCITA/PRUEBA IRREGULAR

Como hemos apuntado al principio de este capítulo, podemos distinguir⁷⁶⁹ entre aquellos supuestos en los que se obtiene una prueba vulnerando los requisitos constitucionales exigidos para transgredir un derecho⁷⁷⁰, como puede ser el caso del derecho a la inviolabilidad del domicilio

⁷⁶⁹ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...*cit., pág. 169; RIVES SEVA, A.P.: *La diligencia de entrada y registro domiciliario...*cit., pág. 123; HERRERO HERRERO, C.: *Competencias excepcionales de los agentes de policía en materia de entrada, detención y registro en lugar cerrado. Potenciales conexiones con la denominada prueba ilícita (II)*...cit., pág. 11; ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita (un estudio comparado)*...cit., pág. 47; DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M.A.: *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial*...cit., pág. 64; RODRÍGUEZ PADRÓN, C.: *La protección penal del domicilio*...cit., pág. 114; MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal*...cit., pág. 388; GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal*...cit., pág. 430.

⁷⁷⁰ Los derechos fundamentales no son absolutos, por lo que habrá que analizar, para comprobar la posible ilicitud, si la limitación de este derecho se ha realizado de acuerdo con los presupuestos y requisitos que deben concurrir a la hora de llevar a cabo una limitación legítima del precitado derecho. Vid. ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita (un estudio comparado)*...cit., pág. 80.

Respecto a las limitaciones de derechos fundamentales es interesante citar el Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992, en el conocido "Caso Naseiro", donde el tribunal, tras

consagrado en el artículo 18.2 de la Constitución, de aquellos otros en los que, existiendo un elemento legitimador y, por ende, sin causar lesión alguna a un derecho constitucional, se realiza la prueba incumpliendo las normas procesales reguladoras de la misma⁷⁷¹, que en el caso de las entradas y registros son las contenidas en los artículos 545 a 572 de la LECrim⁷⁷². Si nos encontramos ante el primer supuesto hablaremos de prueba ilegal, y en el segundo de prueba irregular.

La diferencia es de suma importancia, ya que las consecuencias son radicalmente diferentes.

En el primer caso, ausencia de resolución judicial habilitante para la entrada y registro, el acto es nulo de pleno derecho, e ilícitas son las pruebas obtenidas que traigan causa del mismo (por ejemplo, la testifical de los agentes que practicaron el registro), en virtud de la doctrina de los frutos del árbol envenenado que ha sido acogida, con matices, en España con el nombre de conexión de antijuridicidad, teoría que desarrollaremos en el epígrafe correspondiente. La prueba ilícita, y las obtenidas de ésta que devienen también ilegales, no pueden ser tomadas en cuenta, ni sanadas por actos posteriores, por lo que es como si nunca hubieran existido.

Sin embargo, si la prueba se ha obtenido, en principio, respetando los requerimientos constitucionales, esto es, con la oportuna orden judicial de entrada y registro, pero es irregular por estar afectada de infracciones de

recordar que la verdad no se puede obtener a cualquier precio, señaló que el descubrimiento de la verdad sólo es lícito cuando es compatible con la defensa del elemento nuclear de los derechos fundamentales. Se indica la importancia del respeto a la dignidad e intimidad de las personas, permitiendo intromisiones en la vida privada sólo si existe motivación de la medida y proporcionalidad entre el derecho afectado y el descubrimiento de la verdad, ya que los derechos fundamentales y, entre ellos, el derecho a la intimidad, son derechos de gran valor. Vid. DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M.A.: *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial...*cit., pág. 35.

⁷⁷¹ De acuerdo con esto, una prueba puede ser ilícita por serlo su fuente de obtención, aun habiéndose llevado al proceso y práctica con escrupuloso respeto a las normas procesales. Y del mismo modo, una prueba con fuente lícita puede ser tachada por infracción de las normas procesales sobre su práctica y valoración. Vid. ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M.: *La prueba ilícita penal. Decadencia y extinción...*cit., pág. 15.

⁷⁷² Vid. STS de 29 de febrero de 1996.

legalidad ordinaria (por ejemplo, si el auto de entrada y registro no está suficientemente motivado, no asiste el secretario judicial o los intervinientes no firman el acta), el juez puede decretar la nulidad de la entrada y registro y la prueba preconstituida no accederá a la vista oral, si bien cabe acreditar el mismo hecho por otros medios, usualmente la testifical de los intervinientes en el registro, o sanar tal irregularidad⁷⁷³.

El acto nulo puede impugnarse tanto de oficio como a instancia de parte⁷⁷⁴. Lo habitual es que la ilicitud se ponga de manifiesto a instancia de

⁷⁷³ Vid. STS de 28 de octubre de 1992, de 18 de marzo y 2 de noviembre de 1993, de 6 de abril de 1995, de 15 de marzo de 2000 y de 10 de mayo de 2002. Esta última señala que, si bien las testificales que se practicaron sin advertir a quienes las prestaron que no estaban obligados a declarar contra parientes acusados son nulas, se pueden acreditar los hechos mediante otro medio de prueba independiente: una investigación policial paralela, iniciada al margen de estas declaraciones.

La STS de 2 de noviembre de 1993 señala que *“la doctrina de esta sala se ha decantado en la distinción, puesta de relieve en la sentencia de 28 de enero de 1993, entre los supuestos en que por faltar el elemento imprescindible de autorización judicial para invadir el domicilio de una persona, el derecho a su inviolabilidad, consagrado en el artículo 18.2 de la Constitución es lesionado, de aquellos otros en que, existiendo tal elemento legitimante, no se causa aquella lesión a un derecho constitucional, pero se produce en la realización del acto el incumplimiento de normas procesales reguladoras del mismo. En el primer caso el acto es ilícito e ilícita es también la prueba obtenida en el mismo; en el segundo caso, el acto es sólo irregular y, por ende, nulo procesalmente, por lo que no puede, por lo mismo, producir los efectos probatorios que le serían propios de haberse cumplido todas las formalidades procesales. Las consecuencias de esa diferente naturaleza son trascendentes, por cuanto en el caso de ilicitud del acto procesal como contrario a normas constitucionales, tal ilicitud se comunica a todo el proceso y, fundamentalmente, a los futuros actos procesales que del acto ilícito traiga causa, de modo que la prueba ilícita ni puede ser tomada en cuenta ni puede ser sanada por actos posteriores con ella relacionada, ni sobre la misma, en consecuencia, puede fundamentarse una condena. En cambio, el acto irregular afectado por infracciones de legalidad ordinaria sólo pierde la probanza que de su ejecución pudiera deducirse, pero no suprime las futuras posibilidades de acreditar los mismos hechos por otros medios o de sanar aquel efecto negativo de prueba preconstituida, practicando en el juicio oral otras clases de pruebas que acrediten lo que per se el registro irregular no puede acreditar”*.

No sería aplicable, por tanto, la teoría de los frutos del árbol envenenado. En este sentido vid. ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita (un estudio comparado)*...cit., pág. 49; MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal*...cit., pág. 389; GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal*...cit., pág. 430.

⁷⁷⁴ El artículo 240 de la LOPJ establece que: *“1. La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate, o por los demás medios que establezcan las leyes procesales.*

parte, por la defensa del imputado o del acusado. Pero también puede ser el juez instructor en la fase de investigación del delito, o el tribunal sentenciador en cualquier momento. No debe excluirse incluso que pueda hacerlo el Ministerio Fiscal, puesto que su cometido es la defensa de la legalidad⁷⁷⁵.

Así mismo, en estos supuestos, en función del incumplimiento legal, el acto será nulo de pleno derecho e insubsanable, o, por el contrario, estará afectado de nulidad relativa y cabrá su subsanación posterior⁷⁷⁶.

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, recientemente reformada por la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, recoge esta distinción, limitando la nulidad de pleno derecho a aquellas infracciones especialmente graves o relevantes. Así, el artículo 238⁷⁷⁷ establece que: “Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

2. Sin perjuicio de ello, el juzgado o tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular”.

⁷⁷⁵ Vid. ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita (un estudio comparado)*...cit., pág. 122; MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional III*...cit., pág. 317. .

⁷⁷⁶ El mero incumplimiento de los textos procesales sobre la práctica de la prueba no genera de por sí un supuesto de ilicitud probatoria. Para que sea así, la norma tiene que amparar un interés cuya infracción origine una ilicitud civil o penal. Ahora bien, si el precepto procesal fue la consagración de un derecho fundamental sí cabría hablar de ilicitud probatoria. Vid. ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita (un estudio comparado)*...cit., pág. 47.

En el mismo sentido Vid. DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M.A.: *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial*...cit., pág. 42: “tenemos en consecuencia, en primer lugar, actos procesales irregulares por faltarles circunstancial accidentales del acto, que no sólo son eficaces sino que pueden ser subsanables, en una consideración teórica, aunque acarreen la responsabilidad de sus autores. Y en segundo término, actos procesales ineficaces ya por ser inexistentes, nulos absolutamente o de forma relativa por faltarles requisitos esenciales”.

⁷⁷⁷ Este artículo ha sido redactado de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre. En su redacción originaria decía: “Los actos judiciales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

1.º Cuando se produzcan con manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.

2.º Cuando se realicen bajo violencia o bajo intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave.

1º Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.

2º Cuando se realicen bajo violencia o intimidación.

3º Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento⁷⁷⁸, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.

4º Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como preceptiva.

5º Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del Secretario Judicial.

6º En los demás casos en los que las leyes procesales así lo establezcan”.

Se admite también la posibilidad de que existan efectos reflejos de la prueba declarada nula, que conllevarán la nulidad de aquellos actos condicionados o influidos por esta⁷⁷⁹. Así, el artículo 239.2 aclara que “también

3.º Cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión”.

A la luz de este artículo la jurisprudencia distinguía entre aquellos supuestos según que el precepto infringido fuera o no esencial. De tal forma, si en el desarrollo de la diligencia se prescindía total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley, o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se produzca indefensión, habrá que concluir que el acto es nulo. En cambio, si en la diligencia se vulnera un requisito no esencial, el acto sería anulable (SSTS de 16 de octubre y de 12 de noviembre de 1991). Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...cit.*, pág. 174.

⁷⁷⁸ Se considerarán esenciales aquellas normas del procedimiento que, siendo imperativas, y por lo tanto, de obligado cumplimiento, o de orden público, o reguladoras, en definitiva, de algunos de los principios o garantías del proceso, sitúan en indefensión efectiva a una o ambas partes actuantes. Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...cit.*, pág. 175.

⁷⁷⁹ “Tanto en el caso de las pruebas obtenidas con violación de un derecho fundamental como aquéllas en que se infringe una norma ordinaria puede darse un efecto reflejo, lo que no impide que el delito pueda ser acreditado por medios de prueba que sean independientes”. Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...cit.*, pág. 177.

se declararán nulos los actos de las partes o de personas que intervengan en el proceso si se acredita que se produjeron bajo intimidación o violencia.

La nulidad de estos actos entrañará la de todos los demás relacionados con él o que pudieren haberse visto condicionados o influidos sustancialmente por el acto nulo”.

Por su parte, los apartados 1 y 2 del artículo 243 señalan: “1. *La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquéllos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.*

2. La nulidad parcial de un acto no implicará la de las partes del mismo independientes de la declarada nula”.

Frente a esta nulidad de pleno derecho, como hemos indicado, nos encontramos con la nulidad relativa o subsanable, que permite la convalidación del acto nulo, una vez removido el defecto que impedía la plena eficacia del acto. A ella se refiere el artículo 243⁷⁸⁰ de la LOPJ al señalar: “3. *El juzgado o tribunal cuidará de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, siempre que en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la ley.*

4. Los actos de las partes que carezcan de los requisitos exigidos por la ley serán subsanables en los casos, condiciones y plazos previstos en las leyes procesales”.

De acuerdo con este precepto podemos decir que los defectos formales son causa de nulidad relativa, pero nunca los sustantivos; por ejemplo, la falta de motivación del auto de entrada y registro es un defecto de fondo, que conlleva la nulidad del auto, como si no se hubiese dictado.

⁷⁸⁰ Este artículo también ha sido redactado conforme a la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre.

Así mismo, y de acuerdo con los preceptos expuestos, aquellos defectos que no supongan ausencia de requisitos indispensable para alcanzar el fin del acto ni provoquen indefensión, no serán motivo de nulidad.

En ocasiones, el defecto formal podrá ser removido por el juez sin necesidad de concurso de las partes y sin causar indefensión, como por ejemplo si falta en el acta la firma del juez o del Secretario Judicial que practicaron la diligencia, y, advertido el error, se subsana.

Si el motivo radica en la falta de un acto de alguna de las partes, podrá subsanarse desde el momento en que la parte implicada coopere para su realización, pero no será posible si la parte no quiere prestar su apoyo para dicha convalidación; por ejemplo, si el acusado que no había sido citado en debida forma, comparece el día y a la hora previstos.

En caso de que estemos ante un defecto subsanable, en tanto no se subsane, el acto no desplegará ningún efecto y, en caso de que no llegue a subsanarse, tendrá los mismos efectos que la nulidad absoluta: no desplegará ningún efecto, teniéndose dicha prueba como nunca practicada.

Junto con estos supuestos nos encontramos con aquellos casos en los que lo que se da es una mera irregularidad no invalidante, que tan solo genera responsabilidad para los actuantes, como es el caso del artículo 552 de la LECrim., en virtud del cual deberán evitarse las inspecciones inútiles, y se adoptarán todo género de precauciones para no comprometer su reputación, respetando sus secretos si no interesaren a la instrucción.

Nos remitimos aquí en lo referente a las consecuencias de no respetar las normas de la LECrim. sobre la diligencia de entrada y registro a lo expuesto en el capítulo correspondiente a este tema, al tratar la cuestión de los déficits procesales que exige la mencionada ley, por ejemplo, ante la ausencia de alguno de los requisitos del auto de entrada o del Secretario Judicial.

Vamos a centrarnos, por tanto, en el siguiente epígrafe en la prueba ilegalmente obtenida, refiriéndonos a aquella que se ha conseguido vulnerando un derecho constitucional.

6.3.2. OTROS SUPUESTOS DE APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

Hay una postura que distingue si la prueba ilícita debe ser apreciada o no en función de que dicha prueba haya sido obtenida por un funcionario público o por un particular⁷⁸¹. Si ha sido practicada por un funcionario sería inadmisibles e inapreciable, mientras que si lo ha sido por un particular sería utilizable.

Se esgrime como argumento que la Constitución protege a los ciudadanos de las actuaciones de los poderes públicos⁷⁸², de manera que si se trata de un ataque realizado por un particular la sanción únicamente será la penal o administrativa que corresponda, sin que sea necesaria una sanción procesal⁷⁸³.

⁷⁸¹ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal...*cit., págs. 1530 y ss.; RODRÍGUEZ SOL, L: *Registro domiciliario y prueba ilícita...*cit., pág. 69; ECHARRI CASI, F.J.: *Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales...*cit., pág. 7; AROZAMENA LASO, C.: *Consideraciones generales sobre la prueba ilícita...*cit., pág. 12: esta autora señala la postura de PASTOR BORGONÓN al respecto: “no tiene sentido que se mantenga que los funcionarios que recogen fuentes de prueba sirviendo el interés público en la averiguación de la verdad, están limitados en su labor investigadora por las restricciones que impone el debido respeto a los derechos fundamentales de la persona, interés que se considera debe prevalecer, y que los particulares que sirven un interés privado están sujetos a un control menor en lo que se refiere al modo en que han obtenido las fuentes de prueba que pretenden incorporar al proceso”.

⁷⁸² El artículo 9 de la CE proclama lo siguiente: “2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos fundamentales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

⁷⁸³ A favor de esta postura encontramos a DEL MORAL quien entiende que cuando el atentado al derecho fundamental proviene de un particular no debiera jugar la prohibición, y pone como ejemplo, el supuesto de un ladrón que roba droga en un domicilio y a través de su detención se descubre que la víctima del robo era un narcotraficante, en este caso nada impide condenar a éste pese a que la prueba se haya obtenido mediante la vulneración de su derecho a la inviolabilidad del domicilio. No sería así, si fuese la policía la que sin mandamiento judicial

Esta postura nos parece criticable, y compartimos la opinión de BARJA DE QUIROGA⁷⁸⁴, ya que, el proceso judicial en un Estado Social y Democrático de Derecho está limitado por las restricciones que impone el debido respeto a los derechos fundamentales de la persona, lo que lleva necesariamente a la exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas, en lo que nada tiene que ver quién realice el acto ilícito, por lo que esta distinción no tiene ningún sentido.

La cuestión ha sido tratada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de junio de 2013. En este caso se absolvió al condenado por considerar que las pruebas se habían obtenido de un modo ilícito. El supuesto de hecho era el siguiente: una mujer presentó una denuncia contra su marido por un presunto delito de abuso sexual contra su hermana, denuncia que se basaba en el contenido de unos CD,s y DVD,s que la mujer encontró en el interior del vehículo de su esposo, del que se hallaba separada de hecho. La mujer, para acceder al vehículo, cogió un duplicado de las llaves del coche de su marido que guardaba en su domicilio, se dirigió donde estaba aparcado el vehículo, lo abrió y cogió los CD,s y DVD,s de su interior.

Como consecuencia de lo encontrado en estos soportes, el tribunal de instancia condenó al marido.

El Tribunal Supremo aclara que el interior del automóvil es un área privada bajo la estricta disponibilidad de su titular o usuario, y no es un lugar de libre acceso para quien carezca de la debida autorización. Además, señala las siguientes circunstancias concurrentes en este caso: los cónyuges habían

hubiese entrado en el mismo. Vid. ECHARRI CASI, F.J.: *Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales...*cit., pág. 7.

En contra vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal...*cit., pág. 1531, quien llama la atención, además, sobre el hecho de que esta postura puede plantear problemas cuando la conducta no sea constitutiva de delito castigado por la legislación penal, en cuyo caso, la conducta del particular quedaría impune y un acto socialmente reprobado redundaría en beneficio de su autor. Señala también que la doctrina italiana, alemana y estadounidense defienden esta postura.

⁷⁸⁴ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal...*cit., pág. 1533.

En el mismo sentido GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.: *El proceso penal español y la prueba ilícita...*cit., pág. 201.

dejado de convivir y estaban separados de hecho; el automóvil era de uso exclusivo del acusado; el juego de llaves con el que la mujer accedió a él no fue entregado a ella, sino que había quedado en el domicilio familiar, circunstancia de la que se aprovechó la denunciante.

Por tanto, concluye el tribunal que hay una invasión no autorizada dentro de un espacio de rigurosa intimidad, por lo que considera la acción constitucionalmente ilegítima y, en consecuencia, lo obtenido de este modo nunca debió ser tomado en consideración. En lo que en este punto nos interesa, señala que en este caso es aplicable la nulidad de la prueba obtenida con vulneración de derechos, siendo irrelevante que la misma se halla obtenido por un funcionario o por un particular⁷⁸⁵.

Argumenta el tribunal que *“es verdad y algo bien conocido, que, socialmente, el automóvil no tiene la consideración de ámbito propio para el ejercicio de la intimidad, y, en este sentido, en general, no goza de la protección que el ordenamiento dispensa a otros reductos idóneos para el despliegue de la misma, como, por antonomasia, el domicilio; lo que resulta, además, de una jurisprudencia tan reiterada como conocida del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo. Pero también es cierto que según acaba de decirse, y no importa insistir, al ser su interior un área privada bajo la estricta disponibilidad del titular o del usuario, no es lugar de libre acceso para quien carezca de la autorización de alguno de estos. Además, en el caso, se da la circunstancia, ciertamente esencial, de que el vehículo, que de por sí acota un cierto ambiente de privacidad, en esta ocasión encerraba un material que, ya en la aludida valoración ex ante, merecía la consideración de íntimo, en cuanto inequívocamente relativo a las relaciones de tal índole de Salvador Bauza con una mujer; objeto del interés de Esther Huerga. De modo que ésta obró no sólo con la “expectativa razonable de*

⁷⁸⁵ No obstante, la sentencia tiene un voto particular que considera que la prueba no debió considerarse inutilizable por concurrir dos vectores que la sustraen del ámbito del artículo 11.1 de la LOPJ: de un lado, por la condición de particular de la causante de la lesión a la intimidad, y, de otro, por la ausencia del propósito de buscar pruebas.

intimidad” a que se refiere alguna jurisprudencia constitucional, sino con certeza práctica de que lo buscado pertenecía, precisamente, a ese personalísimo ámbito ajeno. Por tanto, si la primera invasión no autorizada del marco propio de una cierta privacidad de aquél (el auto), llevó consigo alguna carga de ilegitimidad, la deliberada injerencia en un espacio (el contenido de los CDs o DVDs), éste sí, de sabida rigurosa intimidad, hizo que la actuación de Esther Huerga, dotada, al menos en principio, de las connotaciones antijurídicas que señala la Audiencia, fuera, en efecto, constitucionalmente ilegítima. De una ilegitimidad que no puede neutralizarse, en modo alguno, con el argumento de que lo obtenido por ese medio pudiera (luego) haber informado de la eventual existencia de un delito; del que, en el momento de la acción de Esther Huerga no existían indicios. Y, cuando además, ni siquiera la sospecha de la presencia de estos (y solo contando con que cupiera atribuirles un contenido incriminatorio) habría podido justificar otra cosa que la denuncia. Por tanto, es una primera obligada conclusión, Esther Huerga realizó una acción que, en principio, podría ser típica, ilegítimamente invasiva de la intimidad de Salvador Bauza, y carente de justificación. Y es por lo que, lo obtenido de este modo, no pudo ser tomado en consideración por la Audiencia, que resolvió, por tanto, correctamente en derecho. Abona esta afirmación lo previsto en el art. 11,1 LOPJ en términos de un rigor que, en la lectura más obvia del precepto, excluye cualquier otra alternativa que no implique una reescritura del mismo. Se ha invocado la construcción jurisprudencial de la llamada “conexión de antijuridicidad”, para sugerir que aquí no se habría dado y que, por eso, la ilegitimidad que, sin duda, teñía la obtención de los CDs o DVDs no llegó a transmitirse y difundirse, dentro del proceso, conjuntamente con la noticia de los actos de contenido sexual de Salvador Bauza; de modo que el reconocimiento por éste de la autoría de estos últimos y de las grabaciones tendría que servir como prueba de cargo para condenarle. Pero éste es un aserto que no refleja la total realidad de lo sucedido y debe matizarse en términos sustanciales. En efecto, pues lo afirmado por aquél, y que se desprende de la sentencia y no ha sido cuestionado, es que sus acciones, por el mismo vídeoregistradas, se habían producido dentro de un

marco de relaciones sexuales consentidas por la implicada en esas escenas. De manera que, tampoco operando con ese peculiar criterio jurisprudencial de lectura del art. 11,1 LOPJ cabría atribuir a Salvador Bauza la admisión de la hipótesis que ponía a su cargo la ejecución de delitos contra la libertad sexual y otros, al ser muy otra la asumida por él’.

6.4. LA PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA

Tal y como se ha explicado, nos referimos ahora a la prueba que se ha obtenido con vulneración de un derecho reconocido constitucionalmente⁷⁸⁶. Aquí se plantean varias cuestiones. La primera de ellas es, si la prueba obtenida violentando estos derechos es válida y admisible, o por el contrario, será inadmisibile y nula por ser ilícita. Pero, además, surge una segunda duda y es que, si como consecuencia de esta prueba ilegalmente obtenida se obtienen otras, ¿qué validez tendrán estas últimas? ¿La ilicitud de la primera alcanza al resto? Vamos a tratar de resolver estas cuestiones de acuerdo con nuestra legislación, así como analizando los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto.

Esta cuestión ha sido en parte resuelta por el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial⁷⁸⁷, que dispone: “1. *En todo*

⁷⁸⁶ A la prueba ilícita *strictu sensu* se le aplica el régimen especial derivado del artículo 11 LOPJ y de la jurisprudencia que lo ha desarrollado. Vid. ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita (un estudio comparado)*...cit., pág. 48.

⁷⁸⁷ Es la primera norma, y prácticamente la única, referente a la prueba ilícita en el ordenamiento jurídico español y carece de antecedentes en el mismo. Por eso “*con independencia de otras consideraciones, la simple incorporación de este precepto al ordenamiento jurídico español debe ser valorada positivamente: al margen de los juicios favorables o desfavorables que pueda merecer su redacción definitiva, el artículo 11.1 de la LOPJ implica la adopción de un criterio legal para decidir qué hacer con los medios de prueba ilícitamente obtenidos, y reduce la incidencia de la decisión del juez sobre la licitud de los medios de prueba a los términos marcados por el legislador*”. Vid. GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.: *El proceso penal español y la prueba ilícita*...cit., pág. 190.

La profesora ARMENTA DEU aclara que se trata de una regulación legal-positiva. Vid. ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita (un estudio comparado)*...cit., pág. 46.

tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.”⁷⁸⁸

Este artículo trae causa de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional de considerar admisible rechazar la prueba ilícitamente obtenida, por no poder ser apreciada por el órgano judicial sentenciador, doctrina que fue seguida también por el Tribunal Supremo.

El Tribunal Constitucional sentó esto partiendo del artículo 24 de la Constitución que proclama sendos derechos: a un proceso público con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa⁷⁸⁹.

La STC 31/1981, de 28 de julio ya señaló que “*es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales*”⁷⁹⁰ y, posteriormente, en sus sentencias 55/1982, de 26 de julio, y 62/1985, de 10 de mayo, afirma que la culpabilidad ha de ser obtenida de la valoración de la

⁷⁸⁸ Esta redacción no coincide con la del proyecto de la LOPJ: “*no surtirán efecto, en ninguna clase de procesos, los medios de prueba obtenidos, directa o indirectamente, de modo contrario a la ética o al derecho*”.

⁷⁸⁹ También el profesor GONZÁLEZ GARCÍA vincula el deber de practicar la prueba de forma lícita y la Constitución a través del derecho a un proceso público con todas las garantías y del derecho a la tutela judicial efectiva. Vid. GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.: *El proceso penal español y la prueba ilícita...cit.*, pág. 193.

⁷⁹⁰ Vid. MAQUEDA ABREU, M.L.: *Problemas constitucionales de la prueba. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de agosto de 1981*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº 65, 1982, págs. 219-220. Indica esta autora que “*para poder hablar de prueba (como resultado, se entiende), es necesario que exista, por lo menos, un mínimo indicio racional de la misma (esto es, que se pruebe algo) que pueda entenderse de cargo y del que pueda deducirse, por tanto, la culpabilidad del procesado. Lo que queremos significar, expresado en otros términos, es que el resultado estrictamente negativo de la prueba equivale, en nuestra opinión, a inexistencia material de la misma y, por tanto, que también en estos casos, el Tribunal Constitucional es competente para entrar a valorar, a través del amparo, si se desvirtúa la presunción de inocencia. No pretendemos con ello vaciar de contenido el principio de libre valoración judicial de la prueba ni ponerlo en entredicho, sino únicamente limitar sus efectos, pues la excesiva amplitud con que viene siendo interpretado amenaza con hacer estéril la defensa de un derecho constitucional de tanta trascendencia para la seguridad individual como el de presunción de inocencia*”. Y aclara que “*cuando el Tribunal Constitucional se refiere a una mínima actividad probatoria no quiere significar que no se hayan practicado medios de prueba (inexistencia formal de prueba), sino más bien que, como consecuencia de esa práctica, no ha resultado prueba que pueda entenderse de cargo*”.

prueba que ha llegado al proceso con las debidas garantías, de lo que se infiere que no se puede apreciar una prueba obtenida con violación de las garantías establecidas. Siguiendo esta línea, la STC 55/1982, de 26 de julio, señala que la presunción de inocencia sólo puede ser enervada por prueba que haya llegado con las debidas garantías al proceso, y la STC 9/1984 de 30 de enero dice que la ilicitud de la prueba no provocará su exclusión de la causa, sino la prohibición de su apreciación como prueba.

Así llegamos a la importante STC 114/1984, de 29 de noviembre, donde trata con mayor extensión el tema de la prueba ilegalmente obtenida ante la ausencia de una norma procesal específica a la que recurrir⁷⁹¹. Señala la sentencia que *“si la ilicitud en la obtención de la prueba fuese cierta y si fuese posible inferir de nuestro ordenamiento una regla que imponga su ineficacia procesal, habría que concluir que la decisión jurisdiccional basada en tal material probatorio pudo afectar a los derechos fundamentales del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución) y, en relación con ello, al derecho a la igualdad de las partes en el proceso (art. 14 de la Constitución), pero no existe en nuestro ordenamiento una norma expresa que*

⁷⁹¹ Esta sentencia tuvo sus antecedentes y génesis en varios Autos del Tribunal Supremo. Uno de ellos pertenece al tema de Rumasa, recurso de amparo que fue denegado en su admisión en base a los siguientes razonamientos: a) porque no se apoya en ninguna norma de derecho positivo ni de la Constitución, ya que no existen disposiciones legales en que apoyar tal principio y doctrina; b) porque a su vez, dicho principio general de derecho no se encuentra reconocido por la jurisprudencia, y como se reconoce en la demanda, es sólo una mera aspiración que han patrocinado de *lege ferenda*, para incorporarla al derecho positivo civil, algunos procesalistas españoles, por no existir actualmente norma alguna que impida a los órganos judiciales penales valorar los documentos cualquiera que sea su origen; c) porque, además, no consta que se haya planteado por el recurrente dicho tema ante el Juzgado Central y en apelación ante la Audiencia, pues, ninguna de las dos resoluciones recurridas se refieren a él en absoluto, por lo que se ha llevado ante el Tribunal Constitucional como tema nuevo, contrariando lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y c) de la LOTC; d) porque en todo caso, serían necesarias expresas declaraciones de los tribunales competentes sobre la existencia de la sustracción de documentos de carácter delictivo o ilícito, para poseer el indispensable soporte fáctico judicial sobre el que poder apoyar consecuencias jurídicas como la alegada, al no servir la mera invocación y estimación de la parte por sí sola, en cuanto supone una simple alegación a la que no pueden unírsele consecuencias; e) porque, finalmente, de haberse superado todas esas ausencias, se trataría de un problema de mera legalidad, totalmente ajeno al control del Tribunal Constitucional. *Vid.* ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M.: *La prueba ilícita penal. Decadencia y extinción...*cit., pág. 24.

imponga la no consideración como prueba de aquellas propuestas por las partes y obtenidas antijurídicamente". Ante la falta en ese momento de norma al respecto sienta la siguiente doctrina: "aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de "inviolables"⁷⁹² (artículo 10.1 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental, derivándose de ello la nulidad radical de todo acto - público o en su caso, privado- violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título 1 de la Constitución y de la necesidad institucional, por no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales (el "deterrent effect" propugnado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos). Estamos, así, ante una garantía objetiva del orden de libertad, articulado en los derechos fundamentales".

Continúa diciendo: *"en realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía –por el ordenamiento en su conjunto- de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad,*

⁷⁹² El Tribunal Constitucional ha proclamado la doble dimensión de los derechos fundamentales en la STC 25/1981, de 14 de julio, al decir que son: *"derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico, y al propio tiempo, elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica".*

relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso”.

Y concluye afirmando que “puede sostenerse la inadmisibilidad en el proceso de las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales, de manera que su recepción procesal implica una ignorancia de las “garantías” propias al proceso (artículo 24.2 de la Constitución), implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (artículo 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro. El concepto de “medios de prueba pertinentes” que aparece en el mismo artículo 24.2 de la Constitución pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse “pertinente” un instrumento probatorio así obtenido”.

De acuerdo con estos pronunciamientos podemos decir que esta sentencia señala que no existe un derecho fundamental autónomo que impida la admisión de la prueba ilícita, aunque si la prueba ilícita se incorpora al acervo probatorio del proceso constituye una ofensa a las garantías constitucionales que lo protegen⁷⁹³. Argumenta el Tribunal Constitucional que supone un atentado contra el proceso el hecho de que pueda utilizarse como prueba de cargo una fuente que se ha obtenido con vulneración de un derecho

⁷⁹³ Por tanto, el derecho a excluir pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales se plasma en una garantía objetiva, pero no como un derecho subjetivo de rango fundamental. Se trata de una garantía articulada sobre los derechos fundamentales. *Vid. ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M.: La prueba ilícita penal. Decadencia y extinción...cit.*, págs. 28 y 29. Aclara este autor que “debido a la trascendencia que implica violar un derecho fundamental, la presente garantía puede encontrar respaldo en el artículo 24 CE y en el principio de igualdad. Porque esta garantía procesal es algo consustancial al derecho a la tutela judicial efectiva que inspira el modelo constitucional de proceso penal. Como derecho fundamental procesal del artículo 24 CE ya no hay problema para acceder al recurso de amparo a través del derecho a usar los medios de prueba pertinentes”.

fundamental que vulnera las garantías del proceso, e implica una desigualdad de las armas procesales de las partes.

Respecto a la prueba compuesta en la que una de ellas ha sido obtenida de forma ilícita indica que *“la lesión hipotética que aquí se considera no se puede descartar por el hecho de que la prueba tachada de ilegítima no hubiera sido la única llevada al juicio, ni el solo instrumento, por lo tanto, a partir del cual formó su convicción y posterior decisión el juzgador. (...) La valoración de estos instrumentos se producirá siempre por el juez de modo sintético, una vez admitidos, con la consecuencia de que la garantía aquí considerada seguiría estando lesionada desde el momento en el que pasase a formar parte del elenco de medios probatorios el que aparece viciado de inconstitucionalidad en su formación misma”*.

El Tribunal Constitucional resuelve la cuestión, como podemos observar, en el marco de la valoración de un conflicto de intereses: por un lado, el interés público del estado de defensa de la sociedad, mediante la averiguación de la verdad en el curso el proceso penal, y por otra en interés de respetar los derechos fundamentales. En este sentido, se decide sacrificar el primero en aras a la defensa del segundo, y, consiguientemente, del Estado Social y Democrático de Derecho, uno de cuyos pilares básicos es la garantía de los derechos constitucionales.

Recogiendo esta doctrina se aprueba el artículo 11.1 de la LOPJ, único precepto de la legislación ordinaria que se refiere al tema de las pruebas ilegalmente obtenidas, declarando que no producirán efecto aquellas que se obtengan violentando, directa o indirectamente, los derechos fundamentales⁷⁹⁴.

En cuanto al tema que nos ocupa, está claro que el derecho a la inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental recogido en el artículo

⁷⁹⁴ ARMENTA DEU considera que *“la norma, dado su carácter general, resulta insuficiente para definir por sí sola una regulación del tema que pueda considerarse completa, especialmente en el ámbito del proceso penal”*. Vid. ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita (un estudio comparado)*...cit., pág. 46.

18.2 de la Constitución, susceptible de ser vulnerado en la diligencia de entrada y registro⁷⁹⁵.

El precepto habla de las pruebas “obtenidas”. Esta expresión debe entenderse en su sentido más amplio, como toda labor tendente a llevar el resultado probatorio al proceso, esto es, todas las pruebas con independencia de quién las obtuvo y del momento procesal⁷⁹⁶.

El primer problema con el que nos encontramos es qué sucede si lo que se vulnera es un derecho que no tiene el carácter de fundamental⁷⁹⁷, ya que la redacción de este artículo se refiere exclusivamente a los derechos fundamentales. Señala BARJA DE QUIROGA⁷⁹⁸ al respecto que estamos ante

⁷⁹⁵ Señala ALACAIDE GONZÁLEZ que “parece claro que los supuestos de obtención de pruebas en forma ilícita en el proceso penal, con relevancia jurídica desde el punto de vista del artículo 11.1 de la LOPJ, son los que se refieren a las diligencias de investigación que implican intromisión en derechos fundamentales, que son: la entrada y registro en domicilio privado, regulada en los artículos 545 a 578 de la LECrim., en desarrollo del artículo 18.2 CE; la observación o intervención de las comunicaciones postales o telegráficas (artículos 579 y ss. de la LECrim., en relación con el artículo 18.3 CE y, en general, todas aquéllas que infrinjan la integridad física o psíquica del sujeto de la prueba (coacciones y amenazas graves durante interrogatorios, intervenciones corporales), que protege el artículo 15 CE”. Vid. ALACAIDE GONZÁLEZ, J.M.: *La prueba ilícita penal. Decadencia y extinción...*cit., pág. 16.

⁷⁹⁶ Vid. DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M.A.: *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial...*cit., pág. 45.

⁷⁹⁷ Los derechos y libertades públicas que tiene el carácter de fundamentales son los recogidos en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I de la Constitución, artículos 15 a 29.

⁷⁹⁸ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal...*cit., pág. 1545. En el mismo sentido Vid. DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M.A.: *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial...*cit., pág. 47, donde se señala que “lo más prudente y respetuoso con los derechos y libertades de todo ciudadano es pecar por exceso en esta cuestión, máxime teniendo en cuenta que la justicia es uno de los valores superiores del ordenamiento, específicamente contemplado en el preámbulo de la Constitución y que debe alertarnos siempre, sirviéndonos de guía, que como la verdad no puede obtenerse a cualquier precio, toda prueba que chirría con algún derecho o libertad con incidencia en el proceso, debe examinarse con especial cuidado por si en su obtención, se ha actuado de forma ilícita”.

En contra vid. GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal...*cit., pág. 430; MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional III...*cit., pág. 316: “los derechos a que se refiere el artículo 11.1 de la LOPJ sólo son los derechos y libertades fundamentales así reconocidos constitucionalmente. A las fuentes obtenidas ilícitamente, pero que no afectan a estos derechos y libertades fundamentales no pueden predicárseles ese carácter de ineficaces desde el punto de vista probatorio, lo que no impide la correspondiente responsabilidad del autor de la actividad de obtención”.

un “supuesto en el que ya con anterioridad el Tribunal Constitucional ha extraído de la Constitución la doctrina aplicable, y es posteriormente el legislador el que mediante una ley recorta la amplitud de aplicación establecida por el Tribunal Constitucional. Negar en este caso la facultad de aplicar directamente en toda su amplitud la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional no parece congruente con la validez jerárquica de la Constitución y de la interpretación que de ella realice el Tribunal Constitucional en sus sentencias. Desde este punto de vista, el juez o tribunal seguirán aplicando o deberán seguir aplicando la doctrina marcada por el Tribunal Constitucional en toda su amplitud.” Compartimos esta opinión, por lo que entendemos que también deberían ser consideradas ilegales las pruebas violentando derechos reconocidos por nuestra Constitución, aun cuando no gocen de la categoría de fundamentales, pero es cierto que, si nos ceñimos al tenor literal del precepto, sólo podríamos excluir las pruebas que vulneren los derechos que tienen la consideración de fundamentales de acuerdo con nuestra Constitución.

En todo caso hay que tener en cuenta, como hemos señalado, que los derechos no son ilimitados⁷⁹⁹; en cuanto a la limitación de los derechos fundamentales, se exige la concurrencia de una serie de presupuestos⁸⁰⁰: 1) previsión normativa, es decir, que la limitación esté prevista en la Constitución o en una norma legal habilitante (como es el caso del derecho a la inviolabilidad del domicilio); 2) jurisdiccionalidad, esto es, que se adopte en el marco de un proceso y por un órgano judicial, salvo que la norma legal prevea excepciones, como en el caso de la inviolabilidad del domicilio (consentimiento del titular o resolución judicial); 3) necesidad cualificada de motivación; 4) proporcionalidad *strictu sensu*, esto es, si está justificado el sacrificio del

⁷⁹⁹ Vid. MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional III...*cit., pág. 316. Este autor aclara que dentro de los derechos fundamentales podemos distinguir entre aquellos que tiene carácter absoluto, que no pueden ser limitados bajo ningún concepto, y los relativos, como la inviolabilidad del domicilio, que admiten restricción en los supuestos legalmente establecidos.

⁸⁰⁰ Vid. ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita (un estudio comparado)*...cit., págs. 81 y ss.

derecho fundamental para proteger el valor que trata de salvaguardarse; 5) ejecución y control judicial de la medida, en la ordenación, desarrollo y cese de la intervención.

Otra cuestión es si estos derechos violentados deben ser de las partes en la causa o si el titular puede ser un tercero. Entendemos que el titular puede ser cualquiera, y la prueba será nula igual aunque no sea parte implicada en el juicio⁸⁰¹.

En cuanto al término “violentando”, incluye tanto la obtención de pruebas prescindiendo total y absolutamente del procedimiento, como aquellos casos en que se han producido defectos procesales que determinan una indefensión real y efectiva del acusado⁸⁰².

Dice este precepto que “*no producirán efecto*”, por lo que estas pruebas serán nulas, esto es, se deberá proceder como si nunca hubieran existido.

El mayor problema surge al tratar de resolver qué pruebas se han obtenido violentando “*indirectamente*” los derechos constitucionales; aquí es cuando estamos ante los ya mencionados efectos reflejos de una prueba ilícita, que da lugar a la teoría de la desconexión antijurídica que analizaremos al estudiar los pronunciamientos jurisprudenciales. Esta violación indirecta se produce cuando entre el acto vulnerador del derecho y la obtención de la prueba no media una relación directa e inmediata, sino que entre ambos existe una relación indirecta⁸⁰³.

⁸⁰¹ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal...cit.*, pág. 1548.

⁸⁰² Vid. DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M.A.: *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial...cit.*, pág. 46.

⁸⁰³ Señala BARJA DE QUIROGA que parece, de acuerdo con la redacción del precepto, que este admite la teoría del fruto del árbol envenenado. Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal...cit.*, pág. 1550. En el mismo sentido vid. RODRÍGUEZ SOL, L: *Registro domiciliario y prueba ilícita...cit.*, pág. 71: “*la mayor parte de la doctrina considera que el término “indirectamente” que emplea el artículo 11.1 de la LOPJ, está introduciendo en nuestro ordenamiento el denominado efecto reflejo de la prohibición probatoria, de acuerdo con la doctrina norteamericana de los frutos del árbol envenenado, en virtud de la cual son también inadmisibles las pruebas derivadas indirectamente de la vulneración de un derecho inicialmente lesionado*”.

Es indiferente en qué etapa procesal se pone de manifiesto que estamos ante una prueba ilícitamente obtenida, debe procederse inmediatamente a su exclusión⁸⁰⁴.

Antes de pasar a analizar los pronunciamientos jurisprudenciales, vamos a exponer someramente las posturas doctrinales⁸⁰⁵ más relevantes actualmente.

Al respecto señala HINOJOSA SEGOVIA que “es preciso manifestar que cuando el acto es ilícito esa ilicitud se trasmite a todos los demás actos que de aquella original diligencia esencialmente viciada se deriven. Lo que no significa que, siendo nula y procesalmente inexistente la diligencia de entrada y registro, el delito no pueda ser probado por otros medios, siempre y cuando, claro es, no se deriven directa o indirectamente de aquélla. Esto es, la prueba ilegítimamente obtenida puede no viciar a la restante obrante en la causa si es posible la desconexión causal de unas y otras pruebas, con lo que el problema es el de fijar si obran en la causa pruebas calificables como tales y obtenidas en forma procesalmente regular”. Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal...*cit., págs. 172 y 173.

En el mismo sentido Vid. GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.: *El proceso penal español y la prueba ilícita...*cit., pág. 200: “el tenor legal extiende, en consecuencia, la prohibición no sólo a los medios de prueba cuya fuente directa de prueba ha sido ilícita (por ejemplo, la obtención de los bienes sustraídos en un registro domiciliario que no respetó las garantías constitucionales), sino también para las pruebas practicadas en principio por medios lícitos, pero a consecuencia de hechos acreditados a partir de pruebas con fuente vulneradora de los derechos fundamentales (por ejemplo, la confesión obtenida de quien apareció como autor del robo después del registro ilegal). Es la introducción en el derecho español de la doctrina del fruto del árbol envenenado (fruit of the poisoned tree doctrine) del derecho estadounidense, por el cual la licitud afecta tanto a la prueba directa como a la indirecta o refleja”.

Vid. también MARCOS GONZÁLEZ, M.: *Doctrina constitucional sobre la prueba ilícita: discrepancias interpretativas*, La Ley Penal, nº 88, Sección Estudios, diciembre 2011, pág. 1; JIMÉNEZ SEGADO, C.: *La prueba ilícita y las reglas de “desconexión” de sus efectos*, La Ley Penal, nº 58, Sección Estudios, marzo 2009, pág. 1; AROZAMENA LASO, C.: *Consideraciones generales sobre la prueba ilícita...*cit., pág. 14.

Siguiendo esta línea Vid. ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M.: *La prueba ilícita penal. Decadencia y extinción...*cit., pág. 16: “es la introducción en el derecho español de la doctrina del fruto del árbol envenenado del derecho estadounidense, por el cual la licitud afecta tanto a la prueba directa como a la indirecta o refleja”; MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal...*cit., pág. 388.

⁸⁰⁴ Aclara DE URBANO CASTRILLO que habría que distinguir entre las “clamorosas y flagrantes” causas de nulidad, lo cual obliga a una decisión fulminante de expulsión del proceso, y aquellas más dudosas, en cuyo caso no sería conveniente tal respuesta, sino que cabría valorar la ilicitud posteriormente, tras el juicio oral. Vid. DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M.A.: *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial...*cit., pág. 58.

Una parte de la doctrina, entre la que se encuentra BARJA DE QUIROGA⁸⁰⁶, considera que existe un derecho al proceso debido en virtud de lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución, por lo que toda prueba que transgreda la legislación vulnera este derecho constitucional, y, por tanto, sería ilícita.

Otra postura doctrinal entiende que la solución se encuentra en que la obtención de la prueba haya producido afectación de derechos constitucionales concretos, ya que no admite la existencia de un derecho fundamental al proceso debido, sino que este se protege mediante el reconocimiento de otros derechos fundamentales concretos⁸⁰⁷. En consecuencia, sólo podrá declararse inadmisibles una prueba en la medida en que se acredite la vulneración de un derecho constitucional determinado.

A este respecto la profesora ARMENTA DEU aclara que *“teóricamente cabe distinguir, dentro del terreno de los derechos fundamentales, entre aquellos que son de naturaleza o ámbito procesal, y aquellos otros que no: los derechos fundamentales procesales son aquellos susceptibles de ser reconducidos al artículo 24 CE, y no lo son los demás (por ejemplo, el derecho al secreto de las comunicaciones o a la inviolabilidad del domicilio). La*

⁸⁰⁵ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal...cit.*, págs. 1551 y ss.; DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M.A.: *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial...cit.*, págs. 65 y ss.

⁸⁰⁶ Considera este autor que *“además, también ha de señalarse que la Constitución otorga el rango de fundamental al derecho a un proceso «con todas las garantías», y este no lo sería si se permitiese a las partes acusadoras la introducción de pruebas que se obtuvieron ilícitamente. Entendemos, por ello que la no admisibilidad ni apreciabilidad en el proceso de una prueba ilícitamente obtenida, se encuentra protegida por el carácter de derecho fundamental que tiene el proceso y su forma de configurarlo el artículo 24 de la Constitución”*. Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal...cit.*, pág. 1536.

⁸⁰⁷ Señala HINOJOSA SEGOVIA al respecto que *“la prueba obtenida por medio de un registro realizado con violación del artículo 18.2 CE es radicalmente nula y, por tanto, ni puede valer como elemento de cargo apto para destruir la presunción de inocencia, ni los efectos o instrumentos del delito que se encontraren y recogieran tendrán virtualidad probatoria. O más concretamente, la entrada y/o el registro serán nulos, por ilegítimos, si no existe consentimiento del titular, ni resolución judicial que lo autorice, ni el delito fuera flagrante, o cuando -de acuerdo con la STC 22/1984, de 17 de febrero 537- no obedeciera a alguna de las hipótesis que generan causa de justificación, como puede ocurrir con el estado de necesidad, o a aquellos otros casos en que la medida se encuentre expresamente establecida en una ley”*.

*jurisprudencia constitucional distingue en función de que el derecho fundamental lesionado sea o no de contenido procesal: a juicio del Tribunal Constitucional según esta corriente, provocan ilicitud de la prueba las lesiones de derechos fundamentales que no sean de ámbito procesal es decir, la infracción del artículo 24 CE en la obtención de pruebas no comportaría la ilicitud probatoria en sentido estricto, sino tan solo una infracción procesal que determinaría la nulidad de las actuaciones, debido a la potencial producción de indefensión”.*⁸⁰⁸

Finalmente apuntar que quien debe controlar si existe conexión entre la prueba ilícita y la refleja son los tribunales ordinarios; el Tribunal Constitucional únicamente debe comprobar la razonabilidad de este control⁸⁰⁹. Si la jurisdicción ordinaria no se ha pronunciado sobre la posible conexión, como regla general, el Tribunal Constitucional se limita a declarar la vulneración del derecho y anular la sentencia, retrotrayendo las actuaciones para que sean los órganos judiciales los que resuelvan sobre la existencia de la posible conexión de antijuridicidad, salvo aquellos supuestos en que por la claridad de los datos aportados en el proceso de amparo y de los que constan en las resoluciones judiciales, puede el Tribunal Constitucional ejercer directamente el control sin necesidad de reenvío⁸¹⁰.

Respecto a cuándo debe ponerse de manifiesto tal ilicitud, podemos distinguir un antes y un después a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000⁸¹¹.

Antes de dicha ley se recurría a diversos instrumentos creados para otros fines que la práctica reveló insuficientes.

⁸⁰⁸ Vid. ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita (un estudio comparado)*...cit., pág. 48.

⁸⁰⁹ Vid. JIMÉNEZ SEGADO, C.: *La prueba ilícita y las reglas de “desconexión” de sus efectos*...cit., pág. 8; DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M.A.: *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial*...cit., pág. 55.

⁸¹⁰ Vid. SSTC 139/1999, de 22 de julio, 149/2001, de 27 de junio, 12/2002, de 28 de enero, 261/2005, de 24 de octubre, 26/2006, de 30 de enero y 70/2007, de 16 de abril.

⁸¹¹ Vid. ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita (un estudio comparado)*...cit., pág. 118; DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M.A.: *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial*...cit., pág. 57.

Tras la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria a todos los ordenamientos, incluida a la LECRim.⁸¹², se introdujo un artículo específico, el 287, con el cual se llenaba el hueco del artículo 11 de la LOPJ al establecer cómo se denuncia la ilicitud: ésta se alegará tan pronto como se tenga conocimiento de ella⁸¹³, esto es, al inicio del proceso o posteriormente; y será objeto de resolución previa audiencia de las partes⁸¹⁴.

6.4.1. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La doctrina sentada anteriormente a la aprobación del mencionado artículo 11.1 de la LOPJ por la STC 114/1984, de 29 de noviembre, ha sido reiterada tras este precepto por las SSTC 107/1985, de 7 de octubre, 64/1986, de 21 de mayo⁸¹⁵, 109/1986, de 24 de septiembre, 44/1987, de 9 de abril.

Respecto a la violación indirecta de un derecho fundamental, el Tribunal Constitucional no ha seguido una línea uniforme⁸¹⁶ en el desarrollo de la

⁸¹² Artículo 4 LEC.

⁸¹³ Vid. MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional III...*cit., pág. 317. Apunta este autor que es una cuestión compleja.

⁸¹⁴ No obstante, esta cuestión es difícil porque es habitual que se tenga conocimiento de la ilicitud con posterioridad a la incorporación de la prueba al proceso e incluso con posterioridad a la práctica o conocimiento de ésta por el tribunal. Vid. ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M.: *La prueba ilícita penal. Decadencia y extinción...*cit., pág. 11.

⁸¹⁵ Dice el Tribunal Constitucional: “*la tacha que puede oponerse a las pruebas, es la vulneración de derechos fundamentales que se cometa al obtener tales pruebas, pero no la que se produzca en el momento de su admisión en el proceso o de su práctica en él, pues, respecto de estos últimos momentos, los problemas que se pueden plantear se reconducen a la regla de la interdicción de indefensión*”.

⁸¹⁶ En la doctrina del Tribunal Constitucional podemos observar distintas etapas en este tema: en un primer momento habló de la conexión causal (SSTC 85/1994, 86/1995, 181/1995 y 49/1996); posteriormente ya sentó la teoría de la conexión antijurídica; y, finalmente, dentro de esta ha habido diversos matices. Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal...*cit., pág. 1561; ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita (un estudio comparado)*...cit., pág. 101.

llamada teoría de la conexión de antijuridicidad⁸¹⁷, que, como hemos apuntado, trae causa de la doctrina de los frutos del árbol envenenado.

En un primer momento, la doctrina del fruto del árbol envenenado fue acogida también por el Tribunal Constitucional siempre que existiera conexión causal entre ambos resultados probatorios⁸¹⁸, en las SSTC 85/94, de 14 de marzo⁸¹⁹, 86/95, de 6 de junio⁸²⁰, 181/95, de 11 de diciembre, 54/96, de 26 de

⁸¹⁷ BARJA DE QUIROGA considera que esta doctrina es *“una trampa, pues, no se utiliza para defender el contenido esencial de un derecho fundamental, sino, precisamente, para todo lo contrario, esto es, para restringir los efectos de la violación de un derecho fundamental”*. Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal...cit.*, pág. 1560.

⁸¹⁸ Vid. ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M.: *La prueba ilícita penal. Decadencia y extinción...cit.*, pág. 31.

⁸¹⁹ El Tribunal Constitucional aplica la doctrina de los frutos del árbol envenenado señalando: *“ya que la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental no sólo deriva directamente de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I CE, y de la necesidad de no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos, sino ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 11.1 LOPJ (...) Cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. De este modo la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos”*.

ALCAIDE GONZÁLEZ considera que esta sentencia constituyó un exponente de una doctrina proteccionista y de expansión de la originaria prueba ilícita. Vid. ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M.: *La prueba ilícita penal. Decadencia y extinción...cit.*, pág. 40.

⁸²⁰ Nos parece interesante remarcar lo que dice el Tribunal Constitucional respecto a la “fuente independiente”: *“en supuestos excepcionales hemos admitido que, pese a que las pruebas de cargo se hallaban naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, eran jurídicamente independientes de él, y, en consecuencia, las reconocimos como válidas y aptas, por tanto, para enervar la presunción de inocencia. (...) Según se ha dicho, tales pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas. Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la ratio de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho”*.

Para ALCAIDE GONZÁLEZ esta sentencia supone una regresión a la línea garantista seguida por el Tribunal Constitucional en las sentencias anteriores, al adoptar límites y excepciones a la prueba ilícita, con un marcado origen de inspiración doctrinal estadounidense, y entiende que

marzo. Respecto al registro domiciliario encontramos la STC 126/95, de 25 de julio, donde señala: *“en el supuesto que se somete a nuestra consideración, la nulidad del registro y de sus inmediatas y directas consecuencias nos lleva a constatar la falta de material probatorio suficiente para la enervación de la presunción de inocencia de la recurrente. En efecto, resulta patente, a partir de la lectura de las actuaciones, que tanto la acusación como el relato de hechos probados de la sentencia condenatoria se sustentan expresamente sobre la ocupación de droga en el registro que ahora declaramos ilícito. Procede reconocer, en definitiva, a la vista del vacío probatorio resultante, que también se ha producido la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia”*.

Posteriormente el tribunal empezó a utilizar el término de conexión de antijuridicidad; la primera vez que lo hace es en la STC 81/1998, de 2 de abril, en la que hace las siguientes consideraciones: *“pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas. Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la ratio de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones.*

Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar, en primer término, la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de considerar, desde

se está aplicando la doctrina de la fuente independiente. Vid. ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M.: *La prueba ilícita penal. Decadencia y extinción...cit.*, págs. 40 y ss.

una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo”.

De acuerdo con lo expuesto, esta teoría exige un doble análisis: 1) un análisis desde una perspectiva interna, es decir, el examen del derecho fundamental vulnerado y su resultado de enlace con otra prueba; 2) un análisis desde una perspectiva externa, que consiste en examinar si el derecho vulnerado requiere una mayor o menor amplitud de tutela para su efectividad⁸²¹.

⁸²¹ Esto es criticado por BARJA DE QUIROGA quien, en contra, esgrime los siguientes argumentos: en primer lugar señala que se opone el derecho a la prueba para la averiguación de la verdad al derecho al respeto de los derechos fundamentales del acusado, pero remarca que este derecho a la prueba formulado de manera absoluta no existe, sino que lo que existe es el derecho a la prueba legalmente obtenida: *“tanto la acusación como la defensa tienen derecho a utilizar los medios de prueba necesarios, pero siempre que se trate de medios de prueba legalmente obtenidos. Por ello, correlativamente, el acusado tiene derecho al debido proceso, que implica que las pruebas presentadas sean, o sido, obtenidas legalmente”.*

Además, continua diciendo que se ponderan intereses heterogéneos, por lo que el resultado no puede ser correcto: *“el derecho a la prueba esgrimido por la acusación es un derecho de legalidad ordinaria (no un derecho fundamental); por el contrario el derecho a la prueba para su defensa alegado por parte del acusado es un derecho fundamental amparado por el artículo 24.2 CE. Un derecho fundamental no puede ser limitado por un derecho ordinario (no fundamental), por lo que el derecho a un juicio justo no puede ser limitado por el derecho a la prueba que pueda esgrimir la acusación”.*

Concluye que, de acuerdo con los motivos expuestos, existe una clara desproporción entre el fin perseguido de utilización de una prueba y los medios utilizados (la violación de un derecho fundamental) para conseguirlo, lo que supone un sacrificio excesivo y abusivo de los derechos constitucionalmente protegidos. *Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: Tratado de Derecho Procesal Penal...cit., págs. 1562-1563.*

En el mismo sentido se pronuncia MARCOS GONZÁLEZ: *“el uso expansivo de estas tesis de aprovechamiento reflejo de la prueba ilícita, que neutralizan el efecto expansivo de la prohibición de valoración de las pruebas inconstitucionalmente obtenidas, podría alentar a una utilización de los procedimientos inconstitucionales puesto que indirectamente producirían efecto. Sobre este riesgo ya se ha pronunciado la STS de 26 noviembre de 2003, advirtiendo*

que, con independencia de la utilidad de estas tesis en supuestos concretos, “ha de evitarse que esta fórmula se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido efectivo la disposición legal expresa prevenida en el artículo 11.1 de la LOPJ , y nos retrotraiga en esta materia a criterios probatorios felizmente superados con la entrada en vigor de la Constitución (STC 114/1984) y desechados en el ámbito de la legalidad ordinaria desde la aprobación de la LOPJ de 1985”. Y la misma STS ha puesto de manifiesto la necesidad de encontrar una postura conciliatoria entre la eficacia refleja admitida por la jurisprudencia y lo establecido en el artículo 11.1 de la LOPJ que consiste en la defensa del carácter general de la regla contenida en el precepto citado y el carácter excepcional de los supuestos de desconexión jurídica. Y ha concluido de forma rotunda que “en consecuencia son erróneas las interpretaciones de la doctrina de la “conexión de antijuridicidad” que la interpretan en el sentido de convertir la excepción en regla. La regla general, en los supuestos de pruebas derivadas de una infracción constitucional, sigue siendo la prohibición de valoración”. Precisamente para respetar el carácter general de la exclusión de las pruebas derivadas de la ilícita y, a la vez, evitar la incentivación de infracciones del derecho constitucional a la inviolabilidad domiciliaria, la citada STS de 26 de noviembre de 2003, siguiendo la doctrina constitucional, “gradúa las exigencias de tutela en función de la gravedad de la infracción del derecho constitucional, distinguiendo entre injerencias policiales llevadas a cabo sin autorización judicial, o acordadas por resolución absolutamente inmotivada, en las que la necesidad de tutela del derecho es máxima, y aquellas otras en que el vicio constitucional deriva simplemente de que la expresión de los fundamentos justificativos en la autorización judicial ha sido declarada insuficiente, lo que nos sitúa en el ámbito del error, frente al que las necesidades de disuasión no pueden reputarse indispensables desde la perspectiva de la tutela del derecho fundamental”. Vid. MARCOS GONZÁLEZ, M.: *Doctrina constitucional sobre la prueba ilícita: discrepancias interpretativas...*cit., pág. 7.

Señala esta crítica también JIMÉNEZ SEGADO: “de este modo, lo que subyace en el fondo de esta teoría es la necesidad de evitar una eventual e inquietante “alarma social” derivada de la actuación de los tribunales, a pesar de que lo que debería resultar alarmante es la obtención de pruebas inculpativas con vulneración de derechos. Esta teoría amortiguadora choca, por otra parte, y frontalmente, con el poderoso arrastre anulatorio que se sigue de la literalidad del artículo 11.1 LOPJ, de ahí que una corriente minoritaria en la jurisprudencia y algún sector doctrinal subraye las dudas de legalidad que plantea tal interpretación limitativa de los efectos de la prueba ilícita sobre la refleja cuando la conexión natural existe, pero se exige además una conexión normativa para que prospere la tacha de nulidad de la prueba indirecta”. Remarca este autor, además, que hay sentencias del Tribunal Supremo que advierten del riesgo que entraña esta teoría, como la STS de 22 de enero de 2003: “con independencia de su utilidad en supuestos concretos, ha de evitarse que esta fórmula se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido efectivo la disposición legal expresa prevenida en el artículo 11.1 LOPJ, y nos retrotraiga en esta materia a criterios probatorios ya superados con la aprobación de la LOPJ de 1985”. O el voto particular de la STS de 29 de septiembre de 2008: “vigente el artículo 11.1 LOPJ, cuando se excluye su aplicación mediante interpretaciones tan forzadas como la que se expresa en la llamada teoría de la conexión de antijuridicidad, por la sola razón pragmática de evitar situaciones concretas de impunidad, se pierde de vista que, al mismo tiempo, se otorga un marchamo de regularidad constitucional y legal a actuaciones policiales y judiciales de escasa o ninguna profesionalidad, que objetivamente no lo merecen. Lo que equivale a estimular su reiteración y a difundir por vía jurisprudencial un mensaje demoledor en el plano de la cultura de jueces y policías: que puede valer igual lo mal hecho que lo realizado con rigurosa observancia de las normas dadas en garantía de los derechos

Por tanto, primero tendremos que examinar la conexión natural, esto es, la vinculación entre ambas pruebas⁸²², para ver si la segunda prueba no es derivada de la primera, sino que es una prueba independiente.

Para afirmar esta independencia se manejan dos teorías⁸²³, del descubrimiento inevitable⁸²⁴ y de la fuente independiente⁸²⁵, que requieren una

fundamentales". Vid. JIMÉNEZ SEGADO, C.: *La prueba ilícita y las reglas de "desconexión" de sus efectos...*cit., pág. 3.

Por su parte, ARMENTA DEU señala que ha habido numerosas críticas doctrinales, denunciando las consecuencias de su aplicación: "1) *la práctica erradicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado, y desde esta perspectiva, la pérdida de visión de la naturaleza procesal de la garantía constitucional*; 2) *la insuficiencia del argumento conforme al cual los derechos fundamentales no son absolutos, lo que permite excepcionar la garantía de exclusión*; 3) *la dudosa independencia del medio de prueba respecto de la lesión del derecho fundamental lesionado*; 4) *la insuficiencia de la verdad como criterio restrictivo de los derechos fundamentales*; y 5) *la indeseable restricción del ámbito enjuiciador del propio Tribunal Constitucional sobre los derechos fundamentales en lo relativo a la presunción de inocencia y la inadmisión de prueba ilícita*". Vid. ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita (un estudio comparado)*...cit., pág. 105.

ALCAIDE GONZÁLEZ apunta que desde un primer momento la STC 81/1998, de 2 de abril, ha sido polémica y muy discutida por diversos autores, entre otros, Martínez García, Gómez Colomer o González Cussac. Vid. ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M.: *La prueba ilícita penal. Decadencia y extinción...*cit., pág. 97.

⁸²² Nos parece interesante citar aquí lo dicho por el Tribunal Constitucional en su sentencia 81/1998, de 2 de abril, analizada: "*el conocimiento derivado de la injerencia en el derecho fundamental contraria a la Constitución no fue indispensable ni determinante por sí solo de la ocupación droga o, lo que es lo mismo, que esa ocupación se hubiera obtenido, también, razonablemente, sin la vulneración del derecho. Esa afirmación que, desde la perspectiva jurídica que ahora estamos considerando, rompe, según la apreciación del Tribunal Supremo, el nexo la prueba originaria y la derivada, no es, en sí misma un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada*".

⁸²³ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal...*cit., pág. 1597.

⁸²⁴ El origen de esta teoría hemos de buscarlo en la jurisprudencia de EEUU (caso Brewer vs. Williams, 1977, US vs. Ceccolini, 1978 y Nix vs. Williams, 1984), donde se tasan tres límites a esta evitabilidad: la mala fe, la ausencia de efecto disuasorio y el lapso de tiempo transcurrido entre la ilicitud y el descubrimiento. Esta doctrina trata de considerar si la prueba encontrada como consecuencia de una ilicitud previa habría sido descubierta inevitablemente, de cualquier forma, por un método legal; esto es, el sistema no se prevale de una situación irregular, porque inevitablemente y por medios regulares ya había cauces en marcha que hubieran desembocado en prueba de lo descubierto, inicialmente, en vía irregular. Vid. ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M.: *La prueba ilícita penal. Decadencia y extinción...*cit., pág. 51; VELASCO NÚÑEZ, E.: *Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del "fruto del árbol envenenado": correcciones actuales y tendencias de futuro...*cit., pág. 463.

base probatoria. Lo que hay que acreditar en la primera es que la prueba se hubiera obtenido de forma legal debido a las actuaciones e investigaciones que se han llevado a cabo para la obtención legal de dicha prueba.

La doctrina del descubrimiento inevitable proviene del Tribunal Supremo⁸²⁶, y requiere que inevitablemente y por otros métodos regulares, ya haya cauces en marcha desembocado, de todos modos, en ese descubrimiento, de manera que las pruebas obtenidas resultan lejanamente relacionadas con las que se obtuvieron con vulneración de un derecho constitucional⁸²⁷.

La teoría de la fuente independiente⁸²⁸ requiere demostrar que existe una fuente independiente que permite llegar a esa prueba de una manera lícita. Lo que se ha de verificar es, que a pesar de que en su origen ha podido incidir la fuente contaminante, han sido otros medios lícitos los que han hecho posible

⁸²⁵ La excepción de la prueba independiente tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana, y en concreto en el caso Wong Sun de 1963. *Vid.* ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M.: *La prueba ilícita penal. Decadencia y extinción...*cit., pág. 46; VELASCO NÚÑEZ, E.: *Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del "fruto del árbol envenenado": correcciones actuales y tendencias de futuro...*cit., pág. 460.

⁸²⁶ *Vid.* SSTS de 5 de junio de 1995, de 18 de abril y 26 de mayo de 1997.

⁸²⁷ ALCAIDE GONZÁLEZ critica esta teoría por considerar que no se sabe siempre si el descubrimiento ha sido evitable o no, y apunta que su mayor inconsistencia reside en que en función del caso el descubrimiento inevitable puede basarse en meras hipótesis, suposiciones y conjeturas, y no en hechos claramente probados. *Vid.* ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M.: *La prueba ilícita penal. Decadencia y extinción...*cit., pág. 54.

⁸²⁸ Esta doctrina, en similares condiciones que en la jurisprudencia de EEUU, constituye uno de los límites de la eficacia de la prueba refleja. *Vid.* ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M.: *La prueba ilícita penal. Decadencia y extinción...*cit., pág. 45.

Fue recogida por primera vez en la STC 86/1995, de 6 de junio, en un caso en que los demandantes de amparo habían sido condenados como autores de un delito contra la salud pública con base a intervenciones telefónicas practicadas sin mandamiento judicial. El Tribunal Constitucional, a pesar de reconocer que se había vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones, desestimó el amparo por entender que había prueba de cargo suficiente no vinculada a la intervención telefónica, consistente en una confesión.

Esta doctrina fue confirmada por la STC 54/1996, de 26 de marzo, y es seguida por el Tribunal Supremo. *Vid.* ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M.: *La prueba ilícita penal. Decadencia y extinción...*cit., pág. 47.

obtener las pruebas, por lo que la diligencia nula no es su fuente exclusiva, sino que hay otra independiente⁸²⁹.

Según esta doctrina, la prueba independiente sí permite valorar lo hechos y si es de cargo, es suficiente para destruir la presunción de inocencia. En consecuencia, todo el proceso no queda contaminado, no se produce la nulidad radical de la sentencia, sino que sólo está contaminada la prueba legal y las demás son valoradas como corresponda⁸³⁰.

En ambos casos hay que comprobar que la prueba se ha obtenido por otra vía lícita, totalmente apartada de la vulneración del derecho que provoca la nulidad de la prueba originaria.

A continuación habrá que ver cuál es el interés preponderante, ya que existe una encrucijada de intereses: el interés público del descubrimiento de la verdad para castigar al culpable y el interés de la efectividad, protección y defensa de los derechos fundamentales. La perspectiva externa exige que se analice si la efectividad del derecho fundamental provoca que se declare la nulidad de la prueba⁸³¹.

⁸²⁹ Vid. MARCOS GONZÁLEZ, M.: *Doctrina constitucional sobre la prueba ilícita: discrepancias interpretativas...*cit., pág. 3.

⁸³⁰ Vid. ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M.: *La prueba ilícita penal. Decadencia y extinción...*cit., págs. 46 y 48. Señala este autor que “nos encontraremos con algunos frutos envenenados, pero subsistirán otros sanos no contaminados. Considera que esta teoría es “muy débil e inconsistente, porque no siempre se sabe si la prueba lícita segunda se ha obtenido de forma totalmente independiente respecto a la primera”.

⁸³¹ La precitada sentencia señala a este respecto: “la conexión de antijuridicidad, que hemos negado desde la perspectiva de la índole y resultado de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, podría resultar afirmada a partir del examen de las necesidades esenciales de tutela del mismo. Para resolver esa cuestión, ha de valorarse en primer término que en ningún momento consta en los hechos probados ni puede inferirse de ellos que la actuación de los órganos encargados de la investigación penal se hallase encaminada a vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones. La inconstitucionalidad sobreviene por la falta de expresión de datos objetivos que, más allá de las simples sospechas a las que hace referencia la solicitud policial, y pese a su calificación como indicios en el Auto del juez, se estimaron necesarios por el Tribunal Supremo para que la medida pudiera adoptarse respetando las exigencias constitucionales. Pero, lo cierto es que esa doctrina, sin duda respetuosa del derecho fundamental, no es acogida de modo unánime por los jueces y tribunales. Ese dato excluye tanto la intencionalidad como la negligencia grave y nos sitúa en el ámbito del error, frente al que las necesidades de disuasión no pueden reputarse

Esta postura ha sido reiterada, entre otras, por las SSTC 94/1999⁸³², de 31 de mayo, 139/1999, de 22 de julio⁸³³, 171/1999, de 27 de septiembre⁸³⁴,

indispensables desde la perspectiva de la tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Tampoco la entidad objetiva de la vulneración cometida hace pensar que la exclusión del conocimiento obtenido mediante la intervención de las comunicaciones resulte necesaria para la efectividad del derecho, pues no estamos ante una injerencia llevada a cabo sin intervención judicial, ni nos hallamos ante una intervención acordada por resolución inmotivada (como ocurría en los casos enjuiciados en las SSTC 85/1994 (RTC 1994, 85) y 181/1995 (RTC 1995, 181) que, al no contener motivación de ninguna especie, ni ofrecen precisiones que permitan efectuar, siquiera sea a posteriori, el necesario juicio de proporcionalidad, ni expresan en modo alguno la indispensable valoración del Juez respecto de la injerencia en el derecho fundamental.

En el caso que nos ocupa, la justificación aducida por la Policía Judicial y acogida explícitamente por el juez determina el posible delito, cuya gravedad está fuera de toda duda, y expresa, junto a esa precisión imprescindible, algunos de los presupuestos de la intervención de las comunicaciones, por más que, en este punto concreto, esto es, en orden a la expresión de los fundamentos justificativos, haya sido declarada insuficiente.

De todo ello se desprende que, en este caso, la necesidad de tutela inherente al derecho al secreto de las comunicaciones quedó satisfecha con la prohibición de valoración de la prueba directamente constitutiva de la lesión, que ya hizo efectiva el Tribunal Supremo en su sentencia de casación, sin que resulte procedente extender dicha prohibición a las pruebas derivadas”.

Señala ALCAIDE GONZÁLEZ que con esta sentencia el Tribunal Constitucional reconoce que los derechos fundamentales sustantivos, al ser elementos esenciales del ordenamiento jurídico de la comunidad constituida en un Estado de Derecho, adquieren una dimensión procedimental, pues son reglas básicas del procedimiento. Así, “*la razón de ser y esencia de la garantía procesal se encuentra con el hecho de estar vinculada al derecho fundamental sustantivo*”. Vid. ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M.: *La prueba ilícita penal. Decadencia y extinción...cit.*, pág. 99.

⁸³² De acuerdo con esta sentencia “*la lesión del artículo 18.2 de la CE apreciada en el caso (por falta de cobertura judicial) tiene como efecto añadido la prohibición, derivada de la Constitución, de admitir como prueba en el juicio oral y de dar valor al hallazgo de la droga. Tal hallazgo no puede acceder al juicio oral y utilizarse como argumento para justificar la pretensión de condena, ni a través del acta en que se documentó la diligencia sumarial de investigación ni tampoco por medio de la declaración testifical de quienes protagonizaron o participaron en la ejecución del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria, ya sean los agentes policiales que la llevaron a término o las personas que, ex artículo 569 LECrim., asistieron como testigos a la práctica del registro.*

Dijimos ya en nuestra STC 491/1999 que la ratio de esta exigencia constitucional de exclusión probatoria se encuentra en la posición preferente de los derechos fundamentales, en su condición de inviolables y en la necesidad de no confirmar sus contravenciones, reconociéndoles eficacia alguna. Recogiendo esta doctrina, la STC 81/1998 resaltó que la valoración procesal de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (artículo 24.2 de la Constitución) y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de proceso justo (TEDH, caso Schenk contra Suiza, sentencia de 12 de julio de 1988), debe

considerarse prohibida por la Constitución. En este mismo sentido, la STC 491/1999 concluye el razonamiento señalando que es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que, en ocasiones, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados, cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos, añadiendo que parece claro que esa necesidad de tutela es mayor cuando el registro ilícito y registro irregular como medio probatorio utilizado vulnera directamente el derecho fundamental que cuando se trata de pruebas lícitas en sí mismas, aunque derivadas del conocimiento adquirido de otra ilícita. Y además, que utilizar dichas pruebas en un proceso penal contra quienes fueron víctimas de la vulneración del derecho fundamental ha de estimarse, en principio, contrario a su derecho a un proceso justo.

De modo que, cuando el medio probatorio utilizado constituye una materialización directa de la vulneración del derecho y pretende aducirse en un proceso penal frente a quien fue víctima de tal vulneración pueden ya, por regla general, afirmarse en abstracto -esto es, con independencia de las circunstancias del caso- tanto la necesidad de tutela por medio de la prohibición de valoración (sin la cual la preeminencia del derecho fundamental no quedaría debidamente restablecida) como que la efectividad de dicha prohibición resulta indispensable para que el proceso no quede desequilibrado en contra del reo a causa de la limitación de sus derechos fundamentales.

Sin embargo, en el caso de las pruebas derivadas de otras ilícitas, esto es, cuando se trata de determinar la validez constitucional de pruebas que, siendo lícitas por sí mismas, pueden resultar contrarias a la Constitución, por haber sido adquiridas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneraron directamente un derecho fundamental, hemos de establecer si entre unas y otras existe lo que en la STC 81/1998 denominamos conexión de antijuridicidad. Pues bien, hicimos depender la existencia o inexistencia de dicha conexión, desde una primera perspectiva interna, de la índole y características de la vulneración, así como de su resultado, condicionándola, por regla general, a lo que determinase un juicio de experiencia, a llevar a cabo, en principio, por los jueces y tribunales ordinarios, acerca de si el conocimiento derivado hubiera podido adquirirse normalmente por medios independientes de la vulneración. Pero, también conectamos, en la citada STC 81/1998, la afirmación o negación de la conexión de antijuridicidad a una perspectiva complementaria, que pudiéramos llamar externa, la de las necesidades de tutela del derecho fundamental, que cabía inferir de la índole del derecho vulnerado, de la entidad de la vulneración y de la existencia o inexistencia de dolo o culpa grave, entre otros factores”.

⁸³³ Se trataba de un registro domiciliario ilícito por falta de motivación de la resolución judicial habilitante. En ella el Tribunal Constitucional distingue entre las pruebas que de hecho están indisolublemente unidas con la prueba primariamente viciada (en cuyo caso se hallan los efectos ocupados en la diligencia de entrada y registro -la pistola y la droga-, la declaración testifical de los agentes de la policía que efectuaron el registro y las de los testigos presenciales) y las pruebas en las que esa indisoluble conexión fáctica no se da (la declaración del recurrente en el juicio y las de los coimputados), independientemente de que pueda establecerse también respecto a éstas la conexión de antijuridicidad.

⁸³⁴ En este supuesto el Tribunal Constitucional entendió al analizar el aspecto externo que el efecto de no valoración de las primeras pruebas obtenidas ilegalmente no alcanzaban a las segundas, considerando suficientemente protegido el derecho mediante la declaración de ilegalidad y consiguiente inapreciabilidad de las primeras pruebas: *“resulta palmario que tampoco las necesidades de tutela del derecho al secreto las comunicaciones obligan a declarar la prohibición de valoración pruebas reflejas. Pues, de un lado, ha de excluirse tanto la intencionalidad como la negligencia grave en la actuación pública en la intervención telefónica,*

8/2000, de 17 de enero⁸³⁵, 136/2000, de 29 de mayo, 149/2001, de 27 de junio y 66/2009, de 9 de marzo. Esta última sentencia declaró válidos los resultados probatorios de un registro domiciliario pese a la nulidad de las previas intervenciones telefónicas, confirmando el pronunciamiento del Tribunal Supremo, y resume la teoría de la conexión de antijuridicidad: *“en relación con la alegación de lesión del derecho al proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, por la condena en virtud de pruebas (diligencia de entrada y registro, declaraciones de coacusados, propia declaración sumarial, etc.) que deberían haber sido “arrastradas” por la nulidad de las intervenciones telefónicas apreciada por el Tribunal Supremo en los fundamentos de su sentencia de casación, -se dice en el fundamento de derecho cuarto- la cuestión, como apunta el Ministerio Fiscal, enlaza directamente con la conexión de antijuridicidad entre las pruebas ilícitas y las reflejas, y su alcance. Sobre el citado extremo ha tenido ocasión de pronunciarse este tribunal. En STC 28/2002, de 11 de febrero, FJ 4, dijimos que “desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, hemos sostenido que, aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional, tal valoración implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (artículo 24.2 CE) y una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en*

por lo que debemos situarnos en el ámbito del error, “frente al que las necesidades de disuasión no pueden reputarse indispensables desde la perspectiva de la tutela del derecho fundamental al secreto comunicaciones”. Y, de otro, tampoco la entidad objetiva de la vulneración cometida “hace pensar que la exclusión del conocimiento obtenido mediante la intervención de las comunicaciones resulte necesaria para la efectividad del derecho”, pues se trata de una injerencia llevada a cabo con una resolución judicial insuficientemente motivada, pero no carente de todo ella. Por tanto, al igual que se declaró en la STC 81/1998 (RTC 1998, fundamento jurídico 6) “en este caso, la necesidad de tutela inherente derecho al secreto de las comunicaciones quedó satisfecha con la de valoración de la prueba directamente constitutiva de la lesión”.

⁸³⁵ Señala el Tribunal Constitucional en esta sentencia que el derecho a la inviolabilidad del domicilio es de los que definen el estatuto procesal básico de la persona su más propio entorno jurídico, al proteger de forma instrumental su vida privada, sin cuya vigencia efectiva podría, también, vaciarse de contenido el sistema entero de los derechos fundamentales.

definitiva, con la idea de 'proceso justo', debe considerarse prohibida por la Constitución (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 5 y, entre las más recientes, SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 2; 69/2001, de 17 de marzo, FJ 26). Tal prohibición atañe no sólo a los resultados directos de la intervención, sino que se extiende a 'cualquier otra prueba derivada de la observación telefónica, siempre que exista una conexión causal entre ambos resultados probatorios' (STC 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3), aunque derive indirectamente de aquélla (SSTC 85/1994, de 14 de marzo, FJ 4; 86/1995, de 6 de junio, FJ 3; 181/1995, de 11 de diciembre, FJ 4; 54/1996, de 26 de marzo, FJ 8)". Junto a esta regla general, en supuestos excepcionales hemos considerado lícita la valoración de pruebas que, aun cuando se encuentren conectadas desde una perspectiva natural con el hecho vulnerador del derecho fundamental, por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, puedan considerarse jurídicamente independientes (SSTC 86/1995, de 6 de junio, FJ 4; 54/1996, de 26 de marzo, FJ 6; 81/1998, de 2 de abril, FJ 4; 151/1998, de 13 de julio, FJ 3; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 4; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 6). La razón fundamental que avala la independencia jurídica de unas pruebas respecto de otras radica en que las pruebas derivadas son, desde su consideración intrínseca, constitucionalmente legítimas, pues ellas no se han obtenido con vulneración de ningún derecho fundamental (STC 184/2003 de 23 de octubre, FJ 2). "Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la ratio de la interdicción de la valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones" (STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 4). En esta última sentencia establecimos también una doble perspectiva de análisis para determinar si existe o no la conexión de antijuridicidad: una perspectiva interna, que atiende a la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones en la prueba

originaria (qué garantías de la injerencia en el derecho se han visto menoscabadas y en qué forma), así como al resultado inmediato de la infracción (el conocimiento adquirido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente), y otra perspectiva externa, que atienda a las necesidades esenciales de tutela de la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones. Concretamente hemos dicho que: “estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los dos aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo” (STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 4; en el mismo sentido, entre otras, SSTC 121/1998, de 15 de junio, FJ 6; 49/1999, de 5 de abril, FJ 14; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 6; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 4; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 4; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 6). Por tanto la valoración en juicio de pruebas que pudieran estar conectadas con otras obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos requiere un análisis a dos niveles: en primer lugar, ha de analizarse si existe o no conexión causal entre ambas pruebas, conexión que constituye el presupuesto para poder hablar de prueba derivada. Sólo si existiera dicha conexión procedería el análisis de la conexión de antijuridicidad (cuya inexistencia legitimaría la posibilidad de valoración de la prueba derivada). De no darse siquiera la conexión causal no sería necesario ni procedente analizar la conexión de antijuridicidad, y ninguna prohibición de valoración en juicio recaería sobre la prueba en cuestión. En definitiva, se considera lícita la valoración de pruebas causalmente conectadas con la vulneración de derechos fundamentales, pero jurídicamente independientes, esto es, las pruebas derivadas o reflejas (por todas SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 4, y 22/2003, de 10 de febrero, FJ 10)”.

Por lo que respecta al conflictivo tema de la confesión del acusado, las SSTC 81/1998, de 2 de abril, 161/1999, de 27 de noviembre, 8/2000, de 17 de

enero, 136/2000, de 29 de mayo, 149/2001, de 27 de junio, 167/2002, de 18 de septiembre, 1198/2004, de 28 de octubre, han considerado que es una prueba jurídicamente independiente esgrimiendo los siguientes motivos.

Vamos a referirnos con mayor profundidad a las dos primeras, ya que traen causa de una diligencia de entrada y registro ilegalmente practicada. En estos supuestos, aunque el tribunal aprecia que existe conexión natural entre la prueba primaria y la derivada, que es la declaración del acusado, entiende que no existe conexión de antijuridicidad.

La STC 161/1999, de 27 de noviembre, señala: *“El reconocimiento de la lesión del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria no tiene en sí mismo consecuencias fácticas, es decir, no permite afirmar que no fue hallada la droga o que la misma no existe, porque no está en los autos. Frente a la alegación de que la confesión del acusado se habría hecho en una situación de error, al creer que se utilizarían contra él las pruebas derivadas del registro que evidenciaban la tenencia de la droga, el tribunal constata que el acusado hizo sus manifestaciones después de haber impugnado el registro de su vivienda, y consciente de que aún podía impugnarlo a través de otros remedios jurídicos (...), por lo que su decisión de admitir la tenencia de la droga fue voluntaria y no el fruto de compulsión alguna. Puede ser tenida por errónea desde el punto de vista de su estrategia defensiva, pero no es un error sobre los hechos que se le imputaban, ni un error inducido por el órgano judicial. El recurrente pudo haber guardado silencio, incluso pudo haber mentido. Fue advertido expresamente en este sentido y, desde luego, había sido previamente asesorado cuando declaró en el acto del juicio oral en presencia de su letrado.*

La primera de las interrogantes ha de ser resuelta en sentido negativo. La declaración de quien inicialmente era sospechoso y luego fue acusado de traficar con drogas no es el resultado de la entrada y registro, pues éste lo constituye el hallazgo de la droga y demás efectos (...). Su declaración admitiendo parcialmente los hechos de la pretensión acusatoria es una prueba jurídicamente independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria.

Esta conclusión se apoya en varias consideraciones:

a) Al acusado, y previamente al imputado, se les reconoce constitucionalmente el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Su declaración, si es en situación de privación de libertad, se lleva a cabo con asistencia letrada, ex artículo 17.3 CE. La misma garantía concurre si se presta en el juicio oral como medio de prueba frente a una pretensión de condena, ex artículo 24.2 CE. Ambas garantías constituyen un eficaz medio de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima y, por ello, el contenido de las declaraciones del acusado, y muy singularmente el de las prestadas en el juicio oral, puede ser valorado siempre como prueba válida, y en el caso de ser de cargo, puede fundamentar la condena.

b) Las garantías frente a la autoincriminación reseñadas permiten afirmar, cuando han sido respetadas, la espontaneidad y voluntariedad de la declaración. Por ello, la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito. A su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado, atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental. Las necesidades de tutela quedan, pues, suficientemente satisfechas con la exclusión probatoria ya declarada.

c) La validez de la confesión, como dijimos en la STC 86/1995, al analizar un supuesto en parte similar al presente, no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención. De lo que se trata es de garantizar que una prueba como es la confesión, que por su propia naturaleza es independiente de cualquier otra circunstancia del proceso ya que su contenido es disponible por el acusado y depende únicamente de su voluntad, no responda a un acto de compulsión, inducción fraudulenta o intimidación”.

Concluye el tribunal afirmando que la declaración del acusado es prueba independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria, y, por ello, constituye prueba válida, por haber sido obtenida con todas las garantías, para fundamentar la condena, por lo que rechaza la alegación de lesión del derecho a la presunción de inocencia.

Por su parte, la precitada STC 8/2000, de 17 de enero, señala: *“las declaraciones del acusado -efectuadas ante el Juez de Instrucción durante el careo con la coimputada- y el ilícito registro, ello no impide reconocer la inexistencia de la conexión de antijuridicidad entre ambos, dado que se efectuaron con todas las garantías y que la libertad de decisión del acusado al prestarlas permite la ruptura jurídica, tanto desde una perspectiva interna como externa, del enlace causal existente entre la confesión y el acto vulnerador del derecho a la inviolabilidad del domicilio.*

La nulidad del registro -por ausencia de motivación de la resolución judicial autorizante- se extiende al hallazgo del arma manipulada y al acta de entrada y registro donde se recogió su resultado. Sin embargo, establecer si el testimonio del coimputado y las contradictorias declaraciones del recurrente se ven o no contaminadas por la ilicitud de aquellas pruebas directas, obtenidas con infracción del artículo 18.2 CE, requiere un examen más detenido.

Sin embargo, no es menos cierto que el coimputado realizó su declaración en la vista oral con todas las garantías, y sin que resulte ahora relevante la posible motivación interna que le haya podido mover a realizarlas inculcando al recurrente en amparo (...). Como también es cierto que no puede negarse el hecho mismo de que el arma existe y fue hallada, a pesar de la ilicitud constitucional del registro, cuya única consecuencia a estos efectos es que no puede traerse a la vista oral como prueba de cargo dicha existencia y hallazgo al ser una prueba obtenida con infracción del artículo 18.2 CE, pero no que deba eludirse el hecho mismo de que ese arma efectivamente se halló y existe.

Este cúmulo de circunstancias conduce derechamente a afirmar que se trata de diligencias convertidas luego en pruebas de cargo independientes y válidas, ya que la voluntariedad de las declaraciones autoinculporias del demandante de amparo, efectuadas con todas las garantías, y su fundamento en hechos no contaminados por la ilicitud constitucional del registro domiciliario que está en el origen del proceso penal en cuestión, han roto la conexión antijurídica que pudiera vincularlas, más allá de lo puramente causal, al mencionado registro y a las pruebas que de él se derivaron», por lo que no ha existido vulneración de la presunción de inocencia.”

En virtud de la doctrina expuesta en estas sentencias, si se produce la confesión voluntaria del acusado con los requisitos establecidos en dichas sentencias (previa información de sus derechos constitucionales, entre los que se encuentra el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; encontrarse asistido por su letrado o haberse negado a tal asistencia; que se trate de una declaración voluntaria, sin vicios ni actuaciones sugestivas que puedan alterar tal voluntariedad), se rompe la conexión de antijuridicidad con la prueba ilícita original⁸³⁶. Al ser una prueba válida, mediante la confesión voluntaria se incorporan al proceso los datos obtenidos originariamente de manera contraria a los derechos fundamentales, quedando convalidados de este modo⁸³⁷.

También resulta interesante la STC 22/2003, de 10 de febrero, en la que se analizaba un supuesto de una entrada y registro en un domicilio de una

⁸³⁶ La STC 1198/2004, de 28 de octubre, nos resume los requisitos que debe revestir la declaración del acusado para que tenga validez como prueba independiente: “*en definitiva, puede concluirse que en relación a la prueba de confesión del inculporado esta puede operar como una prueba autónoma e independiente de la prueba declarada nula siempre que se acredite que dicha declaración se efectuó: a) previa información de sus derechos constitucionales, entre los que se encuentra el de guardar silencio o negarse a contestar, b) encontrarse en el momento de la declaración asistido de su letrado y c) tratarse de una declaración voluntaria, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar tal voluntariedad, condiciones todas que nos conducen a concretar como escenario de tal declaración el Plenario, por ser en ese momento donde tales derechos y garantías se desarrollan en la mayor extensión”.*

⁸³⁷ Vid. ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M.: *La prueba ilícita penal. Decadencia y extinción...cit.*, págs. 87 y 89.

persona detenida; la policía no tenía mandamiento judicial ni consentimiento del detenido, pero sí de la esposa de éste. El Tribunal Constitucional consideró que la entrada y registro era ilegal, pero que el problema derivaba en un problema de interpretación del ordenamiento jurídico, por lo que no debe rechazarse la prueba. Para defender esta postura argumenta: *“el origen de la vulneración se halla en la insuficiente definición de la interpretación del ordenamiento, en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución y en que, además, la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado, la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar”*.

Esta postura nos parece muy peligrosa, tal y como señala BARJA DE QUIROGA⁸³⁸, ya que el dolo o culpa del autor no puede ser un elemento determinante a la hora de valorar la prueba ilegalmente obtenida, ya que entonces pasaría a un segundo plano la protección de los derechos constitucionales, que debe ser un valor superior en nuestro ordenamiento jurídico.

Por tanto, la doctrina de la conexión de antijuridicidad, al exigir un doble análisis, entraña riesgos, puesto que el análisis desde la perspectiva externa supone examinar la entidad de la vulneración de un derecho fundamental, lo cual supone restringir la conexión causal en atención a circunstancias ajenas a la violación indirecta de los derechos fundamentales, que es lo que debe analizarse⁸³⁹. No tiene nada que ver en qué medida se ha producido la violación del derecho, ni mucho menos que quien actúa lo haga por error o imprudencia. Nos parece, pues, más acertado realizar el análisis únicamente

⁸³⁸ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal...cit.*, pág. 1569;

⁸³⁹ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal...cit.*, pág. 1570; JIMÉNEZ SEGADO, C.: *La prueba ilícita y las reglas de “desconexión” de sus efectos...cit.*, pág. 8: *“esta última regla es muy insegura y viene a dar cobijo a actuaciones negligentes, aunque no graves, variando el alcance de la desconexión en función de la buena o mala fe de los actuantes, según eso que llama el estado de la interpretación del ordenamiento”*.

desde la perspectiva interna, ya que el externo, tal y como está planteado, no nos parece adecuado por los motivos expuestos.

6.4.2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

En su sentencia de 12 de mayo de 1986 ya declaró que para desvirtuar la presunción de inocencia hace falta prueba de cargo que revista las condiciones de suficiencia y regularidad procesal de obtención, o que no se trate de prueba desautorizada o ilegalmente obtenida, aclarando que este requisito *“produce la eliminación como datos de inculpación valorables en trance de condena, entre otros, los siguientes: los atestados policiales que tienen (artículo 297 de la LECrim), en cuanto a las manifestaciones, simple valor de denuncia; las declaraciones que omitan o vulneren el derecho de defensa desarrollado en el artículo 118 de la misma ley y, en general, las que, pudiendo reproducirse en el juicio oral, vulnerando el artículo 730 de la repetida ley procesal y sin causa justificativa, pretenden introducirse como medios probatorios de cargo a través de un sedicente carácter documental, que conculca así la norma del artículo 741 de dicha ley procesal”*.

Esta idea es reiterada en la STS de 23 de junio de ese mismo año: *“la prueba de cargo ha de ser obtenida en forma procesalmente regular, ya que su producción no sólo no ha de violentar directa o indirectamente los derechos fundamentales (artículo 11.1 de la citada Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio) sino que en la misma se ha de observar en forma positiva toda la normativa procesal de desarrollo del derecho fundamental”*.

Pero además, el Tribunal Supremo, ha asumido la doctrina marcada por el Tribunal Constitucional y ha confirmado que la prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental es radicalmente nula, no sólo en sí misma, sino también en sus efectos sobre otras pruebas distintas respecto de las cuales exista conexión de antijuridicidad.

En este sentido, la STS de 24 de febrero de 1990, declaró que *“la indefensión resultante de la viciosa práctica de unos medios probatorios, debe ser tratada partiendo de lo reiteradamente declarado por esta sala en dos direcciones: 1ª) que la prueba legítimamente obtenida ha de ser no sólo la que se acomode a las exigencias constitucionales de no atentar, directa o indirectamente, contra los derechos fundamentales, sino la que cumpla las concretas garantías que para su práctica establece la legalidad procesal ordinaria (Sentencias de 12 de mayo, de 23 de junio y de 12 de septiembre de 1986); 2ª) sin embargo, las irregularidades procesales cometidas en la fase de instrucción no operan por lo general (aquí cabría referirse a su eventual efecto sobre las otras pruebas, que en la doctrina jurídica anglosajona se denomina «Fruto del árbol envenenado - fruit of de poisonous tree doctrine») más que de un modo autónomo, aunque obviamente con su alcance reflejo sobre la posible no desvirtuación de la presunción de inocencia, consumiéndose así sí otra prueba de otro signo y no condicionada por la defectuosa en su propia irregularidad y no contaminando los demás datos incriminatorios o de cargo (Sentencias, entre muchas, las de 1 de enero de 1981, de 22 de septiembre de 1983, de 3 de enero y de 2 de febrero de 1984, de 5 de diciembre de 1986 y las de 11 y 28 de febrero de 1987)”. Y concluye que “por todo ello el verdadero sentido de la nulidad derivada de un eventual quebrantamiento de forma por lo demás, siempre dilatorio y por ende no totalmente satisfactorio para el inculpado, no puede ser otro que el dimanante de la subsanabilidad de fondo. En tanto que, en definitiva, diligencias como las tildadas de irregularmente practicadas estarían, caso de repetirse su práctica, ya viciadas por el pecado original (si se permite la imagen) derivado de las precedentemente verificadas”.*

Poco después, ese mismo año, la STS de 29 de marzo de 1990⁸⁴⁰ determinó que el ilegítimo hallazgo posterior de una cantidad importante de

⁸⁴⁰ Esta sentencia hace también un recorrido histórico. Vid. DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M.A.: *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial...cit.*, pág. 35. Así, señala que tradicionalmente la doctrina daba relevancia a los resultados de las pruebas ilegítimamente obtenidas, porque en la ponderación de intereses en juego se estimaba que tenía que prevalecer aquél de carácter público que derivaba de la necesidad de que en el

heroína que se encontró en el domicilio donde se practicó el registro declarado nulo, *“no puede servir para acreditar que la papelina que se ocupó con anterioridad al acusado en la escalera del inmueble y de una forma lícita, se poseía para traficar con ella; así lo exige la llamada doctrina de los frutos del árbol envenenado y así debe entenderse la expresión “directa o indirectamente” que utiliza el artículo 11.1 de la LOPJ”*.

Ello no obstante, el Tribunal Supremo defiende la aplicación restrictiva del artículo 11.1 de la LOPJ, limitando la fuerza expansiva del efecto de la prueba ilícita al invocar el principio de conservación de los actos procesales, con fundamento legal en el artículo 242 de dicha ley, que sobre la nulidad de los actos judiciales mantiene la sanidad de los sucesivos al acto nulo cuando fueren independientes de aquél, así como también cuando su contenido hubiere permanecido invariable aun sin haberse producido la infracción que dio lugar a la nulidad.

Posteriormente, se han manifestado en el mismo sentido las SSTS de 16 de diciembre de 1991, de 9 de octubre de 1992, de 4 de abril, 20 de mayo y 11 de octubre⁸⁴¹ de 1994, de 13 de marzo⁸⁴², 29 de abril⁸⁴³, 5 de junio y 29 de

proceso penal se diera respuesta a la verdad material. Sin embargo, cuando los derechos de las personas se incorporan a la vida política de los estados de manera que se incorporan a los ordenamientos jurídicos como pieza clave por la organización de la convivencia social, cambia la perspectiva y se impone la necesidad de estimar nula la prueba obtenida, afirmando que *“cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la violación de un derecho fundamental, en el caso que se analiza el artículo 18.2 de la Constitución, no hay ninguna duda de que tal prueba carece de validez en el proceso y los jueces y tribunales habrán de reputarla inexistente a la hora de construir la base críticas en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria. Otra cosa quizá haya que decir cuando la ilicitud sea de rango inferior, en cuyo supuesto es posible que tenga que prevalecer el principio de verdad material debiendo hacerse en cada caso una adecuada valoración de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza”*.

⁸⁴¹ Según la sentencia *“la prueba ilegítimamente obtenida no vicia a las restantes practicadas en el proceso si es posible una desconexión causal entre unas y otras (así, STS 9 de octubre de 1992). No se puede, en consecuencia, hablar de su contaminación en base a la doctrina de los frutos del árbol envenenado en cuanto, utilizando la misma metáfora, las pruebas que valoró la sala a quo fueran “fruto de un árbol distinto y sano”*.

⁸⁴² Señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de marzo de 1995: *“el que el artículo 11.1 LOPJ niegue efecto a las pruebas obtenidas directa o indirectamente violentando derechos fundamentales, tiene su fundamento en el propósito de robustecimiento de la eficacia*

septiembre de 1995, de 4 de marzo y 18 y 23 de abril de 1997, de 24 de enero de 1998⁸⁴⁴, de 23 de junio de 1999⁸⁴⁵, de 11 de febrero de 2000, indicando “*la prueba ilegítimamente obtenida puede no viciar a las restantes obrantes en la causa si es posible la desconexión causal de unas y otras pruebas*”, y de 30 de octubre de 2012.

En cuanto a los efectos reflejos de la prueba ilícita señalados en el artículo 11.1 de la LOPJ, por la aplicación de la doctrina anglosajona de los frutos del árbol envenenado, el Tribunal Supremo ha concretado las siguientes normas: “*1. No contaminación de las pruebas restantes si es posible establecer una desconexión causal entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas. 2. Que esa desconexión siempre existe en los casos conocidos en la jurisprudencia norteamericana como hallazgo inevitable. En definitiva, pues, la declaración de nulidad carece de autarquía. Si contamina las restantes*

del precepto, evitando que la sanción de los derechos fundamentales sea únicamente formal y no real o material”.

⁸⁴³ Aclara la STS de 29 de abril de 1995: “*en el primer caso (diligencia probatoria obtenida violando un derecho fundamental) el acto es ilícito e ilícita la prueba obtenida por haberse vulnerado de plano aquel derecho, lo que a la vez se comunica a los subsiguientes actos procesales que del nulo traigan causa, de tal manera que esa prueba ilícita no puede convalidarse por diligencias posteriores. En el segundo caso (diligencia probatoria obtenida con la infracción de meros requisitos procedimentales), cuando el acto es irregular, únicamente se origina la ineficacia del acto en sí, sin obstaculizar futuras posibilidades de acreditar los mismos hechos por otros medios.... Quizás sean efectos análogos, pero desde luego en el caso de la infracción constitucional las consecuencias son más amplias, más rígidas, más insolubles*”.

⁸⁴⁴ De esta sentencia podemos destacar los siguientes postulados: no cabe hablar de contaminación de las pruebas restantes si es posible establecer una desconexión causal entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas; esa desconexión siempre existe en los casos de hallazgos inevitables; si existe contaminación de las restantes pruebas, la solución no será otra que una sentencia absolutoria por no haberse enervado el derecho a la presunción de inocencia; si no se produce tal efecto, la consecuencia será la de determinar si la prueba no afectada y tomada en consideración por el juzgador de instancia puede estimarse apta y suficiente para reputar enervada la verdad interina de inculpabilidad en que la presunción de inocencia consiste.

⁸⁴⁵ Esta sentencia trata de diferenciar el alcance de los efectos contaminantes en función de la causa de ilicitud: en los casos de ilicitud por ser contraria a la Constitución, los actos probatorios que traen causa del acto ilícito quedarían contaminados no siendo convalidables por diligencias posteriores; en cambio, los actos irregulares que traen causa en infracciones de legalidad ordinaria, sólo originan la ineficacia del acto en sí, y de lo que del mismo causalmente se derive, pero sin obstaculizar futuras posibilidades de acreditar los mismos hechos por otros medios.

pruebas conduce a la absolución por aplicación del derecho fundamental a la presunción de inocencia establecido en el artículo 24.2 de la CE, al no existir prueba de cargo que pueda fundar el pronunciamiento condenatorio. Si no se produce tal efecto, la consecuencia no es otra que la de determinar si la prueba no afectada y tomada en cuenta por el juzgador de instancia puede estimarse apta y suficiente para reputar enervada la verdad interina de inculpabilidad en que la presunción de inocencia consiste.”

Ahora bien, la aplicación práctica de esta doctrina presenta dificultades en el caso concreto, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de octubre de 1996: *“de aceptarse al pie de la letra ese principio nos encontraríamos constantemente con situaciones de verdadera impunidad, que chocarían con la lógica de la realidad y con el respeto que ha de tenerse a conseguir una verdadera justicia material. Por ello, y dentro del más exquisito respeto a las garantías constitucionales, siempre se debe distinguir entre pruebas que conculcan esas garantías y pruebas que se obtienen dentro de ellas, sin que lo espurio o ilegal de aquéllas tenga que contaminar necesariamente a éstas”*⁸⁴⁶.

Uno de los principales problemas a la hora de aplicar esta teoría se ha dado respecto a las confesiones, tanto del imputado como de los testigos. A este respecto hemos observado una evolución en la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Así, hay sentencias que han considerado que las confesiones están afectas por la nulidad del registro. Encontramos en esta línea la STS de 17 de junio de 1994: *“es preciso reconocer que, por el efecto dominó –conforme a lo especialmente prevenido en el artículo 11.1 de la LOPJ- carecen de validez y eficacia probatorias cuantas pruebas traigan causa de dicha diligencia. Y, en*

⁸⁴⁶ En este sentido *vid.* ECHARRI CASI, F.J.: *Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales...cit.*, pág. 10: *“los problemas se plantean cuando se desciende al caso concreto, ante la impunidad exacerbada que resultaría de llevar la “teoría de los frutos del árbol envenenado” a sus últimas consecuencias, con claro perjuicio de la búsqueda de la verdadera justicia material”*.

este sentido, debe reconocerse la misma ineficacia a las posibles confesiones o reconocimiento de los acusados como al testimonio de los posibles testigos, sin distinguir el momento procesal en que se practiquen, por tratarse de defectos insubsanables, de tal modo que la ineficacia probatoria debe alcanzar a las pruebas practicadas en el juicio oral”.

La STS de 13 de marzo de 1999: “la confesión de los acusados en el acto del juicio oral, aun realizada con todas las garantías propias de la asistencia letrada y derivadas de la instrucción de sus derechos, no pudo tener la virtud de subsanar la nulidad de la entrada y registro en el lugar donde se encontró la droga, porque aquellas confesiones eran pruebas dependientes de la afectada por la nulidad, con la que tenían una evidente conexión causal. Siendo indiscutible que lo único que hizo posible el descubrimiento del cargamento de hachís fue la inconstitucional actuación de la Guardia Civil y estando evidentemente vinculada al resultado de dicha actuación la confesión de culpabilidad de los acusados, no puede llegarse a otra conclusión sino a que, dándole valor de prueba de cargo al contenido de dichas confesiones, ha surtido efecto, indirectamente, una prueba obtenida violentando un derecho fundamental. No hubiera sido así si, en la audiencia previa al acto del juicio oral, el tribunal de instancia, accediendo a lo solicitado por las defensas, hubiese declarado la nulidad de la diligencia policial de entrada y registro y a continuación, una vez expulsada formalmente dicha prueba del proceso, se hubiesen auto inculpado los acusados de un hecho del que ya no hubiese existido otra prueba que su propia manifestación. Pero, no habiéndose producido la previa y oportuna declaración de nulidad y permaneciendo en el proceso la prueba ilícita durante el acto del juicio oral, cuanto dijeron los acusados en relación con el transporte y la posesión de la droga estuvo inexorablemente determinado por la prueba ilícita, por lo que sus manifestaciones no pudieron sanar la inconstitucionalidad de dicha prueba”.

Estas sentencias entienden que las declaraciones autoinculpatorias de los recurrentes traen causa natural de los resultados de las diligencias

constitucionalmente ilegítimas, por lo que, el reconocimiento de eficacia a estas pruebas debilitaría la protección de los derechos fundamentales.

Posteriormente, el Tribunal Supremo cambió este criterio y empezó a considerar que la declaración del acusado admitiendo los hechos es una prueba jurídicamente independiente del acto lesivo a la inviolabilidad del domicilio. Así, las SSTS de 17 de enero⁸⁴⁷ y de 26 de diciembre del 2000 afirmaron que las declaraciones de los coimputados mantienen su independencia jurídica y no están afectadas por las irregularidades en relación a las intervenciones telefónicas, pudiéndose confirmar que no existe conexión de antijuridicidad.

Posteriormente, encontramos las SSTS de 3 de abril de 2001 y de 28 de enero de 2002, que señaló: *“el contenido de esa declaración del acusado y muy singularmente el de la prestada en el juicio oral puede ser valorado como prueba válida y, en el caso de ser de cargo, puede fundamentar la condena. Las garantías frente a la autoincriminación (no declarar contra sí mismo y no declararse culpable) permiten comprobar si han sido respetadas la espontaneidad y voluntariedad de la declaración en cada caso y si se rompe, jurídicamente, la conexión causal con el acto ilícito”*.

En el mismo sentido podemos citar las SSTS de 29 de noviembre, 30 de diciembre, de 28 de mayo y de 10 de abril de 2002: *“aún en el caso en que se aceptara la nulidad del registro, subsistiría la prueba consistente en el reconocimiento de los hechos por parte del acusado, pues esa declaración, que nada tiene que ver con el contenido esencial del derecho fundamental a la*

⁸⁴⁷ Esta sentencia aclara, además: *“las declaraciones de los funcionarios policiales aparecen desconectados de prueba irregular en cuanto refieren los seguimientos realizados y las investigación para la depuración del hecho delictivo. Tan sólo el dato que permitía conocer la oportunidad de la detención, obtenido a través de la intervención telefónica permite establecer una conexión natural con la prueba irregular aunque existían otras actuaciones de investigación desconectadas naturalmente de la intervención, como los seguimientos al acusado. (...) Las declaraciones testificales de los funcionarios de policía, las declaraciones del coimputado y la intervención de sustancia tóxica en el domicilio del recurrente constituyen una actividad probatoria, regularmente obtenida, e independiente de la intervención telefónica, que permite su valoración en los términos del hecho probado”*.

inviolabilidad del domicilio, fue prestada en un momento tan posterior al hecho inicial de la aprehensión de la droga que puede considerarse jurídicamente desvinculada del mismo. La declaración efectuada por el acusado en el acto del juicio oral, suficientemente informado de sus derechos, es un acto libre que, aunque tenga relación con las diligencias de investigación anteriormente practicadas durante la instrucción de la causa, ha de considerarse jurídicamente independiente de ellas, y así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, que para extender la prohibición de valoración a las pruebas derivadas ha afirmado que "habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad) (STC 28/2002, de 11 de febrero)".

Pero la STS de 18 de julio de 2002 parece que introduce una tercera postura, en virtud de la cual, la conexión o desconexión dependerá de las circunstancias en que se realice la confesión. Comienza diciendo esta sentencia que *"es necesario manejar con suma precaución la doctrina de la denominada conexión de antijuridicidad utilizada a efectos de amparo por el Tribunal Constitucional, pues, con independencia de la utilidad en supuestos concretos, ha de evitarse que esta fórmula se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido efectivo la disposición legal expresa prevenida en el artículo 11.1 de la LOPJ, y nos retrotraiga en esta materia a criterios probatorios ya superados con la aprobación de la LOPJ de 1985"*.

Se trataba de un supuesto de hecho en que el tribunal de instancia declaró inconstitucionales las intervenciones telefónicas y los registros domiciliarios; el problema era la conexión de estas pruebas nulas con la declaración de un coimputado. Considera el tribunal que habrá que valorar en cada caso concreto si la confesión se ha efectuado de forma desconectada con el dato inconstitucionalmente obtenido, o si el descubrimiento ha sido determinante para la aceptación de los hechos por el acusado. Concluye el tribunal que la declaración del acusado estará desconectada y será válida,

siempre que su confesión haya sido libre e informada, y haya estado debidamente asesorado y con plena conciencia de la ilegitimidad de la prueba, pero decida aceptar los hechos de forma voluntaria en el acto del juicio oral. Por el contrario, no será válida como prueba de cargo contra otros coimputados que no reconozcan los hechos: *“el hecho de que este acusado, voluntariamente y debidamente asesorado, decidiese confesar unos hechos de los que no existían pruebas obtenidas constitucionalmente, puede permitir desconectar su confesión del acto ilícito inicial que determinó la ocupación de la droga. Lo cierto es que el propio acusado ha aceptado la sentencia y no ha recurrido contra la misma. Pero la utilización de su declaración como prueba de cargo contra los supuestos titulares de la sustancia inconstitucionalmente ocupada, constituye manifiestamente la utilización indirecta de una prueba obtenida con violación de un derecho constitucional sustantivo, sin que en este caso. Se pueda hablar de desconexión jurídica pues las necesidades de tutela del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio se verían afectadas si se permitiese utilizar como prueba una sustancia ocupada inconstitucionalmente, en contra de quienes en momento alguno han reconocido tener ninguna relación con la misma”*.

Pero posteriormente se dictaron dos sentencias que no parecen estar de acuerdo con esta última, pero que fueron polémicas y en las que se formularon votos particulares. Son las SSTs de 10 de febrero de 2003 y de 22 de enero de 2003; la primera de ellas parte de unas escuchas ilegales y la segunda de un registro ilícito, pero en ambas se volvió a la línea anterior y se consideró que las declaraciones de los acusados estaban conectadas con las pruebas nulas. No obstante, los votos particulares aludidos entendieron que no puede afirmarse esto en términos absolutos, aclarando: *“la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales es una exigencia derivada del contenido esencial del derecho vulnerado. Su ineficacia se extiende a las pruebas derivadas en la medida que éstas participen de la misma vulneración del derecho fundamental, por lo que se hace preciso, en cada supuesto concreto, comprobar si la prueba posterior, que no ha sido*

practicada con vulneración de un derecho fundamental, participa de la ilicitud de la primera. En otras palabras, a la prueba posterior, por lo tanto derivada, que ha sido regularmente obtenida, debe privársele de eficacia probatoria si aparece conectada con la vulneración de la prueba anterior de manera que la antijuridicidad de la primera es traspasada, conexión de antijuridicidad, a la derivada. A través de esa interdicción de la valoración afirmaremos la vigencia del contenido esencial del derecho fundamental vulnerado.

Tampoco procederá esa valoración de la prueba derivada cuando la lesión al derecho fundamental sea tan grosera que la efectividad del contenido esencial del derecho vulnerado exija restar eficacia probatoria a toda prueba posterior, no siendo preciso indagar si la prueba posterior aparece conectada, directa o indirectamente, con la prueba vulneradora, supuesto que no es el concurrente en el recurso que examinamos.

Es necesario comprobar en cada supuesto en qué medida la prueba posterior en el tiempo participa de la vulneración del derecho fundamental producido. Esa comprobación la realizaremos a través de la imputación objetiva que no mira "a limitar la proyección de la reacción punitiva y se mueve por tanto en una perspectiva "pro libertate" como se afirma en la sentencia de la que discrepo, sino que es una herramienta dogmática para afirmar la causalidad, en este caso, entre dos instrumentos de acreditación, en principio independientes, y respecto a los que resulta necesario comprobar si la ilicitud de la primera se transmite a la segunda".

Esta postura es la que nos parece más acertada, ya que atiende a las circunstancias del caso concreto puesto que, es cierto que en función de cómo se haya efectuado la declaración, esta estará conectada con la prueba nula o no.

Recogiendo los argumentos de la STS de 18 de julio de 2002 y de los votos particulares que acabamos de exponer, encontramos la STS de 26 de noviembre de 2003, en la que el Tribunal Supremo aclara que la cuestión acerca de si la declaración del imputado admitiendo hechos

inconstitucionalmente descubiertos constituye o no una confesión libre, voluntaria e informada, que pueda romper el nexo con la vulneración constitucional y ser admitida como prueba de cargo válida, constituye una cuestión a la que no se puede dar una respuesta única y automática, tanto en sentido positivo como negativo, pues es necesario diferenciar diferentes supuestos.

Así distingue: “a) *En primer lugar han de examinarse los supuestos paradigmáticos, a los que parece referirse el Tribunal Constitucional, en los que el acusado en el acto del juicio oral reconoce libre y voluntariamente su culpabilidad, admitiendo su participación en los hechos delictivos con pleno conocimiento de que la prueba inconstitucionalmente obtenida no se puede utilizar en su contra. (...) En estos casos, en los que la declaración del acusado va precedida por la declaración de inconstitucionalidad de la prueba ilícita, debe efectivamente admitirse la ruptura de la conexión de antijuridicidad entre ambas pruebas, pues se cumple la condición esencial de que la prueba así obtenida no constituya un aprovechamiento o explotación ilegítimo de la vulneración constitucional.*”

Por tanto, en estos supuestos, cabe aceptar que la voluntariedad de la confesión, las garantías que revisten la declaración en el juicio y, esencialmente, el conocimiento por el acusado, jurídicamente asesorado por su defensa, de que no le es exigible una explicación sobre el descubrimiento inconstitucional pues éste no puede ser utilizado como prueba en su contra, permiten constatar que su confesión, libre, voluntaria e informada, no se encuentra condicionada o predeterminada por el resultado de la prueba ya expulsada del proceso por ser constitucionalmente ilícita.

Hay que distinguir estos casos de “*aquellos otros, más frecuentes, en los que el acusado se limita a aceptar en su declaración policial, sumarial o conclusa en el juicio, un hecho introducido en el proceso mediante la prueba inconstitucional, y que no ha sido expulsado del mismo por la previa declaración de inconstitucionalidad de la prueba.*”

En estos supuestos, si con posterioridad a dicha declaración del acusado el tribunal sentenciador, o bien esta sala en casación, declaran la inconstitucionalidad de la prueba y la consiguiente expulsión del proceso de su resultado probatorio (el hallazgo de una cierta cantidad de droga o de un arma sin licencia, por ejemplo, en el domicilio del acusado registrado policialmente sin autorización judicial), ese hallazgo expulsado del proceso no puede ser reintroducido recuperando para ello la admisión realizada por el acusado cuando dicho elemento fáctico constituía un dato incorporado al proceso. Pues con este regreso o recuperación se está realizando un aprovechamiento o utilización ilegítima del descubrimiento inconstitucional, que le aceptado por el acusado en la medida en que tenía necesariamente que construir su defensa partiendo del hecho consumado del hallazgo. (...) La experiencia acredita que en la mayoría de los supuestos el acusado que acepta el resultado inconstitucional de un registro, se limita a ejercer su derecho constitucional de defensa, admitiendo lo que no puede negar (el hallazgo del arma, de la droga o del dinero en su domicilio)".

En este segundo supuesto, por las razones expuestas, el acusado no está confesando libre y voluntariamente los hechos descubiertos inconstitucionalmente, sino respondiendo a la exigencia de explicación sobre el hallazgo, hallazgo que el imputado se ve obligado a aceptar; es este caso se están aprovechando los elementos probatorios inconstitucionalmente obtenidos.

La STS de 30 de junio de 2009 resolvió un recurso en el que se planteaba que la condena se basaba en una sentencia autoinculpatoria del acusado en fase de instrucción, que no fue ratificada en el acto del juicio oral. Además, esta declaración tenía su origen en el resultado de diversas diligencias sumariales que fueron declaradas nulas. La sentencia viene a admitir que quien haya reconocido los hechos en fase de instrucción, y sin ninguna otra prueba válida de cargo, podrá resultar legítimamente condenado aunque las acusaciones no hayan utilizado los mecanismos procesales previstos para traer a la fase de plenario sus declaraciones, si ejercita el

derecho constitucional reconocido en el artículo 24 CE al silencio o a no responder a alguna o a todas las preguntas que se le formulen y con ello el derecho a no declararse culpable, derechos todos ellos que se insertan dentro del más complejo derecho a la no autoincriminación. Si leemos el argumento de la sentencia *a contrari sensu*, si tampoco hubiera contestado a las preguntas de su letrado para negar y rectificar sus declaraciones sumariales, no hubiera existido prueba de cargo valorable. Por lo que respecta a la aplicación de la regla de exclusión de antijuridicidad aplicada a la droga, cuya aprehensión resultó, y así lo reconoce la propia sentencia, como consecuencia directa del resultado de las intervenciones telefónicas expulsadas formalmente del proceso por declararse nulas, el Tribunal Supremo consideró que el propio reconocimiento por parte del acusado en fase sumarial de la existencia de la droga permite depurar el inicial vicio de nulidad que afectaba a su hallazgo⁸⁴⁸.

Más recientemente esta cuestión fue abordada por la STS de 15 de febrero de 2011, que marca la pauta para el futuro. Se trataba de un supuesto en que se declaró la ilegalidad de unas intervenciones telefónicas, única fuente de obtención de pruebas contra los acusados. El tribunal de instancia condenó a los acusados por sus declaraciones vertidas en el sumario y en el acto del juicio oral, ya que se consideró que estas declaraciones no están conectadas

⁸⁴⁸ Vid. BACH FABREGÓ, R., GRAU GASSÓ, J., HERNÁNDEZ GARCÍA, J., NAVARRO BLASCO, E.: *Crónica de jurisprudencia penal del segundo trimestre de 2009*, Revista del Poder Judicial nº 89, segundo a cuarto trimestre 2009, pág. 24. Estos magistrados critican esta postura del Tribunal Supremo por entender que existe una merma en la garantía de los derechos fundamentales: *"cada vez es más común, unas veces de forma expresa y otras de forma implícita, que se utilice un concepto tan peligroso como el de "hipergarantismo" para justificar, ante el conocimiento de una realidad material constitutiva de delito mediante la lesión de derechos fundamentales en la obtención de las evidencias, que no se activen los mecanismos de nulidad o de exclusión de pruebas.*

Y en el delicadísimo equilibrio que exige el binomio libertad/seguridad, sería deseable que no llegásemos a imitar la doctrina que viene asumiendo el Tribunal Supremo de los EEUU, mediante la elaboración de un creciente catálogo de excepciones -de la buena fe, de la tacha o del error inocuo, de la fuente independiente, del descubrimiento inevitable, del fin de protección de la norma...- a la regla de exclusión probatoria -exclusionary rule- de las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales garantizados en la Cuarta, Quinta, Sexta y Decimocuarta enmienda. Posición que, no debe olvidarse, trae causa de una creciente desconstitucionalización del alcance de la propia regla de exclusión".

con la prueba ilegalmente obtenida. No obstante, el Tribunal Supremo los absolvió por entender que sí existía conexión, pero estableció los requisitos para apreciar tal conexión, requisitos que han de valorarse caso por caso, y argumentó por qué consideraba que existía conexión de antijuridicidad en este supuesto concreto.

Respecto a la teoría de la desconexión de antijuridicidad entre la prueba ilegalmente obtenida y las declaraciones de los acusados explica el tribunal: *“numerosas resoluciones del Tribunal Constitucional consagran la teoría de la desconexión de antijuridicidad entre la prueba precedente declarada nula de pleno derecho y sin eficacia probatoria por vulnerar derechos constitucionales, y la prueba derivada de aquélla cuando en su práctica se han respetado las garantías exigibles y aunque ésta se halle relacionada con la primera de la que emana causal y materialmente, se puede afirmar que jurídicamente sea autónoma e independiente de aquélla. Así se ha venido declarando reiteradamente por el Tribunal Constitucional y por esta misma sala del Tribunal Supremo (mayoritariamente) cuando entiende que la confesión del acusado, ante la autoridad judicial, debidamente asistido de letrado defensor, e informado de su derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo, se decide a realizar la declaración autoinculpatoria reconociendo su participación en los hechos delictivos que se le imputan, por considerarse que, en tal caso, la confesión es libre y voluntaria sin existencia de indicios o datos fácticos que sustenten una sospecha fundada de que se trate de unas manifestaciones forzadas. Y ello es así por cuanto nada puede obstaculizar o impedir al acusado ejercer el adoptar una decisión individual y soberana, normalmente generada en impulsos anímicos profundos que le llevan reflexiva y libérrimamente a confesar su crimen y a asumir las consecuencias punitivas de tal decisión”*. En consecuencia, la confesión del inculpado *“puede operar como una prueba autónoma e independiente de la prueba declarada nula siempre que se acredite que dicha declaración se efectuó: a) previa información de sus derechos constitucionales, entre los que se encuentra el de guardar silencio o negarse a contestar, b) encontrarse en el momento de la declaración asistido*

de su letrado y c) tratarse de una declaración voluntaria, sin vicios ni situaciones sugestivas que ruedan alterar tal voluntariedad, condiciones todas que nos conducen a concretar como escenario de tal declaración el Plenario, por ser en ese momento donde tales derechos y garantías se desarrollan en la mayor extensión”.

Al analizar estos requisitos en el caso concreto enjuiciado el tribunal entendió que no se cumplían por las siguientes razones: *“el agente R. dijo en el juicio que durante el traslado de los detenidos desde Barcelona a Madrid, por razones de seguridad, se les tapaban los ojos. El testigo V., que intervino en la detención de E. S., manifestó que el traslado de Barcelona a Madrid, unas seis horas de viaje, se hizo en coche con los encartados esposados. Lo que confirmó el testigo G.: tapaban los ojos y esposaban las muñecas de los detenidos en el traslado de Barcelona a Madrid, por las mencionadas razones de seguridad. Todos los acusados, y muchos de los testigos que fueron detenidos en un primer momento, han denunciado ante el tribunal que fueron objeto de torturas, fundamentalmente mediante intimidaciones, humillaciones o insultos, presiones psicológicas (sobre la detención o la expulsión de España de sus familiares), físicas y ambientales (no permitirles conciliar el sueño, obligarles a estar de pie o a desnudarse, a estar contra la pared y con los brazos en alto). Incluso el testigo protegido B 5 comunicó al Juez Central de Instrucción que había sido presionado por los agentes. (...) Se advierte claramente que el tribunal a quo alberga una fundada y racional sospecha de los malos tratos físicos y psicológicos alegados por "todos los acusados" e incluso por los testigos no imputados, previos a su comparecencia ante el Juez de Instrucción, que condicionarán las declaraciones ante el juez. (...) Se hallaban incomunicados, por un plazo superior al ordinario, privados de asistencia de letrado de confianza y de la posibilidad de una entrevista con el profesional. Se prorrogaron retenciones incomunicadas en todos los casos. De reseñar los partes de les de los detenidos (M., MR., N., MU.): "todas las lesiones de similar cronología y veinticuatro horas de evolución"... , el que, a la vista de todas esas circunstancias, el respeto al derecho a la no*

autoincriminación impone en este caso una cautela máxima y un distanciamiento crítico de lo que consta en las actas de la declaración...".

En cuanto a los derechos que deben revestir la confesión, señala el tribunal que *"tampoco la confesión fue "informada", al no haber tenido el declarante conocimiento de la probabilidad de una eventual nulidad de las observaciones telefónicas y de los elementos probatorios obtenidos de ellas, que dejaría como única prueba de cargo esa confesión. Información esta esencial, que no le fue proporcionada por el juez ni por el letrado defensor del detenido al estar el sumario declarado secreto y tratándose de un delito de terrorismo, lo que imposibilitó al defensor examinar las actuaciones practicadas y verificar la inexistencia de la resolución judicial habilitante que legitimara las escuchas efectuadas".*

Posteriormente, la STS de 17 de febrero de 2014, entendió que la confesión del acusado operará como prueba independiente sin conexión de antijuridicidad, cuando se observen los siguientes requisitos:

a) Previa información de los derechos constitucionales del inculcado, entre los que se encuentra el de guardar silencio o negarse a contestar.

b) Con asistencia de su letrado.

c) Mediante una declaración plenamente voluntaria, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar su espontaneidad.

e) Teniendo por escenario el plenario, o acto del juicio oral, por ser en ese momento donde tales derechos y garantías se desarrollan en la mayor extensión.

f) Con conocimiento de que se ha planteado por la defensa la posible anulación de la prueba de la que pudiera proceder el conocimiento inicial determinante de la imputación, de manera que pueda verificarse que la confesión fue exponente de la libre voluntad autodeterminada del acusado y no viciada por la realidad derivada del resultado de la prueba ilícita.

En el mismo sentido encontramos la STS de 19 de marzo de 2014, que exige los siguientes requisitos:

a) Que dicha declaración de contenido confesante deberá prestarse o, en el caso de ser sumarial, ratificarse en el acto del juicio oral, debidamente asistido el declarante de letrado y siendo conocedor de la trascendencia convalidante que el contenido de sus dichos tenga respecto de pruebas que, en su día, pudieran ser tenidas como nulas por vulneración de alguno de sus derechos fundamentales.

b) Que no se produzca retractación en el juicio respecto de la confesión prestada en la fase sumarial que, en todo caso, deberá haberse realizado con los requisitos de asistencia letrada, pleno conocimiento de las circunstancias y consecuencias, etcétera, a las que se acaba de aludir en el apartado anterior.

c) Que se trate de una confesión, además de plenamente voluntaria y libre por supuesto, completa, es decir, con admisión de la responsabilidad penal por los hechos confesados o, cuando menos, con aceptación expresa de todos los hechos necesarios para la calificación de los mismos como delito, no pudiendo ser utilizada la declaración con carácter fragmentario, tan solo en aquellos aspectos que pudieran ser contrarios para el confesante e ignorando lo que le fuere favorable.

d) Cuando se presta la declaración en que se admiten los hechos no debe estar acordado el secreto de las actuaciones, ya que ello limitaría notablemente el derecho de defensa,

e) Debe tratarse de una declaración voluntaria y espontánea, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar dicha voluntariedad.

f) No han de ser declaraciones sumariales temporalmente cercanas al hecho punible descubierto mediante la diligencia o actuación procesal que luego se declara constitucionalmente ilícita. Ha de concurrir por tanto cierto distanciamiento en el tiempo entre la fecha de la acción delictiva (y, en su caso, la detención) y la admisión por el imputado de la ejecución del hecho delictivo, como forma de garantizar la espontaneidad y voluntariedad de la declaración.

Como hemos apuntado, estamos plenamente de acuerdo con esta línea jurisprudencial que se mantiene en la actualidad.

6.4.3. CONCLUSIONES

Por tanto, de acuerdo con lo expuesto, podemos concluir que si el registro vulnera el derecho fundamental reconocido en el artículo 18.2 de la Constitución es inconstitucional y nulo, de tal modo que entra en juego el artículo 11.1 de la LOPJ, por lo que serían nulas tanto las pruebas directamente obtenidas como aquellas otras obtenidas indirectamente siempre que exista una conexión de antijuridicidad de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, que exige el análisis desde una doble perspectiva: interna (o de conexión causal) y externa (entidad de la vulneración del derecho fundamental). Ahora bien, de acuerdo con los argumentos expuestos a lo largo de este capítulo, en nuestra opinión, y en aras a la garantía del respeto a los derechos fundamentales, debería prescindirse del segundo análisis, puesto que, el análisis desde la perspectiva externa supone examinar la entidad de la vulneración de un derecho fundamental, lo cual supone restringir la conexión causal en atención a circunstancias ajenas a la violación indirecta de los derechos fundamentales, que es lo que debe analizarse⁸⁴⁹. No tiene nada que ver en qué medida se ha producido la violación del derecho, ni mucho menos que quien actúa lo haga por error o imprudencia.

⁸⁴⁹ ALCAIDE GONZÁLEZ, cita a GÓMEZ COLOMER al señalar que *“es preciso retomar las riendas de nuevo y con urgencia en tan delicada cuestión y volver a posiciones garantistas, contando esta vez con las experiencias prácticas que nos hicieron desviarnos del camino emprendido, por tanto sin ignorar las exigencias sociales que las motivaron, reforzando la legalidad de la investigación del crimen de manera que todos los que intervengan estén lo suficientemente formados y capacitados como para evitar para siempre esos fallos técnicos causantes de nulidades procesales y motivadores subsiguientes de absoluciones indeseadas”*. Vid. ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M.: *La prueba ilícita penal. Decadencia y extinción...cit.*, pág. 111.

Cabe reseñar que la entrada y, en su caso, el registro, vulnerarían el derecho a la inviolabilidad domiciliaria si se llevan a cabo sin la debida autorización judicial, sin consentimiento del titular, sin que exista flagrancia delictiva, siempre que no pueda hablarse de estado de necesidad y siempre que una ley especial no permita esa entrada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 55.2 de la Constitución⁸⁵⁰.

Si lo que se vulnera es la legislación procesal reguladora de la entrada y el registro domiciliario, las pruebas obtenidas podrán estar afectadas de nulidad de pleno derecho en aquellos casos en que así se determine por la LECrim., siendo en el resto de casos subsanables por actos posteriores.

Así, por ejemplo, si unos agentes de policía entran en un domicilio sin el necesario mandamiento judicial, acompañados de dos testigos y está presente el imputado, pero éste no presta debidamente su consentimiento, y encuentran

⁸⁵⁰ Artículo 55.2 CE: *“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. 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”*. En cuanto a los requisitos y formalidades en la diligencia de entrada y registro para entender respetado el derecho fundamental está claro que, dadas las especiales y peligrosas circunstancias que rodean estos supuestos, serán menores, tal y como indica HERRERO HERRERO, que señala las siguientes: la notificación de entrada y registro al interesado en el mismo momento de ir a practicar la diligencia, ya que si se hace antes seguramente desaparecerá el autor o los efectos del delito; la presencia del domiciliado o su representante y de los testigos, salvo que medie riesgo grave. En todo caso siempre habrá un control judicial *ex post*: *“en un Estado Social y Democrático de Derecho, donde la piedra angular es el respeto a los derechos fundamentales, la actividad restrictiva de estos derechos, en este caso llevada a cabo por parte de la policía, aunque se lleve a cabo en situaciones de excepcionalidad, no puede realizarse al margen del control judicial, garante último de su reconocimiento real y de su adecuado ejercicio. Todo ello, por tanto, en orden a corregir, o incluso castigar, posibles abusos o arbitrariedades, con ocasión del ejercicio inadecuado de facultades ad hoc, otorgadas por el legislador en base a reenvíos de preceptos constitucionales. Por eso, cuando el control judicial de garantías no puede efectuarse “ex ante”, debe ser realizado “ex post”. Vid. HERRERO HERRERO, C.: Competencias excepcionales de los agentes de policía en materia de entrada, detención y registro en lugar cerrado. Potenciales conexiones con la denominada prueba ilícita (II)...cit., pág. 3.*

un alijo de droga, esta prueba es radicalmente nula, y contamina todas aquellas que guarden relación directa o indirecta con este registro.

Por el contrario, si los agentes entran en el domicilio provistos del oportuno mandamiento judicial pero no asiste a la práctica de la diligencia el Secretario y no realiza correctamente la delegación para que vaya otra persona en su lugar, en este caso se puede considerar acreditadas las pruebas del hallazgo de drogas mediante, por ejemplo, la declaración de los agentes que practicaron el registro.

Una de las cuestiones más controvertidas y donde podemos encontrar más cambios en la línea jurisprudencial, es respecto a la conexión o desconexión de las confesiones del acusado cuando la prueba originaria ha sido declarada inconstitucional y, por ende, nula. De acuerdo con la última doctrina jurisprudencial mayoritaria mantenida desde 2011 que hemos expuesto y que nos parece acertada, no se puede dar una respuesta general y unitaria para todos los casos, sino que habrá que analizar cada caso concreto para ver si la confesión está conectada a la prueba ilegalmente obtenida, y ello en base a los siguientes criterios:

1º) Que la declaración se preste de forma libre, sin vicios del consentimiento, siempre que previamente haya sido informado de sus derechos y está siendo asistido de letrado.

2º) Se le tiene que haber informado de sus derechos, fundamentalmente del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pero también se requiere una información cualificada, esto es, que se puede declarar la nulidad de la prueba originaria por ser ilegal la diligencia de que se trate (entrada y registro, intervención de las comunicaciones...)

3º) Que la confesión se produzca o, al menos, reitere en el acto del juicio oral.

4º) Que no se haya decretado el secreto de las comunicaciones.

Lo que resulta fundamental es que el acusado no declare bajo la creencia errónea (porque se le ha inducido a error o engaño), de que su

declaración no añade nada puesto que el objeto del delito ya consta en la causa y no es posible su anulación, por lo que piensa que nada gana por permanecer en silencio y que su declaración no aporta nada nuevo.

6.5. BREVE REFERENCIA AL PROBLEMA DE LOS HALLAZGOS CASUALES

Se ha cuestionado la validez del resultado de determinadas diligencias, como el registro domiciliario, cuando se obtienen pruebas de un delito distinto de aquel para cuya investigación se concedió inicialmente la autorización judicial. Esto ha dado lugar a la teoría de los hallazgos casuales.

La doctrina alemana ha denominado hallazgos casuales a los conocimientos adquiridos mediante un registro domiciliario o una intervención de comunicaciones legítimamente ordenados y ejecutados, que no se corresponden con el fin inmediato de la investigación en la que se autoriza la medida, y que además afectan a personas frente a las cuales no se ha ordenado dicha investigación o no se hubiera podido ordenar por no cumplirse los presupuestos imprescindibles, o bien afecta a la persona para la que se ha ordenado la diligencia si se descubre un delito distinto⁸⁵¹.

Por tanto, quedan fuera de este concepto y no vamos a referirnos a ellos, los hallazgos que provengan de una diligencia ilegítimamente ordenada o los que resulten consecuencia de una medida ilegalmente ejecutada⁸⁵²; analizaremos, pues, aquellos descubrimientos accidentales legítimamente adquiridos, esto es, en el curso de una diligencia lícita.

⁸⁵¹ Vid. NOYA FERREIRO, L.: *La intervención de comunicaciones orales directas en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 270.

⁸⁵² En estos supuestos la información obtenida no goza de valor probatorio alguno, ni puede utilizarse como mera *notitia criminis*, puesto que en su origen subyace una vulneración de un derecho constitucional.

En consecuencia, por hallazgo o descubrimiento casual debemos entender la aparición de hechos delictivos nuevos en el curso de la investigación de un ilícito penal, no incluidos en la resolución judicial que habilita una medida restrictiva de derechos, o de sujetos inicialmente no investigados, y que salen a la luz cuando se está ejecutando tal medida; es decir, cuando al investigar lícitamente unos determinados hechos delictivos, se descubren por casualidad otros distintos o aparecen otros sujetos implicados⁸⁵³.

Así, por ejemplo, respecto a la diligencia de entrada y registro, de la lectura del artículo 546 de la LECrim. puede inferirse el requisito de que el auto habilitante concrete el delito para cuya investigación se concede esta entrada. Este artículo dispone: *“el juez o tribunal que conociere de la causa podrá decretar la entrada y registro, de día o de noche, en todos los edificios y lugares públicos, sea cualquiera el territorio en que radiquen, cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación”*.

En un Estado Social y Democrático de Derecho las medidas limitativas de derechos fundamentales, como los registros domiciliarios y las intervenciones telefónicas, no deben dirigirse al descubrimiento de delitos en general, sino a la de aquellos que constituyan el objeto de un proceso judicial.

Ahora bien, la La STS de 18 de febrero de 2002 ha declarado que *“también es preciso tener en cuenta que no es posible exigir en la fase de comprobación de una sospecha una descripción exacta del hecho, dado que no es posible excluir que quienes preparan una operación de cierta envergadura*

⁸⁵³ Vid. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: *Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)*, Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, nº 2, 2011, pág. 4; ECHARRI CASI, F.J.: *Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales...cit.*, pág. 22.

procuren despistar a sus posibles perseguidores o, inclusive, a sus posibles competidores dentro de la escena de la droga”.

La duda es si debe otorgarse valor probatorio a ese resultado inesperado o, si por no corresponder ese hallazgo con la finalidad originaria de la diligencia, se le ha de privar de eficacia acreditativa en relación con lo casualmente descubierto⁸⁵⁴.

En nuestra legislación no hay una norma que de solución a este problema de los hallazgos casuales⁸⁵⁵.

La jurisprudencia ha entendido que en estos casos, la obtención de pruebas que sustentan un delito distinto al que se estaba investigando no supone la nulidad de este hallazgo como prueba de cargo⁸⁵⁶, siempre que se den una serie de requisitos. En primer lugar, que estemos en presencia de

⁸⁵⁴ Señala ÁLVAREZ DE NEYRA: *“el problema consiste en que se suelen descubrir o hallar objetos o efectos delictivos no directamente relacionados con la investigación criminal, discutiéndose el valor de tales pruebas casualmente descubiertas, y ello, incluso cuando han sido halladas por medio de diligencias procesales legalmente admisibles para la investigación del delito de que se trate”.* Vid. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: *Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal...cit.*, pág. 5.

En el mismo sentido vid. ECHARRI CASI, F.J.: *Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales...cit.*, pág. 22.

⁸⁵⁵ Vid. RODRÍGUEZ SOL, L: *Registro domiciliario y prueba ilícita...cit.*, pág. 234.

Sí existe en los ordenamientos jurídicos vecinos. Así, en Alemania el quinto párrafo del artículo 100b) StPo (competencia para la disposición de la supervisión de la telecomunicación) establece: *“Las informaciones personales obtenidas por las medidas sólo pueden ser utilizadas como prueba en otros procedimientos en la medida en que se desprendan conocimientos de su utilización que se necesiten para el esclarecimiento de un delito mencionado en el párrafo 100a)”*; por su parte dicha norma, a diferencia de nuestra legislación establece un taxativo catálogo de los delitos que podrían autorizar una intervención de comunicaciones.

En Italia, el artículo 270 de su código procesal dispone: *“Los resultados de las interceptaciones no pueden ser utilizados en procedimientos diversos de aquéllos en los cuales han sido dispuestas, salvo que resulten indispensables para la averiguación de delitos para los que es obligatorio el arresto en flagrancia”.*

⁸⁵⁶ ALCAIDE GONZÁLEZ opina que la doctrina del hallazgo casual tiene una connotación significativa con la prueba prohibida, siendo una variante más de las excepciones de la prueba ilícita y añade *“muy posiblemente entroncada doctrinalmente con el descubrimiento inevitable y con la prueba independiente (...) y por lo tanto pueden estar aplicándose combinadamente las dos excepciones de modo sutil”.* Vid. ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M.: *La prueba ilícita penal. Decadencia y extinción...cit.*, págs. 66 y 67.

flagrancia delictiva⁸⁵⁷, o que los hallazgos casuales guarden conexión con el hecho delictivo que motivó la diligencia legítimamente practicada, de manera que ya no estaremos ante un cambio del objeto inicial de la diligencia, sino ante una ampliación o adición al mismo, en virtud de los artículos 17.5⁸⁵⁸ y 300⁸⁵⁹ de la LECrim., como consecuencia de la prueba casualmente descubierta en una investigación judicial legítima⁸⁶⁰. Si los delitos son inconexos resultaría vulnerado el derecho de defensa, ya que la diligencia sería por un delito totalmente diferente a aquél que determinó la adopción de la medida restrictiva o, incluso, respecto a una persona que no era sospechosa de la comisión de un ilícito.

En los supuestos de flagrancia delictiva, y de acuerdo con la teoría sobre los delitos flagrantes expuesta a lo largo del presente trabajo, será necesario

⁸⁵⁷ Vid. SSTS de 18 de febrero de 1994, de 28 de abril de 1995, de 25 de abril de 1996, de 30 de marzo de 1998, de 22 de marzo y 27 de septiembre de 1999, de 29 de noviembre de 2002, de 4 de marzo de 2003, de 5 de julio de 2004, de 29 de enero de 2008, de 24 de febrero y 23 de diciembre de 2010 y de 26 de mayo de 2011.

Nos parece interesante el pronunciamiento de la STS de 28 de abril de 1995 al respecto: *“una vez que la policía entró en el piso legalmente, aunque admitiéramos la tesis rigorista de que no podía investigar otra presunta actividad delictiva que la que figuraba en el mandamiento, ello no quiere decir que tuviera que vendarse los ojos para no percibir el posible cuerpo o efecto de otro delito que allí se le pusiera de manifiesto. Cuando buscando útiles del robo la policía encontró droga, los agentes se encontraron ante un delito flagrante como hubieran podido hallar a sensu contrario armas u objetos robados habiendo entrado con un mandamiento para investigar tenencia de droga. No se puede exigir a la policía que suspenda la entrada cuando se da esta circunstancia de delito flagrante para solicitar un nuevo mandamiento, que automáticamente le sería concedido, exponiéndose a la fuga del responsable o a la destrucción o desaparición del cuerpo del delito o de sus pruebas objetivas. Así pues, la entrada en sí fue lícita y la flagrancia del hecho delictivo, que, por así decirlo, sin querer se encontró delante de sus ojos la Policía Judicial, exceptúa, según el tenor literal del artículo constitucional, del requisito formal y de la protección de ese domicilio con aquélla garantía”*.

⁸⁵⁸ Artículo 17.5 LECrim.: *“Son delitos conexos: 5.º Los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados”*.

⁸⁵⁹ Artículo 300 LECrim.: *“Cada delito de que conozca la autoridad judicial será objeto de un sumario. Los delitos conexos se comprenderán, sin embargo, en un solo proceso”*.

⁸⁶⁰ Si los nuevos hechos delictivos tienen relación con la actividad criminal investigada, estaríamos ante los llamados delitos conexos, que pueden y deben ser investigados y enjuiciados en la misma causa, constituyendo una excepción a la regla general de apertura de un procedimiento penal independiente para la averiguación y enjuiciamiento de cada hecho delictivo. Vid. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: *Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal...cit.*, pág. 5.

que, por la urgencia de realizar la medida para evitar la desaparición de los efectos del delito o la persona del delincuente, no se pueda suspender la diligencia para requerir del órgano judicial una nueva autorización.

Además, la diligencia ha de estar debidamente autorizada⁸⁶¹, y es necesario que el hallazgo casual se haya producido de buena fe⁸⁶². Si fuera preciso prolongar la diligencia tras el hallazgo casual, habrá que suspenderla y recabar la oportuna autorización judicial⁸⁶³.

Ahora bien, si lo que se descubren son datos que revelan la existencia de un delito autónomo, el juez competente deberá incoar un nuevo procedimiento⁸⁶⁴.

⁸⁶¹ Vid. SSTS de 18 de febrero de 1994, de 30 de marzo de 1998, de 29 de noviembre de 2002, de 5 de julio de 2004, de 15 de febrero de 2007, de 16 de mayo de 2008, de 25 de febrero de 2010 y de 26 de mayo de 2011.

La STS de 15 de febrero de 2007 señala: “en definitiva, que el hecho de hallar, en un registro domiciliario, válida y fundamentadamente autorizado en su origen, efectos u objetos distintos de los correspondientes al ilícito inicialmente investigado, no convierte en ilegal la práctica de la diligencia así realizada, de modo que si aquella inicial autorización reunió todos los requisitos exigibles para ser tenida como correcta, los hallazgos producidos como resultado de la misma, han de ostentar pleno valor probatorio”.

El Auto del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2009, en relación a la doctrina del hallazgo casual, señala que “esta sala tiene insistentemente expuesto, por todas, SSTS de 1 de octubre de 2007 y de 17 de julio de 2006, que el hecho de que el descubrimiento de elementos probatorios de un determinado delito se produzca en el curso de la investigación autorizada para otro delito distinto no conlleva, simple y llanamente, la nulidad de tal hallazgo como prueba de cargo, siempre y cuando el registro esté debidamente autorizado”.

⁸⁶² Vid. SSTS de 29 de septiembre de 2002, de 24 de julio de 2003 y de 5 de julio de 2004.

⁸⁶³ Vid. SSTS de 1 de octubre de 2007 y de 26 de mayo de 2011.

⁸⁶⁴ Los nuevos hechos se estimaran como mera *notitia criminis* y se deducirá testimonio para, que de acuerdo con las normas de reparto de competencias, se inicie un nuevo proceso.

Estaríamos ante una novación del objeto penal, que exige una expresa autorización judicial que permita la continuación de la diligencia por un delito autónomo e independiente.

En este sentido vid. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: *Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal...*cit., pág. 7: “por el contrario, si se trata de delitos no conexos respecto del que se investiga, el juez deberá, tras volver a examinar las cuestiones de proporcionalidad y la competencia, dictar una expresa autorización judicial que permita la continuación de la medida o la diligencia, e incoar la oportuna causa –tras deducir el correspondiente testimonio-, en la que se prosiga una investigación distinta de la que ha sido punto de arranque”.

En la misma línea vid. DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M.A.: *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial...*cit., pág. 211.

Nos parece interesante resaltar la STS de 5 de junio de 1995, que declaró que la desconexión antijurídica siempre existirá en los casos de hallazgo casual⁸⁶⁵.

Respecto a los hallazgos casuales, el Tribunal Constitucional en su sentencia 41/1998, de 24 de febrero ha señalado: *“resulta indiferente que el mandamiento judicial hubiera sido otorgado para investigar un delito fiscal, distinto al delito de prevaricación por el que posteriormente fue acusado y condenado el autor utilizando como prueba de cargo algunos de los papeles intervenidos en el registro. (...) La investigación de unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros hechos delictivos distintos, que sean descubiertos por casualidad al investigar aquéllos. La Constitución no exige, de ningún modo, que el funcionario que se encuentra investigando unos hechos de apariencia delictiva cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentaren a su vista, aunque los hallados casualmente sean distintos a los comprendidos en su investigación, siempre que esta no sea utilizada prudencialmente para burlar las garantías de los derechos fundamentales”*.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, el único requisito necesario y suficiente por sí mismo para dotar de legitimidad la invasión de un derecho constitucional, como la inviolabilidad del domicilio, es que estemos ante uno de los presupuestos constitucionales, como la obtención del mandamiento judicial; en este caso, la forma en que se practique la diligencia y las incidencias que puedan producirse en su curso se mueven en otra

⁸⁶⁵ El hallazgo casual elimina la conexión de antijuridicidad y convierte la prueba encontrada casualmente en válida para fundamentar una condena. Vid. ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita (un estudio comparado)*...cit., pág. 102; ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M.: *La prueba ilícita penal. Decadencia y extinción*...cit., págs. 52 y 68: *“cuando la experiencia indica que las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, no es posible vincular causalmente la segunda prueba a la anterior, pues en tales casos faltará la llamada conexión de antijuridicidad que en realidad presupone, en todos los casos, una conexión causal. Por lo tanto, allí donde la prueba se hubiera obtenido de todos modos, sin necesidad de recurrir a otra anterior, faltará la conexión de antijuridicidad, es decir, la relación causal de la primera con la segunda (...) El hallazgo casual elimina la conexión de antijuridicidad y por tanto convierte a la prueba descubierta casualmente, es decir, de alguna manera inevitablemente, en prueba de cargo válida para condenar”*.

dimensión, en el plano de la legalidad ordinaria. Por ello, no quedaría afectada la inviolabilidad del domicilio ni tampoco la efectividad de la tutela judicial.

Además, la doctrina del hallazgo casual de un hecho no investigado determina que el hallazgo casual no se ve afectado por la nulidad de la investigación inicial, sino que ésta sólo afectará al caso para el cual se había iniciado la investigación. Por ejemplo, si durante un registro ilícito en un domicilio en busca de droga se descubre un cadáver, la ilicitud inicial no impide que se pueda abrir una investigación y posterior enjuiciamiento de los hechos que originaron la aparición del cadáver⁸⁶⁶.

6.5.1. ESPECIAL REFERENCIA A LOS HALLAZGOS CASUALES EN LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO

Como hemos indicado, en nuestro Estado de Derecho, las medidas limitativas de derechos fundamentales, no deben dirigirse al descubrimiento de delitos en general, sino a la de aquellos que constituyan el objeto de un proceso judicial.

En estas diligencias rige el principio de especialidad, en virtud del cual debe existir una identidad entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se está investigando. De este modo se impide conceder autorizaciones en blanco para limitar los derechos fundamentales de las personas⁸⁶⁷.

⁸⁶⁶ Vid. ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M.: *La prueba ilícita penal. Decadencia y extinción...*cit., pág. 59.

⁸⁶⁷ Vid. Auto TS de 18 de junio de 1992, "Caso Naseiro". Señala el alto tribunal que el principio de proporcionalidad ha de facilitar la solución correcta a cada caso, puesto que las medidas de intervención deben ser las exclusivamente necesarias, esto es, las que se correspondan con una exigencia social imperiosa y proporcionada a la finalidad legítima perseguida con la injerencia. Y añade "*la proporcionalidad se proyecta en muchas direcciones: gravedad del hecho, viabilidad de la medida, intereses afectados, trascendencia de la cuestión. No pudiendo considerarse en abstracto sino de forma equilibrada, armónica y motivada con el correspondiente control judicial para su efectiva realización y seguimiento*". Y aclara que, en consecuencia, no resultan aceptables las autorizaciones en blanco, sino que se exige una motivación razonable, que es lo decisivamente importante.

En la doctrina y en la jurisprudencia se ha venido distinguiendo, al tratar el tema de los hallazgos casuales, entre las diferentes diligencias de investigación, ofreciendo soluciones distintas en función de que estas se produzcan en el transcurso de una diligencia de entrada y registro, de una intervención telefónica u otro tipo de medidas, como los cacheos⁸⁶⁸, lo que obedece a la diferente incidencia en los derechos fundamentales de estas intervenciones.

Vamos a centrarnos en la diligencia de entrada y registro, por constituir el objeto central del presente trabajo. Por otra parte, dicha diligencia está ligada a algunos de los tipos delictivos más frecuentes en la práctica⁸⁶⁹, como los delitos contra la salud pública, receptación y tenencia de armas, y en los que, además, es también bastante común que se produzcan hallazgos casuales⁸⁷⁰.

Recordamos aquí que nuestra Constitución reconoce en su artículo 18.2 el derecho a la inviolabilidad del domicilio como un derecho fundamental, mediante el cual se trata de proteger la vida privada, la intimidad, referida al espacio o lugar donde ésta se desarrolla, el domicilio, que ha de protegerse contra las injerencias⁸⁷¹, intromisiones o investigaciones arbitrarias de los

⁸⁶⁸ Vid. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: *Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal...*cit., pág. 13. Apunta esta autora que se entiende más lesiva la intromisión en el derecho fundamental a la intimidad del artículo 18 CE en el caso de las intervenciones telefónicas. La STS de 3 de julio de 2003 señala al respecto: “es cierto que esta sala, trasladando su doctrina sobre las escuchas telefónicas a la entrada y registro, resolvió algunos supuestos bajo un denominado principio de especialidad, concepto, a su vez, trasladado de la extradición. La jurisprudencia más reciente abandona dicha interpretación jurisprudencial destacando las diferencias existentes entre la intervención telefónica y la entrada y registro, tanto por la distinta afectación de una y otra diligencia sobre la intimidad, verdaderamente más intensa y directa en la intervención telefónica, como por la prolongación temporal de una y otra injerencia, pues la entrada y registro tiene acotada su duración temporal en una jornada y se desarrolla en unidad de acto, en tanto que la intervención telefónica tiene una duración que se prolonga a un mes susceptible de ampliación y, consecuentemente, con unas facultades de control judicial distintas”.

⁸⁶⁹ Vid. DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M.A.: *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial...*cit., pág. 171.

⁸⁷⁰ Vid. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: *Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal...*cit., pág. 21.

⁸⁷¹ El fundamento del derecho a la inviolabilidad del domicilio es evitar injerencias arbitrarias en el domicilio de una persona, en cuanto se configura como el ámbito espacial donde se proyecta básicamente la intimidad personal y familiar, tal y como establece la STC 110/84, de 26 de

poderes públicos, especialmente cuando la autoridad gubernativa pretende la búsqueda de personas o cosas con fines incriminatorios.

Puesto que el domicilio se protege para impedir esas intromisiones injustificadas en la vida privada de las personas, sólo en defensa de intereses superiores de la comunidad puede sufrir una merma temporal, dentro de los supuestos legalmente establecidos⁸⁷².

Podemos decir, por tanto, siguiendo a GÓMEZ COLOMER, que el derecho a la inviolabilidad del domicilio tiene un triple contenido: 1º) el derecho a la protección estable del domicilio, esto es, en cualquier momento, esté habitado o no, siempre que tenga tal categoría; 2º) el derecho a la protección del domicilio con carácter limitado, es decir, que el derecho puede ceder ante las limitaciones fijadas en el texto constitucional; 3º) el derecho a que la ejecución de la entrada y registro domiciliario se realice con todas las garantías exigibles, constitucionales y de legalidad ordinaria⁸⁷³.

Como hemos indicado más arriba, la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado constituye una diligencia propia de la instrucción penal, que también puede practicarse antes del sumario o la instrucción penal, y que está destinada a un proceso eventualmente posible, sometida al principio de exclusividad jurisdiccional. Por ello, el juez que conozca del asunto en el oportuno proceso judicial, sólo podrá confirmar su convicción en torno a la

noviembre, que establece que la inviolabilidad del domicilio tiene como finalidad principal “*el respeto de un ámbito de vida privada personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorizaciones del interesado*”. Vid. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: *Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal...cit.*, pág. 15.

⁸⁷² Aclara ÁLVAREZ DE NEYRA que “*en la actualidad, el derecho a la inviolabilidad del domicilio es un derecho básico, constitucionalmente consagrado en el artículo 18.2 de nuestra Carta Magna, afirmando este precepto que la entrada sólo puede realizarse si media consentimiento del titular del derecho, en caso de flagrante delito o si media resolución motivada, dejando aparte supuestos especiales, legalmente previstos, de lo que fácilmente se deduce que no se trata de un derecho fundamental absoluto, sino relativo o limitado. La inexistencia de esa autorización, cuando no concurren los demás supuestos, supone la lesión al derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio, y por tanto la nulidad de la diligencia*”. Vid. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: *Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal...cit.*, pág. 15.

⁸⁷³ Vid. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: *Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal...cit.*, pág. 17.

autoría de unos hechos si se han observado las garantías necesarias en la práctica de la diligencia.

Además de los presupuestos básicos establecidos en el texto constitucional, a saber, consentimiento del titular, resolución judicial y flagrante delito, también existen una serie de normas legales de aplicación y ejecución de la diligencia. En concreto, las medidas de aseguramiento del acto para que no se frustre su finalidad, ya sea al comienzo o en los casos de suspensión temporal de la diligencia, y la presencia necesaria de ciertos órganos y personas, como el juez o quien le sustituya, el Secretario Judicial o quien éste nombre en su lugar, y el interesado o quien legítimamente le represente⁸⁷⁴.

El presunto delito investigado debe constituir el exclusivo objeto de la diligencia: la autorización para la entrada y registro domiciliario ha de ser para un objeto determinado, concreto, en relación con un determinado delito. Así lo podemos deducir de diversos preceptos de la LECrim.

En primer lugar, y como ya hemos apuntado, de acuerdo con el artículo 546 de la LECrim., los posibles objetos a intervenir serán los que puedan servir para descubrir y comprobar el delito objeto de la causa.

El artículo 567 habla de los efectos del delito que han de ser objeto del registro: *“el juez o tribunal que conociere de la causa podrá decretar la entrada y registro, de día o de noche, en todos los edificios y lugares públicos, sea cualquiera el territorio en que radiquen, cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación”*.

De acuerdo con el último párrafo del artículo 569, si no se encontrasen las personas u objetos que se busquen ni apareciesen indicios sospechosos, se expedirá una certificación del acta a la parte interesada si la reclamare.

El artículo 574 determina que sólo se recogerán los instrumentos y efectos del delito, o de los que fueran necesarios para el resultado del sumario.

⁸⁷⁴ Vid. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: *Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal...cit.*, pág. 17.

Y el artículo 575 establece la obligación de exhibir los objetos y papeles que se sospeche puedan tener relación con la causa, por lo que no se está obligado a mostrar aquellos efectos que no guarden relación.

Si bien lo acabado de señalar es cierto, también lo es que muchas veces, durante la práctica de la misma, se descubren otros presuntos delitos cometidos⁸⁷⁵. Y tal y como ha indicado el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de noviembre de 2001, “*por casual que sea el hallazgo de indicios materiales de otro delito distinto al investigado, ello no obliga a guardar silencio en cuanto a los vestigios o evidencias que pudieran aparecer de actividades delictivas diferentes*”.

Al igual que no existe ningún precepto legal acerca de cómo actuar ante los hallazgos casuales en general, tampoco hay ninguno referido a la diligencia que estamos analizando, por lo que es necesario acudir a los pronunciamientos jurisprudenciales⁸⁷⁶.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha utilizado diversos criterios⁸⁷⁷ para dotar de licitud a un hallazgo casual en la diligencia de entrada y registro.

Así, el Tribunal Supremo estableció, entre otras, en las SSTs de 7 de junio y 18 de octubre de 1993⁸⁷⁸, de 4 y 18 de febrero de 1994⁸⁷⁹, de 1 de diciembre de 1995, de 4 de octubre de 1996, de 7 de junio y 26 de septiembre de 1997⁸⁸⁰, de 30 de marzo de 1998 y de 1 de febrero de 1999, que los

⁸⁷⁵ Vid. DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M.A.: *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial...*cit., pág. 211.

⁸⁷⁶ Vid. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: *Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal...*cit., pág. 21.

⁸⁷⁷ El propio Tribunal Supremo ha llegado a reconocer que existe una falta de homogeneidad en sus resoluciones, lo que dificulta apuntar una línea decisoria. Vid. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: *Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal...*cit., pág. 22.

⁸⁷⁸ Sostiene el tribunal en esta sentencia que sería absurdo que “*una diligencia de entrada y registro acordada para la investigación de un determinado delito, tuviera que detenerse al encontrarse, de forma inesperada, pruebas o indicios de la comisión de un delito distinto*”.

⁸⁷⁹ Señalan estas sentencias que si las pruebas que se hallaron de forma casual hubieran podido ser encontradas mediante el procedimiento en el que se las encontró, nada impedía que pudieran ser valoradas.

⁸⁸⁰ Esta sentencia admite la validez de un encuentro casual de efectos constitutivos de un delito distinto del que fue objeto de la injerencia, siempre que se observe el principio de

hallazgos de elementos o datos directos o indiciarios de la comisión de un delito distinto del que dio lugar al inicio de las investigaciones podían tener validez y valor probatorio, siempre que se cumpliera con el principio de proporcionalidad y que la autorización y la práctica del registro se ajustara a las exigencias y previsiones legales y constitucionales.

Señala esta última sentencia: *“es evidente que el principio de proporcionalidad se respeta en el caso presente, en cuanto que las pruebas encontradas se refieren a un delito grave (...) que justificaría automáticamente la concesión de una autorización habilitante para invadir el domicilio de la persona o personas sospechosas. Por otro lado, no podemos olvidar que existe una resolución judicial que autoriza la entrada, con lo que se cubren los presupuestos constitucionales inexcusables para legitimar una intromisión en el domicilio ajeno, y también se observa que se han cumplido las previsiones legales en su práctica, habiendo asistido el Secretario Judicial, con lo que quedan salvadas las previsiones de la ley procesal, en cuanto a los requisitos formales necesarios para su validez”*.

Por tanto, los requisitos que exigen estas sentencias para dar licitud a los hallazgos casuales sería: 1º) que las pruebas se refieran a otro delito grave que justificaría autónomamente la concesión de una autorización de entrada y registro; 2º) que exista una resolución judicial que autorice la entrada y registro, con lo que se cumplen los presupuestos constitucionales para legitimar la intromisión en un domicilio ajeno; 3º) que se cumplan las previsiones legales en su práctica.

La jurisprudencia también ha indicado como criterio que debe analizarse si los delitos son o no conexos⁸⁸¹, y si procede ampliar el objeto del mandamiento judicial con la adopción, en su caso, de las prevenciones que fueran aconsejables en derecho. La STS de 22 de noviembre de 2001 indicó: *“se ha impuesto una posición favorable a la licitud de la investigación de*

proporcionalidad y que la autorización y práctica se ajusten a los requisitos y exigencias legales y constitucionales.

⁸⁸¹ Vid. SSTS de 2 de julio de 1993, de 21 de enero y 7 de febrero de 1994, de 25 de abril y 3 de octubre de 1996, de 29 de septiembre de 1997 y de 18 de junio de 1999.

aquellas otras conductas delictivas que nacen de los hallazgos acaecidos en un registro judicialmente autorizado. El delito nuevo es algo añadido al delito investigado, aplicándose las normas de conexión de los artículos 17.5 y 300 de la LECrim., por lo que no existe novación del objeto de investigación, sino simple adición a éste”.

De acuerdo con esta línea jurisprudencial, cuando en el transcurso de la práctica de una diligencia se hallaran indicios de otros posibles delitos, el juez deberá valorar si son conexos con la presunta comisión del delito que dio origen a la autorización y práctica del registro. Si se estima la conexión, el órgano judicial deberá considerar si procede extender el mandamiento y, por tanto, el objeto del registro.

Este criterio ha sido aunado por la doctrina y se ha estimado como pauta a seguir⁸⁸².

También podemos encontrarnos ante un supuesto de flagrancia delictiva⁸⁸³, en cuyo caso estaría legitimada la actuación policial: las entradas y registros se caracterizan por su realización en unidad de acto, lo que implica el descubrimiento flagrante de posibles delitos diferentes al investigado, derivados

⁸⁸² Vid. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: *Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal...* cit., pág. 25.

⁸⁸³ Vid. SSTS 20 de abril y 18 de octubre de 1993, de 4 de octubre de 1994, de 1 de diciembre de 1995, de 7 de junio de 1997, 30 de marzo y 6 de noviembre de 1998, 1 de febrero y 22 de marzo de 1999 y de 23 de diciembre de 2010.

La STS de 1 de febrero de 1999 afirma: “*el hallazgo de elementos o datos directos o indiciarios de la comisión de un delito distinto del que dio lugar a la iniciación de las investigaciones, la doctrina más reciente de esta sala viene estableciendo, en lo que respecta a los descubrimientos casuales de pruebas de otro delito distinto del inicialmente investigado, la posibilidad de su validez y de la adjudicación de valor probatorio a los elementos encontrados, siempre que se cumpla con el principio de proporcionalidad y que la autorización y la práctica del registro se ajuste a las exigencias y previsiones legales y constitucionales. Es evidente que el principio de proporcionalidad se respeta en el caso presente en cuanto que las pruebas encontradas se refieren a un delito grave (contra la salud pública) que justificaría autónomamente la concesión de una autorización habilitante para invadir el domicilio de la persona o personas sospechosas. Por otro lado, no podemos olvidar que existe una resolución judicial que autoriza la entrada, con lo que se cubren los presupuestos constitucionales inexcusables para legitimar una intromisión en el domicilio ajeno y también se observa, que se han cumplido las previsiones legales en su práctica, habiendo asistido además a la diligencia el Secretario Judicial con lo que quedan salvadas las previsiones de la Ley Procesal, en cuanto a los requisitos formales necesarios para su validez.*”

del hallazgo de objetos que pueden constituir pruebas o el cuerpo del delito, de nuevos ilícitos penales⁸⁸⁴. En este caso no sería necesaria la autorización judicial, siempre que la intervención policial fuera necesaria de modo inmediato, de manera que no pudiera esperarse a obtener dicha resolución⁸⁸⁵.

En este sentido, la STS de 23 de diciembre de 2010 analizó un supuesto en que se había concedido autorización judicial para la entrada y registro para la investigación de un delito de falsificación documental, pero en el transcurso del mismo se descubrieron diversas sustancias que indicaban que se podía estar cometiendo un delito de tráfico de drogas. El Tribunal Supremo entendió que el hallazgo casual estaba amparado por la flagrancia delictiva en base a los siguientes razonamientos: *“en igual sentido, la reciente STS 167/2010 de 24.2, recoge la doctrina de otras sentencias precedentes como la 315/2003 de 4.3 que, admitió la validez de la diligencia cuando, aunque el registro se dirigiera a la investigación de un delito se encontraran efectos o instrumentos de otro que pudiera entenderse como delito flagrante. La teoría de la flagrancia ha sido, pues, una de las manejadas para dar cobertura a los hallazgos casuales, y también la de la regla de la conexidad de los artículos 17.5 y 300 LECrim., teniendo en cuenta que no hay novación del objeto de la investigación sino simplemente “adición”, y la STS. 742/2003 de 22.5 que expresa que la autorización judicial para la entrada y registro se concreta en actividades delictivas concretas, ello, sin embargo, no supone que el hallazgo de efectos o instrumentos que se refieren a conductas delictivas distintas queden desamparados de la autorización judicial que cubre la intromisión en la esfera privada que entraña un domicilio. Se ha impuesto en la doctrina de esta sala una posición favorable a la licitud de la investigación de aquellas otras conductas delictivas que nacen de los hallazgos acaecidos en un registro judicialmente autorizado. Añade esta sentencia que no se puede seguir, como*

⁸⁸⁴ Vid. DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M.A.: *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial...*cit., pág. 212.

⁸⁸⁵ Hay autores de la doctrina que se muestran críticos con esta postura por entender que resulta muy improbable esta necesidad imperiosa de continuar con el registro. Vid. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: *Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal...*cit., pág. 27.

recuerda la STS 8-3-1994 el mismo criterio que cuando se trata de un intervención telefónica. En esta, por su propia naturaleza, presupone una prolongación temporal que permite, en los casos de escuchas referidas a otras conductas delictivas distintas, una ampliación de la autorización judicial habilitante. No sucede lo mismo con las entradas y registros, que se caracterizan por su realización en unidad de acto, de ahí que si en su práctica apareciera objetos constitutivos de un cuerpo de posible delito distinto a aquel para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se instala en la nota de flagrancia.

La Constitución no exige en modo alguno, que el funcionario que se encuentre investigando unos hechos de apariencia delictiva cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentasen a su vista, aunque los hallados casualmente sean distintos a los hechos comprendidos en su investigación oficial, siempre que ésta no sea utilizada fraudulentamente para burlar las garantías de los derechos fundamentales (STC 49/96) y también que, el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquéllas, pues los funcionarios de policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuviera conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención que fueran necesarias por razón de urgencia, tal y como disponen los artículos 259 y 284 LECrim. en el mismo sentido. El hallazgo casual de efectos que pudieran ser constitutivos de un objeto delictivo obliga a los funcionarios de la policía judicial que realizan la investigación y, en su caso, a los funcionarios de la Administración de Justicia, a su intervención y a la realización de aquellas diligencias necesarias para la investigación del delito para su persecución. Ese hallazgo casual participa de la naturaleza de la flagrancia que permite el registro e intervención de efectos, por lo que si, como sucede en el hecho objeto de la impugnación, el Juzgado de Instrucción proporcionó en la investigación un mandamiento de entrada y registro para la intervención de objetos de procedencia ilícita y se obtuvieron efectos que podían constituir el objeto de un delito contra la salud pública, la intervención de los mismos se

enmarca en una correcta actuación por parte de los funcionarios de policía judicial toda vez que el registro se practicó con observancia de la legalidad, constitucional y procesal, existió la debida proporcionalidad y los efectos intervenidos lo fueron casualmente, lo que se corrobora por la suspensión del registro para que en la diligencia intervinieran perros para ayudar a la intervención de sustancias tóxicas.”

A este respecto nos parece interesante la STS de 20 de septiembre de 2006, en la que el Tribunal Supremo entendió que no existía flagrancia. Se trataba de un supuesto en que se llevó a cabo un registro sin autorización judicial tras producirse un incendio en una vivienda. Al apagar el fuego, los bomberos detectaron la presencia de un laboratorio para fabricar cocaína y avisaron a los agentes de la Policía Local, quienes acudieron a la vivienda y registraron la vivienda sin la oportuna resolución judicial. La sala de instancia entendió que estábamos ante un hallazgo casual, pero el Tribunal Supremo consideró que la intervención de los agentes de la policía no resultaba necesaria después de que los bomberos hubieran sofocado el incendio ya que éstos, en ausencia de víctimas y de que no había ninguna acción delictiva en curso que fuera preciso abortar, deberían haber trasladado esos indicios al juzgado y esperar la oportuna autorización judicial, estableciendo mientras tanto alguna vigilancia. En consecuencia, el Tribunal Supremo absolvió a los condenados por entender que el registro era ilegítimo desde el punto de vista constitucional al no poderse hablar de flagrancia.

Señaló el tribunal: *“el tribunal de instancia no puede aplicar la doctrina del hallazgo casual, para dar un posible marchamo de regularidad a la actuación policial, porque para que lo obtenido de ese modo pueda ser tomado en consideración a efectos probatorios, es necesario que el descubrimiento acontezca en el curso de una intervención regular. Dado que ello no fue así, debe aplicarse el tenor del artículo 11.1 de la LOPJ. De modo que las pruebas obtenidas directa o indirectamente con vulneración de derechos fundamentales, no pueden surtir efectos en el proceso, haciéndolas rigurosamente inutilizables. (...) El tribunal de instancia habla a su vez de flagrancia, pero es una afirmación insostenible según el criterio del Tribunal*

Supremo, pues la flagrancia se reserva para acciones que son vistas por un tercero mientras acaecen, de tal manera que concurre una relación de sincronía. Para poder apreciar la flagrancia, es necesario que el delito sea percibido por alguien mientras se halla en vía de ejecución y que, precisamente, la salvaguarda del bien jurídico que se halle amenazado, exija una intervención inmediata sobre esa realidad en curso, aunque para ello tenga que sufrir menoscabo un derecho como el representado por la inviolabilidad domiciliaria. Es por ello que en el supuesto examinado no se puede decir que la invasión de la intimidad domiciliaria se pudiera considerar justificada y legítima, careciendo el registro policial de la vivienda abiertamente de justificación. Ello se hubiera salvado si, dada la situación de emergencia y tras lo observado en la vivienda, se hubiera dado traslado al juzgado de lo advertido, dando así lugar a una actuación ajustada a la legalidad”.

La STS de 23 de diciembre de 2010 ha aclarado a este respecto lo siguiente: a) Lo que realmente otorga validez a la práctica de un registro, cualquiera que fuere, no es sino la correcta habilitación judicial para la ejecución del allanamiento domiciliario legal, en el momento en el que éste se lleva a cabo, con la entrada de los funcionarios en la vivienda objeto de la pesquisa.

b) Una vez cumplido tal requisito esencial, a partir de ese momento, la actuación policial discurre en un ámbito perfectamente legítimo, en sus dimensiones espacial y temporal, durante su transcurso íntegro.

c) Por ello, cualquier hallazgo que, en tales circunstancias, se produzca no puede ser tachado de irregular vista la legalidad en la que la diligencia discurre.

d) Si a ello se une, además, la concurrencia de la proporción entre la injerencia en el derecho fundamental y la gravedad del ilícito inesperadamente descubierto, la diligencia adquiere una imprescindible cobertura, como en el presente supuesto acontece al tratarse de un posible delito contra la salud pública, sancionado por su trascendencia social con elevadas penas de prisión.

e) Tan sólo si se advirtiera que todo ello pueda responder, en realidad, a un designio intencionado de los funcionarios solicitantes del registro que

fraudulentamente hubieren ocultado al juez autorizante, por las razones que fueren, el verdadero motivo de su investigación, la violación del domicilio habría de ser considerada nula. Circunstancia que, en el caso que nos ocupa, ni siquiera ha sido objeto de sospecha.

De acuerdo con estos criterios, dice el tribunal: *"por consiguiente, debe concluirse, en definitiva, que el hecho de hallar, en un registro domiciliario, válida y fundadamente autorizado en su origen, efectos u objetos distintos de los correspondientes al ilícito inicialmente investigado, no convierte en ilegal la práctica de la diligencia así realizada, de modo que si aquella inicial autorización reunió todos los requisitos exigibles para ser tenida como correcta, los hallazgos producidos como resultado de la misma, han de ostentar pleno valor probatorio, cuando en las presentes diligencias concurre un dato que reforzaría, aún más el valor probatorio de la ocupación de la sustancia, cual es que autorizada la entrada y registro en el domicilio del recurrente por el Juzgado de Instrucción nº 2 Mataró, auto 8.11.2006, por los delitos de falsificación de documentos, falsificación de moneda, usurpación de estado civil y estafa, en el transcurso de la mencionada diligencia, que se unió a las 11,30 horas del día siguiente 9.11.2006, se localizaron (ver folios 77 vuelto, 78 y 79 más sustancias que pudieran ser estupefacientes), por lo que se suspendió el registro haciéndose constar en el acta por la Sra. Secretaria que "en este acto, a las 13 horas y puesto en contacto telefónico con la Ilma. Sra. Magistrado Juez de Mataró nº 2 autoriza la entrada para ampliarla a sustancias estupefacientes. Continuándose el registro, interviniéndose las sustancias y objetos que se detallan en la diligencia: Autorización telefónica que se vio complementada por el auto dictado ese mismo día 9.11.2006 por el Juez Instructor en cuyo antecedente de hecho se hace constar que "en la mañana de hoy, esta Instructora, en funciones de guardia, ha recibido llamada telefónica de la Secretaria de Guardia de Barcelona, comunicando que durante la práctica del registro en el citado domicilio se han encontrado 7 Kg. de hachís y unas papelinas de cocaína". "Por vía telefónica, esta instructora ha autorizado dicho registro e incautación, ampliando así el objeto de la diligencia acordada*

en el día de ayer para comprender también un presunto delito de tráfico de drogas".

En base a todo lo expuesto aunque se conceptuase que el hallazgo de la droga no estaba cubierto por la literalidad del primer mandamiento judicial, en todo caso quedaría amparado por la flagrancia delictiva, no siendo nula tal diligencia, pues de tal aspecto fáctico tuvo conocimiento el órgano jurisdiccional a través de la Secretaria Judicial que fedataba la diligencia, y el detenido fue interrogado por tal hallazgo, dando las explicaciones que tuvo a bien, que el tribunal de instancia no consideró creíbles".

Por tanto, para saber si el hallazgo casual puede quedar amparado por la flagrancia delictiva deberemos analizar cada caso concreto, de acuerdo con los criterios jurisprudenciales expuestos.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el tratamiento de los hallazgos casuales es prácticamente idéntico al mantenido por el Tribunal Supremo⁸⁸⁶. Así, la STC 41/1998, de 24 de febrero, afirmó que *"el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquéllos, pues los funcionarios de policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuviera conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención"*.

Es interesante el ATC 161/2004, en el que se estimó la licitud de un hallazgo casual de un arma en el transcurso de una diligencia de entrada y registro para la investigación de un delito diferente. En este caso, los agentes que practicaron el registro pusieron en conocimiento del juez el hallazgo del arma, solicitando la oportuna autorización para ampliar la investigación al nuevo hecho encontrado. Según el Tribunal Constitucional, el auto ampliatorio extiende la investigación al nuevo hecho delictivo y tutela lo que, en relación con el nuevo hecho descubierto, pueda obtenerse de la subsiguiente entrada y registro, pero no a lo ya hallado casualmente bajo la cobertura de un auto

⁸⁸⁶ Vid. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: *Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal...* cit., pág. 30.

Vid. también SSTC 49/1999, de 5 de abril y 139/1999, de 22 de julio.

anterior. No es admisible, pues, ante la perspectiva constitucional, que la aprehensión del arma, en cuanto hallazgo casual, se repute viciada de nulidad porque el inicial auto hubiera autorizado en exclusiva la incautación de elementos probatorios relacionados con otro delito, y no con el de tenencia ilícita de armas, pues se trató de un descubrimiento casual. Tampoco es posible sostener que los efectos de la eventual ilicitud de un posterior auto puedan retrotraerse a un momento procesal anterior al de su dictado, cuando el acto anterior se ha realizado a cubierto de un mandamiento judicial que obliga a la policía a actuar y a poner en conocimiento del órgano judicial, no sólo la recogida de los elementos probatorios relacionados con el delito hasta entonces investigado, sino también todo lo que guarde relación con el descubrimiento de un nuevo delito. Por tanto, el Tribunal Constitucional entendió que el descubrimiento casual estaba debidamente cubierto y amparado.

En conclusión, y tras analizar el tema, nos parece que no se puede negar la evidencia de un hallazgo fortuito y, por tanto, la evidencia material de la comisión de un ilícito penal, ya que esto iría en contra del principio de persecución de hechos criminales y el interés general de evitar la impunidad de las conductas delictivas. Ahora bien, en nuestro derecho no hay una norma legal que dé respuesta en estos casos y las soluciones aportadas por la doctrina y la jurisprudencia son muchas y no son unánimes⁸⁸⁷.

En nuestra opinión, hay que partir de si existía o no una base legal previa que justificara el hallazgo casual, esto es, si existía previamente una habilitación legal para llevar a cabo esa diligencia, de manera que el conocimiento de las pruebas de un nuevo hecho delictivo se produce de manera sobrevenida en el transcurso de la práctica de ésta. Si la diligencia inicial para investigar un hecho delictivo era lícita, no debe rechazarse a priori la validez de los posibles hallazgos casuales de otro tipo penal, ya que esta diligencia inicial, en un primer momento, da cobertura suficiente a la quiebra del

⁸⁸⁷ Vid. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: *Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal...*cit., pág. 55.

derecho fundamental, como la inviolabilidad domiciliaria, intimidad de las comunicaciones⁸⁸⁸,....

Ahora bien, una vez descubierto el hallazgo casual hay que respetar al máximo las garantías de los derechos en juego. Así, pensamos que, quien esté realizando la diligencia, debe suspenderla, adoptando las medidas de aseguramiento de los efectos del delito que resulten convenientes, y solicitar del juez la oportuna ampliación de la autorización inicial para proseguir con la diligencia con relación a los nuevos elementos hallados, si estamos ante un supuesto de conexión, o bien solicitar una nueva autorización judicial si los delitos son totalmente independientes⁸⁸⁹. Sólo en el caso de que existiera un riesgo real de desaparición de los efectos del delito si se procediese de este modo, la actuación de las personas que prosiguieran con la diligencia podría quedar amparada por la flagrancia delictiva.

Como señala ÁLVAREZ DE NEYRA es importante este tema, y también lo es la necesidad de formar un cuerpo doctrinal consolidado que dé una respuesta unitaria y clara al respecto⁸⁹⁰.

⁸⁸⁸ Compartimos la opinión con ÁLVAREZ DE NEYRA cuando dice: “*por consiguiente, el hecho de hallar en un registro domiciliario, válida y fundamentalmente autorizado en su origen, efectos u objetos distintos de los correspondientes al ilícito inicialmente investigado, no convierte en ilegal la práctica de la diligencia así realizada, de modo que si aquélla inicial autorización reunió todos los requisitos exigibles para ser tomada como correcta, los hallazgos producidos como resultado de la misma, han de tener valor probatorio*”. Vid. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: *Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal...cit.*, pág. 61.

⁸⁸⁹ En este caso el juez debería analizar si procede dictar una nueva autorización y abrir una nueva causa prosiguiendo una investigación distinta a la que ha sido punto de arranque.

⁸⁹⁰ Vid. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: *Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal...cit.*, pág. 63.

Esta autora explica y se muestra favorable a la doctrina norteamericana del “*plain view*” al respecto, indicando que “*sobre la base de esta doctrina, si un objeto es descubierto por un agente de policía desde un lugar en el que se encuentra legalmente, ese descubrimiento no queda viciado por ilegalidad alguna y su resultado podrá ser utilizado como prueba en el acto del juicio. Lo que se exige, en todo caso, es que el objeto encontrado tenga por sí mismo la suficiente fuerza incriminatoria, es decir, debe existir causa probable de que el objeto es el fruto, instrumento o prueba del delito, sin que pueda consentir la más mínima actividad investigadora sobre el mismo para alcanzar ese estándar de causa probable. En ningún caso puede ser utilizada esta doctrina para ampliar órdenes de entrada y registro generales o de prospección*”. Así, en las entradas y registros, aquellos objetos, efectos,... que se puedan observar a simple vista por la autoridad policial que está legalmente amparada para

Por otra parte, rechazamos la posibilidad de cualquier tipo de diligencia de prospección o pre-delictual por ir en contra de los principios básicos de nuestro sistema penal en un Estado de Derecho, por lo que hay que exigir la concreción de los objetos a registrar en relación a un ilícito penal.

Si bien es cierto que las normas sobre la prueba, dadas las actuales características de la delincuencia, entre las que proliferan la sofisticación, organización y globalización, hacen que su persecución y castigo devenga complicada y conduzca en ocasiones a absoluciones indeseables, el Estado de Derecho obliga a que el proceso penal proteja el catálogo de derechos recogidos en el texto fundamental o en normas de legalidad ordinaria, de manera que la vulneración de éstos carezcan de eficacia probatoria en el proceso⁸⁹¹. Valorar la prueba prohibida comporta ignorar las garantías establecidas en el propio ordenamiento.

En todo caso, es necesario preservar un núcleo de derechos cuya vulneración determina la ilegitimidad de la condena por estar en juego la dignidad de la persona; de esta manera se protegen tanto los derechos de las personas como la obtención de la verdad. Y *“rechazar dicha consecuencia conduce a diluir las garantías y derechos del imputado, no sólo en la investigación sino en su derecho a la prueba como parte de aquel otro incluido en el derecho al proceso debido. Esta finalidad no excluye, sino al contrario, la consecución de otras metas como preservar el quehacer jurisdiccional, corregir errores cometidos en detrimento de los ciudadanos o incorporar un efecto disuasorio sobre las conductas de las autoridades de investigación”*⁸⁹².

encontrarse en el lugar desde el que puede ver estos elementos incriminatorios, son susceptibles de registro, aún sin expresa autorización judicial, por lo que se pueden introducir como prueba en el proceso.

⁸⁹¹ Señala ARMENTA DEU que en materia de prueba ilícita es necesario fijar unos mínimos, *“mínimos que se extiendan y comprendan los presupuestos que regirán las limitaciones de derechos fundamentales, pero también las relativas a garantizar las actuaciones policiales, ya sean previas al proceso, ya se incluyan en su fase investigadora, así como a la incorporación de su resultado al proceso o a su admisión y práctica o reproducción en el juicio”*. Vid. ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita (un estudio comparado)*...cit., pág. 151.

⁸⁹² Vid. ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita (un estudio comparado)*...cit., pág. 61.

CAPÍTULO VII: LOS REGISTROS EN ESTABLECIMIENTOS MILITARES

7.1. INTRODUCCIÓN

Un tema importante que se plantea en la práctica es la licitud de las labores de control o inspección, así como de la ejecución de actos, fundamentalmente de la Administración, que pueden implicar la vulneración de derechos fundamentales y concretamente del derecho a la intimidad domiciliaria, cuando para llevar a cabo las acciones precitadas se hace necesaria la entrada en determinados lugares que pueden tener la consideración de domicilio. En consecuencia, podríamos encontrarnos ante un delito de allanamiento si resultasen violados tales derechos.

En efecto, existe una permanente tensión entre la preocupación de los ciudadanos por proteger su intimidad y la necesidad de la Administración de ejercer sus competencias y fines frente a la invocación de tales derechos. Lo que se trata de evitar es que una actitud excesivamente rígida por parte de la Administración pueda comportar una vulneración de los derechos fundamentales reconocidos a los individuos por nuestra Constitución. Esta controversia no ha encontrado una solución pacífica.

Ahora bien, también es cierto que los derechos reconocidos por la Constitución no son absolutos ni ilimitados⁸⁹³. Debido a su coexistencia con otros derechos e intereses protegidos por la Constitución, pueden establecerse límites al ejercicio de los derechos fundamentales, siempre y cuando se establezcan por ley, se justifiquen en la protección de un derecho, bien o

⁸⁹³ *Vid.* SSTC 98/2000, de 10 de abril, 156/2001, de 2 de julio, 70/2009, de 23 de marzo y 173/2011, de 7 de noviembre.

interés constitucional, sean adecuados y proporcionados para garantizar dicha protección y respeten el contenido esencial del derecho regulado⁸⁹⁴.

En concreto, y respecto al derecho a la intimidad que es el que se protege mediante la figura delictiva que acabamos de analizar, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, declara en su Exposición de Motivos que *“los derechos protegidos en la ley no pueden considerarse absolutamente ilimitados. En primer lugar, los imperativos de interés público pueden hacer que por ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad, que no podrán ser reputadas legítimas. De otro lado, tampoco tendrán este carácter las consentidas por el propio interesado, posibilidad ésta que no se opone a la irrenunciabilidad abstracta de dichos derechos...”*⁸⁹⁵.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el derecho a la inviolabilidad del domicilio no es absoluto, y *“limita con los demás derechos y los derechos de los demás, y por ello su protección constitucional puede ceder*

⁸⁹⁴ “A tal fin, como ya ha reiterado en diversas ocasiones este tribunal, conviene tener presente, de una parte, que sólo ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, puedan ceder los derechos fundamentales..., y de otra que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho más allá de lo razonable..., de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido..., y ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone (...), y, en todo caso, respetar su cometido esencial (...), si tal derecho aún puede ejercerse”. STC 120/1990, de 27 de junio.

⁸⁹⁵ La STC 173/2011, de 7 de noviembre, al tratar el derecho a la intimidad, señala que los requisitos que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia en un derecho fundamental son los siguientes: *“la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley (principio de legalidad), y la estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado, a su vez, en las tres siguientes condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) (STC 89/2006, de 27 de marzo)”*.

en determinadas circunstancias como son el consentimiento del titular, estar cometándose un delito flagrante y la autorización judicial, a guisa de garantía” (STC 50/1995, de 23 de febrero). Ahora bien, estos límites tienen un carácter taxativo⁸⁹⁶.

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 27 de abril de 1998, que tras señalar que la inviolabilidad del domicilio garantiza la intimidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el ámbito de la privacidad, recuerda que *“dicha inviolabilidad cede ante determinados valores que en una sociedad democrática hacen necesario en casos individualizados la injerencia en el ámbito íntimo de la vivienda privada, como puede ser la investigación de los hechos delictivos, siempre bajo la tutela y garantía del Poder Judicial, siendo un órgano jurisdiccional independiente quien, de forma razonada y previa ponderación de la proporcionalidad, razonabilidad y necesidad de la medida, autorice la entrada y registro”*.

A esto cabe añadir que determinados ciudadanos, en atención a la relación de supremacía especial que les une con la Administración, pueden padecer restricciones específicas respecto de determinados derechos. Este es el caso de los miembros de las Fuerzas Armadas. Siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el estatuto de los militares se inserta en el marco de las relaciones de sujeción especial, con mayor intensidad aún que el resto de servidores públicos⁸⁹⁷. Esta misma idea ha sido apuntada por el Tribunal Constitucional en el ATC 375/83, de 30 de julio, a consecuencia del recurso de amparo interpuesto por uno de los redactores del “Manifiesto de los Cien”: *“la específica naturaleza de la profesión militar exige en su organización un indispensable sistema jerárquico, manifestado en una especial situación de sujeción enmarcada en la disciplina, que impone una precisa vinculación descendente para conseguir máxima eficacia y el factor de precisa conexión*

⁸⁹⁶ Vid. STC 126/1995, de 25 de julio.

⁸⁹⁷ Vid. PASCUA MATEO, F.: *Reflexiones en torno al derecho de asociación de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil*, en Revista de Administración Pública, nº 160, 2003, págs. 361-398.

que obliga a todos por igual (...). Disciplina que indudablemente condiciona el ejercicio por los militares de las libertades públicas realizadas a través de acciones colectivas en determinados supuestos, como lo demuestra que la Constitución expresamente permita que se limite o excluya del ámbito del derecho de sindicación a los miembros de las Fuerzas Armadas en el artículo 29.2, estando con ello en consonancia lo previsto en los artículos 180, 181 y 182 de las Reales Ordenanzas, al prohibir en amplio espectro a los militares el ejercicio colectivo de determinados derechos de carácter político-social”.

En atención, por tanto, a razones como la extraordinaria relevancia de sus funciones que le encomienda la Constitución⁸⁹⁸ y la Ley de Defensa Nacional, su derecho a portar armas, así como los valores que inspiran su actuación en aras a la consecución de tales fines⁸⁹⁹, deben estar sometidos a una restricción de sus derechos, que se justifica por la necesidad de proteger

⁸⁹⁸ El artículo 8 CE establece las misiones de las Fuerzas Armadas: *“Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional”.*

⁸⁹⁹ El Tribunal Constitucional se refiere a este peculiar código de valores en el Auto 375/1983, de 30 de julio, en el que al admitir la situación de sujeción especial de los miembros de las Fuerzas Armadas dice que *“no puede haber duda que, dada la importante misión que a las Fuerzas Armadas asigna el artículo 8.1 de la Constitución, representa un interés de singular relevancia en el orden constitucional el que las mismas se hallen configuradas de modo que sean idóneas y eficaces para el cumplimiento de sus altos fines. A tal fin, la específica naturaleza de la profesión militar exige en su organización un indispensable sistema jerárquico manifestado en una especial situación de sujeción enmarcada en la disciplina, que impone una precisa vinculación descendente para conseguir la máxima eficacia y el factor de precisa conexión que obliga a todos por igual”.*

En el Auto 446/1984, de 11 de julio, en relación con los bienes jurídicos protegidos por los delitos contra el honor militar se razona que *“guardan relación directa con la peculiar naturaleza y singulares valores de la organización castrense, dentro de la que destaca la condición o estatus del militar, como particular manera de ser y actuar en pro de altos fines, que comporta la sujeción a un sistema normativo en que se imponen de forma muy significativa determinados valores”.*

Esta idea ha sido reiterada por el Tribunal Constitucional en varias Sentencias. Así, la STC 180/1985, de 19 de diciembre, señala que las peculiaridades del Derecho Penal y Procesal militar resultan de la *“organización profundamente jerarquizada del ejército, en que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar los fines encomendados a la institución por el artículo 8 de la Constitución”.*

ciertos fines o intereses constitucionalmente reconocidos, ello, con las debidas garantías.

Con carácter general, dos grupos de razones justifican la pertinencia de un estatuto especial: la voluntariedad de su ingreso y el respeto a determinados principios que se centran en la disciplina, jerarquía, unidad y neutralidad, para estar en condiciones de responder a las exigencias en el ámbito de la seguridad y defensa nacional.

Aunque el principio de jerarquía es de general aplicación al conjunto de las Administraciones Públicas, su impronta particular como fundamento de un régimen disciplinario específico para los militares ha sido acogida por el Tribunal Constitucional⁹⁰⁰.

Así, por ejemplo, la Constitución prevé la posibilidad de que los militares vean limitados determinados derechos como la pertenencia a partidos políticos y sindicatos⁹⁰¹, la libertad de circulación y residencia, la libertad de expresión o el derecho de petición⁹⁰².

En este último extremo nos detendremos más adelante al analizar la normativa aplicable a los miembros de las Fuerzas Armadas.

⁹⁰⁰La STC 21/1981, de 15 de junio, reconoce la singularidad del régimen disciplinario militar atendiendo a la consideración de subordinación jerárquica y la disciplina como valores primordiales en el ámbito castrense.

La STC 24/1999, de 8 de marzo, señala que *“las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales de los miembros de la institución militar, justificada en la existencia de una relación de sujeción especial especializada con la Administración, sólo son admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión encomendada a tales”*.

⁹⁰¹ El artículo 28 de nuestra norma fundamental reconoce el derecho a sindicarse libremente, si bien dice que la ley podrá limitar o exceptuar el contenido de este derecho a las fuerzas o institutos armados o a los demás cuerpos sometidos a disciplina militar.

⁹⁰² El artículo 29 CE reconoce el derecho de petición. En su apartado 2 se refiere a los miembros de las Fuerzas o Institutos Armados o de los cuerpos sometidos a la disciplina militar diciendo que podrán ejercer este derecho sólo individualmente y de acuerdo con su disposición específica.

Siguiendo con la protección del derecho a la intimidad, ya hemos dicho que el artículo 18 de la Constitución reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar. La intimidad se encuadra dentro de los llamados derechos de la personalidad, derivados de la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 de la Constitución⁹⁰³. Se considera como el reducto más privado de la vida del individuo, como el espacio que el sujeto reserva para sí y excluye del conocimiento de terceras personas⁹⁰⁴.

Los derechos reconocidos en el artículo 18.1 de la Constitución poseen varios cauces de protección⁹⁰⁵: el derecho de rectificación⁹⁰⁶, la protección civil⁹⁰⁷ y la protección penal, que se materializa en la regulación de diversos tipos penales cuyo bien jurídico protegido son estos derechos, y que respecto a la intimidad domiciliaria se articula a través del delito de allanamiento de morada que acabamos de analizar.

La morada o domicilio es, precisamente, una de las expresiones más importantes del ámbito de la intimidad personal o familiar, razón por la que es

⁹⁰³ Vid. SSTC 233/05, de 26 de septiembre y 150/2011, de 29 de septiembre. Señala esta última que el derecho a la intimidad personal y familiar *“implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana y que se halla estrictamente vinculado a la propia personalidad y deriva de la dignidad de la persona que el artículo 10.1 CE reconoce. Por último, este tribunal ha identificado como “domicilio inviolable” (artículo 18.2 CE) el espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y donde ejerce su libertad más íntima y, en consecuencia, el objeto específico de protección en este derecho fundamental es tanto el espacio físico en sí mismo como también lo que en él hay de emanación de la persona que lo habita”*.

⁹⁰⁴ La STC 70/2002, de 3 de abril, declara que la intimidad implica *“la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás”*.

⁹⁰⁵ En cuanto a estas vías cabe señalar que son alternativas, pudiendo el ciudadano escoger la que considere más conveniente.

⁹⁰⁶ El derecho de rectificación atiende al deseo del afectado a que se publique la corrección de una información errónea que puede afectar su buen nombre.

⁹⁰⁷ La protección civil se halla regulada en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, que prevé como medidas protectoras el cese de la intromisión ilegítima y la indemnización por daños y perjuicios.

objeto de especial protección constitucional⁹⁰⁸ y penal. La inviolabilidad del domicilio se concibe, por tanto, como una garantía de la vida privada y como una concreción del derecho a la intimidad domiciliaria⁹⁰⁹. Pero además esta garantía aparece reforzada por nuestra norma fundamental al prohibir cualquier tipo de entrada o registro salvo en los casos previstos expresamente en su texto.

La conducta de entrar un domicilio ajeno, para que sea lícita, ha de realizarse respetando las garantías constitucionales y legales, ya que de lo contrario podríamos aplicar los tipos recogidos en el código penal. Si no se dan esas circunstancias no será posible la entrada, estando sancionada la indebida injerencia en morada ajena con la pertinente responsabilidad penal. Vamos a analizar los supuestos en los cuales la conducta sería atípica por respetar dichas garantías y requisitos.

7.2. ALGUNAS NOTAS SOBRE LAS RELACIONES DE ESPECIAL SUJECCIÓN

La doctrina de las relaciones de especial sujeción⁹¹⁰ tiene su origen, al menos desde el punto de vista terminológico, hacia mediados del siglo pasado⁹¹¹.

⁹⁰⁸ El artículo 18.2 de la Constitución declara que el domicilio es inviolable, y que no cabe ninguna entrada o registro en él salvo en tres casos excepcionales: resolución judicial, flagrante delito o consentimiento del titular.

⁹⁰⁹ Vid. MAGRO SERVET, V. *Casuística sobre el concepto penal de domicilio en la diligencia de entrada y registro...*cit., pág. 1764.

Por su parte, la STC 94/1999 de 31 mayo, señala que es un aspecto de protección de la intimidad que sirve al libre desarrollo de la personalidad.

⁹¹⁰ En la doctrina española el estudio de esta figura ha sido escaso y casi siempre desde el campo administrativo. Vid. GÓMEZ MARTÍNEZ, R.: *Derechos fundamentales y condición militar*, Thomson Reuters, Navarra, 2010, pág. 70.

⁹¹¹ En su origen histórico, la doctrina alemana utilizaba la expresión de relaciones de poder especial. Vid. MUÑAGORRI LAGUÍA, I., PINTO DE MIRANDA RODRÍGUEZ, A. M., RIVERA BEIRAS, I.: *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción...*cit., pág. 70.

Esta doctrina ha sido utilizada para fundamentar restricciones a los derechos fundamentales de determinados colectivos en atención a la especial relación entre éstos y la Administración; es el caso, por ejemplo, de presos, militares o funcionarios, siendo las dos primeras categorías aquellas en las que más se han limitado los derechos en virtud de esta relación de supremacía especial. Así, junto a la relación de sujeción general derivada de la propia existencia del estado, la doctrina alemana fue configurando esta categoría de relaciones de supremacía especial. Desde su inicial configuración como “zona del no derecho”, esta categoría ha ido delimitando paulatinamente las relaciones entre ciertas categorías de ciudadanos y la Administración⁹¹².

Las relación de sujeción especial se pueden definir como aquella construcción jurídica que fundamenta un debilitamiento o minoración de los derechos de los ciudadanos, o de los sistemas institucionalmente previstos para su garantías, como consecuencia de una relación cualificada de los poderes públicos, derivada de un mandato constitucional o de una previsión legislativa conforme con aquélla que puede ser, en algunos casos, voluntariamente asumida y que, a su vez, puede venir acompañada del reconocimiento de algunos derechos especiales a favor del ciudadano afectado por tal institución o de la restricción de determinados derechos⁹¹³.

⁹¹² Así, GARCÍA DE ENTERRÍA distingue entre las relaciones generales que afectan a todos los ciudadanos por su consideración como tales, en cuanto súbditos del poder público, sin necesidad de títulos concretos, y las especiales, que sólo son ejercitables sobre quienes estén en una situación determinada de subordinación derivada de un título concreto. *Vid. MUÑAGORRI LAGUÍA, I., PINTO DE MIRANDA RODRÍGUEZ, A. M., RIVERA BEIRAS, I.: Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción...cit., pág. 71.*

⁹¹³ Podemos encontrar otras definiciones como la de BACIGALUPO quien indica que este término hace referencia a relaciones estrechas entre el estado y el ciudadano, referido particularmente a las relaciones que se dan en la escuela pública, los establecimientos penitenciarios y, en general, a las relaciones que se generan dentro de establecimientos públicos, así como a las que existen entre el estado y los funcionarios o los sometidos al servicio militar.

Por su parte, GARRIDO FALLA señala que estas relaciones traducen una antigua institución propia del derecho administrativo “*que designa el contenido de lo que se conoce como policía administrativa, esto es, aquella actividad que la Administración despliega en el ejercicio de sus*

En este sentido, la existencia de una relación jurídica de este tipo actúa como un título legitimador para limitar los derechos fundamentales, es decir, justifica la posible limitación de los derechos fundamentales de los sujetos que forman parte de ella⁹¹⁴.

Vamos a analizar ahora brevemente el surgimiento histórico de esta figura en nuestro país.

Parece que este concepto se utiliza por primera vez en nuestro derecho en la traducción que hace ÁLVAREZ GENDÍN de las “*Instituciones de Derecho Administrativo*” de F. Fleiner. Posteriormente este término ha sido acuñado por GARRIDO FALLA y GARCÍA DE ENTERRÍA, siendo estudiado y desarrollado especialmente por GALLEGU⁹¹⁵.

Con anterioridad, a diferencia del derecho alemán⁹¹⁶, este concepto no es utilizado por la doctrina española. Sin embargo, a lo largo del siglo XIX y principios del XX en España existe una Monarquía constitucional en la que el rey goza de unas prerrogativas que le permiten hacer y deshacer con total libertad en la esfera interna del estado. Dentro de este ámbito de

propias potestades que, por razones de orden público, limita los derechos de los administrados mediante el ejercicio, en su caso, de la coacción sobre los mismos”.

Vid. MUÑAGORRI LAGUÍA, I., PINTO DE MIRANDA RODRÍGUEZ, A. M., RIVERA BEIRAS, I.: *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción...cit.*, págs. 68 y ss.

En el debate doctrinal de Maguncia se definió como “*aquella relación jurídico pública de sometimiento, en el ámbito del Derecho Administrativo, en la que se encuentran aquellas personas que, como parte integrante del aparato administrativo, están bajo la dirección inmediata del poder público, con cierto carácter duradero y en favor de un determinado fin administrativo*”. Vid. GÓMEZ MARTÍNEZ, R.: *Derechos fundamentales y condición militar...cit.*, pág. 69.

⁹¹⁴ Vid. ABA CATORIA, A.: *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 159.

⁹¹⁵ Vid. GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 110.

⁹¹⁶ Las raíces de este concepto se vislumbran en la relación de vasallaje germánica, en la que el señor y el vasallo intercambiaban protección por fidelidad; esta relación evolucionó desde su carácter privado inicial hacia una relación pública entre cargo administrativo o político y monarca, al ocupar algunos de aquellos vasallos ciertos cargos públicos, constituyéndose así esta relación en una forma de servicio indirecto al estado. Vid. GÓMEZ MARTÍNEZ, R.: *Derechos fundamentales y condición militar...cit.*, pág. 62.

discrecionalidad administrativa se encuentran determinados colectivos, como empleados públicos o militares que están sometidos a una relación intensificada con la Administración, en virtud de la cual tienen un status jurídico especial con grandes restricciones en sus derechos⁹¹⁷. Esta relación muestra, pues, unas peculiaridades caracterizadas por la carencia de garantías jurídicas de esos grupos frente al poder, que se mantiene hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978, tras la cual siguen existiendo las relaciones de especial sujeción pero las restricciones de sus derechos ha de realizarse dentro de los límites marcados por el texto constitucional.

La propia estructura constitucional del siglo XIX otorga estas amplias prerrogativas al monarca y, por ende, se produce una restricción de la libertad de los individuos sujetos a ese vínculo que tiene consecuencias jurídicas de gran trascendencia⁹¹⁸: las personas que se encuentran dentro de estos grupos no gozan de derechos fundamentales, y si lo hacen, es de forma muy restrictiva; la reserva de ley no tiene validez, aunque resulten afectados derechos fundamentales⁹¹⁹; y la actividad de la Administración no está sujeta a control jurisdiccional alguno⁹²⁰.

⁹¹⁷ El rey tiene plenitud de poder y ejerce como único titular del poder ejecutivo. Vid. GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución...cit.*, págs. 135 y ss.; GÓMEZ MARTÍNEZ, R.: *Derechos fundamentales y condición militar...cit.*, págs. 62 y ss.

⁹¹⁸ Vid. GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución...cit.*, págs. 141 y ss.

⁹¹⁹ Así, por ejemplo, en la esfera de la organización militar, por meras circulares, bandos u otras normas administrativas, se prohíbe a militares y soldados el ejercicio de derechos fundamentales, como el de reunión o manifestación. En el ámbito de los funcionarios públicos, la Ley de Bases de 22 de julio de 1919 hace una remisión en blanco, ya que remite el ejercicio del derecho de asociación de los funcionarios a lo que dijera la Orden Ministerial dictada por el Ministro correspondiente. Vid. GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución...cit.*, pág. 151; GÓMEZ MARTÍNEZ, R.: *Derechos fundamentales y condición militar...cit.*, pág. 64.

⁹²⁰ Un ejemplo clásico de la imposibilidad de acudir a la vía contenciosa son los tribunales de honor, frente a cuyas resoluciones no cabe recurso alguno. Estos tribunales los encontramos en el Código de Justicia Militar de 1890, pero también se extendieron para funcionarios públicos en la Ley de Bases de 22 de julio de 1918 (base 6ª).

Podemos encontrar otros muchos ejemplos, sobre todo en el ámbito militar; así, una Real Orden de 31 de agosto de 1866 admitía la expulsión del ejército, sin recursos, de aquellos

Por tanto, en esta época se entiende que los individuos que entran en un estatus especial renuncian a sus derechos, y las normas que dicta la Administración sólo reflejan las obligaciones propias del servicio de estas personas. Los colectivos más afectados eran los militares y funcionarios, cuya indefensión era una consecuencia de su sometimiento a este estatus especial y de la consideración de que, en la esfera interna, la Administración podía actuar con discrecionalidad e inmunidad frente al control jurisdiccional⁹²¹.

Como hemos indicado, uno de los grupos que más “padeció” por este sometimiento fue el ejército. Así, la fuerza militar se convierte en una institución que únicamente obedece al monarca y respeta la Constitución si éste lo hace. Esta separación entre fuerza armada y ciudadanía tiene como consecuencia que el militar se encuentre en un círculo cerrado, sometido al rey y a un estricto sistema de órdenes jerárquicas, con negación de sus derechos fundamentales⁹²². Las restricciones de derechos que se aplicaban a los militares descansaba sobre todo en la idea de que, en la organización militar, la disciplina sintetizaba las virtudes militares: fidelidad, lealtad, responsabilidad, y obediencia. Bajo esta premisa, durante esta época prevaleció el principio monárquico en el ámbito militar, de manera que el rey tenía amplias potestades sobre este colectivo, lo que le llevaba a dirigir los ejércitos directamente, con la siguiente afectación y merma de los derechos de los militares. Habrá que

militares que diesen escándalo o se rebajasen ante sus inferiores de manera que se menoscabase el prestigio de su mando. *Vid.* GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución...cit.*, págs. 152 y ss.

⁹²¹ *Vid.* GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución...cit.*, pág. 154.

⁹²² *Vid.* GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución...cit.*, pág. 128. Apunta este autor que el ejemplo más significativo de separación de la sociedad civil y sometimiento a un estatus especial llevado al límite lo constituye la Guardia Civil. Fue creada por Real Decreto de 28 de marzo de 1844 como un órgano de seguridad interior vinculado a la autoridad civil, convirtiéndose en una institución militarizada mediante Real Decreto de 13 de mayo de 1846, con autonomía de hecho en relación al ejército. El funcionamiento interno de esta institución estaba recogido en su “Cartilla”, aprobada el 20 de diciembre de 1845, que normativizaba las 24 horas de la vida del guardia civil, sus relaciones, misiones, llegando a regular incluso aspectos personales como carácter, ocio, lenguaje, costumbres, compañías, etcétera.

esperar a la Constitución de 1978 para que se replantee este concepto de obediencia y se garanticen los derechos fundamentales de los miembros de las Fuerzas Armadas, de manera que deja de ser válida la fórmula de “obediencia ciega”⁹²³. Hay que buscar un equilibrio y compatibilizar la salvaguardia de la jerarquía y disciplina militar, esencial para el buen funcionamiento del ejército, con el ejercicio de los derechos y obligaciones que tienen los militares como ciudadanos.

La época del régimen anterior a nuestra Constitución tampoco se caracteriza por el respeto de las garantías individuales. En el derecho español del momento se acoge el concepto de relación de especial sujeción, y se justifica dicha especial relación, por un lado, en el ingreso voluntario en estos grupos y, por otro, en el cumplimiento de los intereses generales. Se entiende que la esfera de la autoorganización era el ámbito doméstico de la Administración, en la que ésta podía actuar con libertad e impunidad. Los grupos básicamente vinculados por esta relación eran los funcionarios, estudiantes, militares y presos, y más tarde se incorporaron otros colectivos, como los establecimientos públicos, promotores de vivienda, espectáculos taurinos o incluso los detectives privados (puesto que necesitaban licencia), los Colegios Profesionales o las salas de fiesta⁹²⁴.

Tras la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 surge la cuestión de cómo compatibilizar las relaciones de especial sujeción con los principios democráticos del Estado Social y Democrático de Derecho, y los derechos fundamentales proclamados y reconocidos por la norma fundamental.

⁹²³ Vid. GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución...*cit., pág. 143.

⁹²⁴ Vid. GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución...*cit., págs. 155 y ss.; GÓMEZ MARTÍNEZ, R.: *Derechos fundamentales y condición militar...*cit., pág. 65.

Hay que reducir, pues, los estatus especiales a los límites establecidos por la Constitución⁹²⁵.

Nuestra Constitución no emplea este término, pero sí utiliza esta figura toda vez que prevé la limitación de derechos en aquellos casos en que sí existe esta relación⁹²⁶.

Estas relaciones de supremacía especial parecen encontrar su fundamento en que la Administración Pública, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 103, sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, por lo que, para cumplir fielmente sus funciones, quedaría justificado el establecimiento de un estatus especial respecto de determinados servidores públicos⁹²⁷, como los militares. Ahora bien, este precepto añade un último inciso: “*con sometimiento pleno a la ley y al derecho*”⁹²⁸, por lo que, si bien es cierto que podemos entender que cabe establecer estatus determinados en atención a las relaciones de especial sujeción de

⁹²⁵ Es necesario acomodar las relaciones de supremacía especial a los nuevos principios constitucionales, como la existencia de una única base legitimadora de los poderes del estado, la garantía de los derechos fundamentales, o el principio de legalidad y control de la actividad de la Administración por los tribunales. Vid. GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución...*cit., pág. 170.

⁹²⁶ Vid. GÓMEZ MARTÍNEZ, R.: *Derechos fundamentales y condición militar...*cit., pág. 70.

⁹²⁷ El Tribunal Constitucional ha admitido que bienes constitucionalmente protegidos puedan limitar derechos fundamentales. Vid. SSTC 22/1984 y 196/1987, que señala: “*la Constitución no impide al estado proteger bienes jurídicos constitucionalmente protegidos a costa del sacrificio de otros bienes igualmente reconocidos, ya se trate de derechos fundamentales ya de otros bienes o valores que gozan de protección constitucional. Negar la posibilidad de establecer limitaciones al ejercicio de aquellos derechos reconocidos constitucionalmente sin reserva de limitación o respecto a los cuales no se haya establecido un límite expreso será tanto como impedir a los órganos estatales que cumplan adecuadamente con las tareas que les impone el orden constitucional y desconocer que los conflictos entre intereses constitucionalmente protegidos deben resolverse dentro de la Constitución concebida como una unidad normativa que garantiza un sistema básico de valores. En este marco, el legislador puede imponer las limitaciones al contenido normal de los derechos fundamentales que vengan justificadas en la protección de otros bienes constitucionales y sean proporcionadas a la misma, que no sobrepasen su contenido esencial*”.

⁹²⁸ El principio de legalidad aparece también en el artículo 9 CE: “1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

determinadas personas que trabajan para la Administración, también es cierto que estos especiales estatus deben establecerse de acuerdo con lo fijado en la ley, partiendo, como no puede ser de otra manera, de la Constitución.

Así, los derechos fundamentales tienen validez en la esfera de las relaciones de especial sujeción, y tienen que ser respetados por la Administración en virtud del artículo 53.1 de la norma fundamental. Y es que, como hemos apuntado, la Administración está sometida a los principios del Estado de Derecho: respeto de los derechos fundamentales, principio de legalidad y control de su actividad por los tribunales. Además existe una reserva de ley absoluta respecto a los derechos fundamentales, ya que sólo pueden desarrollarse por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial⁹²⁹. Esto supone un vuelco radical respecto a la situación anterior: los derechos fundamentales y la reserva de ley tienen plena validez en el ámbito de las relaciones de especial sujeción, salvo las limitaciones expresamente establecidas por la Constitución⁹³⁰.

Por tanto, ostentar una determinada condición subjetiva actúa como cláusula limitativa de derechos fundamentales⁹³¹, ya que, si bien en principio todos los ciudadanos tienen los mismos derechos, el régimen de ejercicio de éstos puede variar de acuerdo con las limitaciones recogidas en el texto

⁹²⁹ Artículo 53.1 CE: “1. Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)”.

El artículo 161.1.a) prevé el recurso de inconstitucionalidad contra las normas jurídicas con rango de ley ante el Tribunal Constitucional.

⁹³⁰ Vid. GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución...cit.*, pág. 179; ABA CATORIA, A.: *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto...cit.*, pág. 163, quien apunta que “lo que sí cabe poner de manifiesto es lo poco explícita que es la Constitución en comparación con otros textos, como el alemán, que se ha encargado de limitar expresamente los derechos del militar, cerrando, en principio, la posibilidad de ampliar las restricciones a través de los límites implícitos (...). Estamos ante evidentes especialidades limitativas que han de resultar completamente justificadas en la Constitución, por lo que aquellas otras sin fundamento constitucional han de ser rechazadas en cuanto que vulneran los derechos y libertades fundamentales”.

⁹³¹ Vid. ABA CATORIA, A.: *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto...cit.*, pág. 162.

constitucional. La Constitución recoge las restricciones, o bien limitando el derecho en todo caso, o bien habilitando al legislador ordinario para perfilar la limitación dentro de las previsiones constitucionales, o para no regular esa limitación concreta⁹³².

Así, el artículo 25.2 de la Constitución limita algunos derechos fundamentales de los presos (como la libertad), pero les reconoce otros como el derecho al trabajo, al libre desarrollo de su personalidad... Reza este artículo: “2. (...) *El condenado a pena de prisión que estuviera cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrán derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso de la cultura y al desarrollo integral de su personalidad*”.

Los artículos 28.1 y 103.3 restringen el derecho de sindicación de algunos colectivos; así, el artículo 28.1 establece que la ley podrá limitar o exceptuar el contenido de este derecho a las Fuerzas o Institutos Armados o a los demás cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. Por su parte, el artículo 103.3 dispone que la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos y, las peculiaridades del ejercicio de su derecho de sindicación.

El derecho de huelga en algunos casos está limitado y en otros prohibido, en virtud de lo dispuesto en el artículo 28.2: “2. *Se reconoce el derecho de huelga para los trabajadores en defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad*”.

Las Fuerzas Armadas y los cuerpos sometidos a disciplina militar no gozan del derecho de petición colectiva, ya que sólo pueden ejercer este

⁹³² Vid. GÓMEZ MARTÍNEZ, R.: *Derechos fundamentales y condición militar...*cit., pág. 88.

derecho de forma individual y de acuerdo con lo dispuesto en su legislación específica (artículo 29.2).

Los jueces y magistrados también ven restringidos sus derechos fundamentales a tenor de los artículos 127⁹³³ y 159.4⁹³⁴.

En virtud de las relaciones de sujeción especial cabe, pues, limitar determinados derechos de algunos colectivos. Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las relaciones de sujeción especial no pueden alterar la naturaleza prioritaria de los derechos fundamentales aunque pretenda abrazarlos de manera restrictiva⁹³⁵. Así, la STC 24/1999, de 8 de marzo, en relación con un arresto preventivo en el ámbito castrense cuestiona la calificación de este arresto *“como un mero acto de trámite que tenga vedada su impugnación autónoma, previa y separada de la que en su día pudiera dirigirse contra la resolución final del expediente disciplinario donde se haya adoptado aquella”*. Y partiendo de esta premisa, el Tribunal Constitucional señala que las sentencias recurridas en amparo *“han abierto una brecha en el principio de control pleno de la actuación administrativa sin inmunidad alguna del poder. En tal aspecto, la presencia de principios o valores militares como la disciplina o la jerarquía no enervan la sobredicha conclusión”*.

En efecto, uno de los colectivos más afectados por esta relación de supremacía especial es, como se viene diciendo en el presente trabajo, el

⁹³³ Artículo 127 CE: *“1. Los jueces y magistrados, así como los fiscales mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos. La ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional de los jueces, magistrados y fiscales.*

2. La ley establecerá el régimen de incompatibilidades de los miembros del poder judicial, que deberá asegurar la total independencia de los mismos”.

⁹³⁴ Artículo 159: *“4. La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible: con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional o mercantil. En lo demás, los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del poder judicial”*.

⁹³⁵ Vid. MUÑAGORRI LAGUÍA, I., PINTO DE MIRANDA RODRÍGUEZ, A. M., RIVERA BEIRAS, I.: *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción...cit.*, pág. 24.

colectivo militar⁹³⁶, cuyo régimen jurídico se caracteriza por ser un rígido sistema cerrado de función pública con la estructuración en grados jerarquizados, con refuerzos notables en la regulación de la disciplina, a cuyo servicio se articula un régimen disciplinario específico⁹³⁷ que puede conllevar penas privativas de libertad⁹³⁸, y una jurisdicción específica⁹³⁹.

Estas especialidades de la institución militar han sido reconocidas por el Tribunal Constitucional, que ha señalado que dicha institución presenta notables diferencias entre el estatuto particular de sus integrantes, presidido por los principios de jerarquía, imparcialidad y disciplina. En este sentido la

⁹³⁶ Vid. ABA CATORIA, A.: *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto...cit.*, pág. 170: “dentro de la categoría genérica de funcionarios, aquellos que se insertan en la Administración Militar encuentran sus derechos y libertades limitados con mayor intensidad, pues sus derechos son recortados y nunca potenciados, como un privilegio al revés o en menos”.

⁹³⁷ La potestad disciplinaria demuestra la vigencia de unos límites específicos, ya que, por una parte, los militares están sujetos a un régimen disciplinario específico, y, por otra, muchas de las faltas derivan de la inobservancia de los límites en el ejercicio de los derechos fundamentales establecidos para este colectivo. Vid. ABA CATORIA, A.: *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto...cit.*, págs. 232 y ss.

⁹³⁸ La Administración Militar es la única Administración que puede imponer penas privativas de libertad, a sensu contrario de lo dispuesto en el artículo 25.3 CE: “3. *La Administración Civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad*”.

⁹³⁹ Vid. SEDANO LORENZO, A., CASASOLA GÓMEZ-AGUADO, A.: *Las consecuencias jurídico-administrativas del militar delincuente*, Revista Jurídica de Castilla y León, nº 27, mayo de 2012, pág. 2; ABA CATORIA, A.: *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto...cit.*, págs. 236 y ss. Señala esta autora que la especial sujeción se refleja también en la limitación de derechos en la jurisdicción militar, como, por ejemplo, la inaplicación del beneficio de suspensión de condena a los militares, lo que ha sido admitido por el Tribunal Constitucional en la STC 180/1985, de 19 de diciembre: “estas peculiaridades del Derecho Penal y Procesal Militar resultan genéricamente, como se declaró en la Sentencia 97/1985, de 29 de julio (fundamento jurídico 4.º), de la organización profundamente jerarquizada del ejército, en el que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar los fines encomendados a la institución por el art. 8 de la Constitución. En el supuesto que ahora consideramos, la inaplicabilidad del beneficio de suspensión de condena a los militares y a los agregados a los ejércitos se orienta, de modo manifiesto, a preservar y reforzar, mediante una mayor severidad para con el condenado, aquellas exigencias específicas de unidad y disciplina, respondiendo este trato de desfavor a la diferente incidencia y daño que la comisión del ilícito habrá de causar en la integridad de la institución según que quien lo haya perpetrado esté o no en ella integrado. El fin así procurado por la norma, y la delimitación personal que al mismo se liga, no aparece desprovisto de razón suficiente, no siendo apreciable, por ello, la discriminación que se dice producida con la aplicación de esta norma y debiéndose, así, denegar el amparo impetrado con esta motivación”.

STC 371/1993, de 13 de diciembre, al resolver un recurso interpuesto por un militar que consideraba vulnerado su derecho a la libertad de expresión, aclaró: *“según la doctrina de este tribunal, no cabe considerar que esas libertades sean absolutas o ilimitadas. Por el contrario, su ejercicio está sujeto tanto a límites constitucionalmente expresos, como a otros que puedan fijarse para preservar bienes y derechos constitucionalmente protegidos; si bien, y como precisión necesaria, tampoco podrá atribuirse carácter absoluto a los límites a que ha de someterse el ejercicio de esas libertades: límites que se configuran como excepcionales ante el reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de expresión.*

Algunos de estos límites son generales y comunes a todos los ciudadanos. Pero también, como ha tenido ocasión de señalar este tribunal, hay sectores o grupos de ciudadanos sometidos a límites específicos, más estrictos, en razón a la función que desempeñan. En lo que aquí importa, y como primera aproximación al caso concreto que se plantea, determinados funcionarios públicos pueden encontrarse con límites específicos, en razón de la naturaleza del servicio que desempeñan, y que pueden imponerse "ya sea en virtud del grado de jerarquización o disciplina interna a que estén sometidos, que puede ser diferente en cada cuerpo o categoría funcional, ya sea según actúen en calidad de ciudadanos o funcionarios, ya en razón de otros factores que hayan de apreciarse en cada caso, con el fin de comprobar si la supuesta transgresión de un límite en el ejercicio de un derecho fundamental pone o no públicamente en entredicho la autoridad de sus superiores jerárquicos, y el de si tal actuación compromete al buen funcionamiento del servicio" (STC 69/1989, fundamento jurídico 2º). Límites específicos al ejercicio de aquel derecho fundamental, derivados de la condición de funcionario público, que en cuanto restringen su ejercicio también han de ser interpretados restrictivamente (STC 81/1983, fundamento jurídico 3º).

Dadas las importantes tareas que a las Fuerzas Armadas asigna el artículo 8.1 CE, representa un interés de indudable relevancia en el orden constitucional el que las mismas se hallen configuradas de modo que sean

idóneas para el cumplimiento de esos cometidos (ATC 375/1983). A tal fin, la atención de las misiones que les encomienda el mencionado precepto constitucional requiere una adecuada y eficaz configuración de las Fuerzas Armadas de la que, entre otras singularidades, deriva su indispensable y específico carácter de organización profundamente jerarquizada, disciplinada y unida (artículos 1 y 10 RROO). Como consecuencia de ello, y de acuerdo con la doctrina constitucional antes citada, no cabe duda de que el legislador puede introducir determinadas peculiaridades o establecer límites específicos al ejercicio de las libertades reconocidas en la Constitución por los miembros de las Fuerzas Armadas, límites que supondrían una diferenciación respecto del régimen general y común de esas libertades. Este régimen especial puede suponer peculiaridades tanto de orden procedimental (como manifestamos en las SSTC 21/1981, fundamento jurídico 9º; 97/1985, fundamento jurídico 4º y 180/1985, fundamento jurídico 2º) como de orden sustantivo, al introducirse previsiones sancionadoras diferentes de las aplicables al resto de los ciudadanos; como se afirmaba en la STC 107/1986, fundamento jurídico 4º, "el legislador puede introducir determinadas peculiaridades en el Derecho Penal Militar que supongan una diferenciación del régimen penal común, peculiaridades que hallan su justificación en las exigencias de la organización militar", consideración ésta naturalmente aplicable también al régimen disciplinario.

Ha de concluirse, en el sentido de la jurisprudencia citada, que el legislador podrá legítimamente imponer límites específicos al ejercicio de la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas siempre y cuando esos límites respondan a los principios primordiales y los criterios esenciales de organización de la institución militar, que garanticen no sólo la necesaria disciplina y sujeción jerárquica, sino también el principio de unidad interna, que excluye manifestaciones de opinión que pudieran introducir formas indeseables de debate partidista dentro de las Fuerzas Armadas, o, en términos de la STC 97/1985, fundamento jurídico 4º "disensiones y contiendas dentro de las Fuerzas Armadas, las cuales necesitan imperiosamente, para el

logro de los altos fines que el artículo 8.1 de la CE les asigna, una especial e idónea configuración”.

Como servidor público, el militar tiene limitados numerosos derechos de acuerdo con lo previsto en la Constitución en atención al carácter particular de la institución a la que pertenece, limitación que siempre debe estar justificada por los principios de necesidad, proporcionalidad y ponderación entre la restricción impuesta y el fin público perseguido. Esta mayor intervención se explica desde la protección que se otorga a determinados bienes y valores que integran la base de la organización y funcionamiento de la Administración y que, tras una ponderación en caso de conflicto, justifican limitaciones específicas⁹⁴⁰. Ahora bien, a la hora de establecer estas restricciones, como acabamos de indicar, no sólo deberemos atender a las funciones que el artículo 8 de la Constitución encomienda a las Fuerzas Armadas, sino a la norma fundamental en su conjunto, lo que implica analizar si las limitaciones resultan proporcionales, adecuadas e indispensables para la concesión de los fines atribuidos a la institución⁹⁴¹.

⁹⁴⁰ Vid. ABA CATORIA, A.: *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto...*cit., pág. 169; GÓMEZ MARTÍNEZ, R.: *Derechos fundamentales y condición militar...*cit., pág. 78.

⁹⁴¹ Las limitaciones deben fundamentarse, exclusivamente, en la consecución de los fines de interés general del estado y no en principios específicos de organización, diferencia que resulta sustancial para aceptar o rechazar ciertas limitaciones exclusivamente justificadas en la disciplina militar. Vid. ABA CATORIA, A.: *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto...*cit., pág. 232.

Los límites a determinados derechos fundamentales con respecto a personas que se encuentran en una relación de sujeción especial es la excepción y no la regla, por lo que han de ser, el legislador como intérprete primero, y el Tribunal Constitucional como intérprete supremo y último, los que, en una interpretación de conjunto del texto constitucional, precisen las limitaciones específicas. Vid. BRAGE CAMAZANO, J.: *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 443.

En este sentido el Tribunal Constitucional ha señalado en la STC 21/1981, 15 de junio que “*la extensión de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, como derechos inherentes a la propia personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio basadas en la «reacción de sujeción especial» en que se encuentran ciertas categorías de personas sólo sean admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial. Y en este sentido es de señalar que el cometido que la acción disciplinaria militar ha de cumplir y que puede justificar alguna limitación de las*

Los derechos que pueden limitarse a los miembros de las Fuerzas Armadas son, por expresa previsión constitucional, los derechos a la vida, sindicación, petición y sufragio pasivo, y además, podrán tener limitaciones específicas los derechos de reunión, manifestación, asociación o intimidad⁹⁴². No nos detendremos a analizar aquí cada una de las limitaciones por no ser éste el objeto central del presente trabajo.

Otra de las manifestaciones de las relaciones de especial sujeción, y que se revela especialmente en el ámbito castrense, es la excepción de la vulneración del principio *non bis in idem*; así, un militar puede ser sancionado por los mismos hechos a nivel penal, en aplicación del código penal y a nivel disciplinario en virtud de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, siempre que el bien jurídico protegido por el tipo disciplinario sea distinto al que trata de preservarse por el tipo penal. Uno de los casos más comunes en la práctica que evidencia esto es el siguiente: si un militar comete un delito doloso y como consecuencia de ello es condenado a pena de prisión, una vez la sentencia es firme, puede ser sancionado disciplinariamente en aplicación del artículo 8.14 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que tipifica como falta muy

garantías procesales no queda desvirtuado con el posterior ejercicio del derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, por lo que de la naturaleza del procedimiento seguido en el expediente judicial en cuestión no puede derivarse el carácter firme de la resolución que pone fin a dicho expediente. Por el contrario, para que dicha acción disciplinaria se mantenga dentro del marco constitucional es necesaria la existencia de un sistema de tutela judicial que posibilite la revisión por órganos jurisdiccionales de las resoluciones adoptadas, a través de un procedimiento que permita al inculcado ejercitar plenamente su derecho a la defensa”.

Y la STC 107/1986, de 24 de julio dice: “no procede considerar que se haya producido discriminación por la imposición de una pena que responde a la finalidad de garantizar el buen servicio de las Fuerzas Armadas y, por ende, el mejor cumplimiento de los fines a éstas encomendados”.

Señala GÓMEZ MARTÍNEZ que cabe preguntarse si la situación militar está aún lastrada por la costumbre o tradiciones preconstitucionales, si el desarrollo legislativo y el ejercicio de las habilitaciones constitucionales al legislador han sido correctos o certeramente interpretadas, en suma, si la situación actual es lo que debe ser, si está racionalmente justificada y constitucionalmente respaldada. *Vid. GÓMEZ MARTÍNEZ, R.: Derechos fundamentales y condición militar...cit., pág. 16.*

⁹⁴² *Vid. BRAGE CAMAZANO, J.: Los límites a los derechos fundamentales...cit., pág. 444.*

grave: “14. Haber sido condenado por sentencia firme en aplicación de leyes distintas al Código Penal Militar, a pena de prisión por un delito doloso o a pena de prisión superior a un año por delito cometido por imprudencia, en cualquiera de los casos cuando afecte al servicio, a la imagen pública de las Fuerzas Armadas, a la dignidad militar o cause daño a la Administración”.

La razón que justifica la doble sanción es que el bien jurídico protegido por el tipo penal sea diferente. Imaginemos un supuesto muy habitual en la práctica: un militar es condenado a pena de prisión de tres meses por un delito contra la seguridad del tráfico y la sentencia ya ha alcanzado firmeza; aquí cabría sancionar a nivel disciplinario porque el bien jurídico protegido por este tipo penal es la seguridad del tráfico, mientras que lo que se garantiza mediante la falta disciplinaria prevista en el artículo 8.14 de la referida Ley Disciplinaria es el servicio, la imagen de la institución y la dignidad militar. La doble sanción no conculcaría el principio *non bis in idem*, al no existir identidad del bien jurídico protegido.

Entre las posibles sanciones disciplinarias que se pueden imponer por la comisión de esta falta muy grave, se encuentra la suspensión de empleo o la separación del servicio. Vemos, por tanto, la enorme implicación que tiene una condena penal en la situación profesional del condenado⁹⁴³.

La posibilidad de doble sanción, penal y administrativa, ha sido corroborada por el Tribunal Constitucional⁹⁴⁴ en su STC 2/1981⁹⁴⁵, de 30 de

⁹⁴³ Además de esto, por el simple hecho de que un militar esté inmerso en un proceso penal como imputado o procesado, se pueden adoptar distintas medidas administrativas previstas en la Ley de la Carrera Militar de 19 de noviembre de 2007: suspensión de funciones, cese en el destino, medidas cautelares en relación al servicio de armas y la conducción de vehículos, decisiones relativas al acceso de cursos de formación continuada o necesarios para el ascenso, solicitud de vacantes, misiones internacionales o aptitud de condecoraciones, entre otras. Vid. SEDANO LORENZO, A., CASASOLA GÓMEZ-AGUADO, A.: *Las consecuencias jurídico-administrativas del militar delincuente...*cit., págs. 6 y ss.

⁹⁴⁴ Esta doctrina ha sido criticada por QUERALT. Vid. MUÑAGORRI LAGUÍA, I., PINTO DE MIRANDA RODRÍGUEZ, A. M., RIVERA BEIRAS, I.: *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción...*cit., págs. 88 y ss.

enero, confirmada posteriormente por la STC 234/1991, de 10 de diciembre. En esta última sentencia aclara el Tribunal Constitucional que *“no baste simplemente con la dualidad de normas para entender justificada la imposición de una doble sanción al mismo sujeto por los mismos hechos, pues si así fuera el principio non bis in idem no tendría más alcance que el que el legislador (o en su caso el gobierno, como titular de la potestad reglamentaria) quisieran darle. Para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado. (...) También es evidente que esta segunda sanción no se impone en ejercicio del ius puniendi que el estado ostenta para reprimir las conductas tipificadas como delito o falta dentro del territorio nacional, sino en uso del poder disciplinario que la Administración tiene sobre sus dependientes o funcionarios, esto es, en virtud de la relación jurídica estatutaria que vincula al funcionario con la Administración sancionadora.*

La existencia de esta relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma, sin embargo, para justificar la dualidad de sanciones. De una parte, en efecto, las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de

⁹⁴⁵ Señala el Tribunal Constitucional: *“el principio general del derecho conocido por non bis in idem supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc...- que justificase el ejercicio del ius puniendi por los tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración”.*

un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación, vid. entre otras, SSTC 2/1987, 42/1987 (RTC 1987\42) y, más recientemente, STC 61/1990 (RTC 1990\61).

Para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección.

El interés legítimo de la Administración en su conjunto es, el de servir con objetividad los intereses generales (artículo 103.1 CE); el de cada uno de los entes u órganos que la integran, en particular el de asegurar el funcionamiento eficaz del servicio público que les está encomendado, de donde fácilmente se infiere que la conducta de los funcionarios como simples ciudadanos, al margen de su función propia, no entra dentro del círculo de interés legítimo de la Administración y no puede ser objeto de la disciplina de ésta, salvo, claro está, y la salvedad es decisiva, que esa conducta redunde en perjuicio del servicio dada la naturaleza de éste”.

Por los argumentos expuestos, el tribunal concluye que “desde esta perspectiva, la norma que analizamos, en cuanto que aplicada al caso, es evidentemente compatible con el principio non bis in idem y por tanto su aplicación no ha lesionado el derecho fundamental del recurrente”.

7.3. ALOJAMIENTOS EN EL ÁMBITO CASTRENSE. TIPOLOGÍA Y NORMATIVA ESPECÍFICA

Los miembros de las Fuerzas Armadas, al igual que la Guardia Civil, debido a la singularidad de las misiones que tienen atribuidas y a los principios de disciplina y jerarquía a los que se hallan sometidos, tal y como hemos expuesto en la introducción del presente capítulo, están sujetos a una gran movilidad geográfica, lo que supone que han de cambiar de localidad de

manera forzosa con frecuencia, y por tanto residir fuera de su domicilio familiar⁹⁴⁶. Su extraordinaria movilidad provoca la presencia de los militares en establecimientos de naturaleza castrense fuera de las horas de trabajo, en espacios habilitados en las propias Unidades, en buques militares, en alojamientos compartidos (las antiguamente llamadas “naves corridas”), incluso

⁹⁴⁶ La Orden Ministerial 13/2009, de 26 de marzo, por la que se establece la clasificación, usuarios y precios que deberán regir en las Residencias Militares del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, dispone en su Exposición de Motivos que *“uno de los aspectos singulares de la condición militar es la obligatoria movilidad geográfica derivada de la disponibilidad por razones profesionales. Por ello ha sido tradicional que a lo largo del tiempo, además de otras políticas favorecedoras de esta movilidad, se hayan creado unas instalaciones militares con la finalidad de alojar a aquellos militares profesionales que por razones de servicio se veían obligados a desplazarse de su residencia habitual o a quienes, ante un nuevo destino, no podían disponer de una vivienda”*.

En el mismo sentido se pronuncia la Exposición de Motivos de la Orden General nº 5 dada en Madrid el día 19 de mayo de 2005: *“El modelo diseñado para la Guardia Civil en la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen de Personal del Cuerpo de la Guardia Civil, mantiene como uno de los aspectos singulares de la condición de guardia civil la obligada movilidad geográfica derivada de la disponibilidad por razones del servicio, con objeto de asegurar que las unidades del cuerpo dispongan en todo tiempo de los profesionales adecuados y que éstos puedan desarrollar trayectorias enriquecedoras del propio perfil profesional para responder a las demandas de la organización y en definitiva de la sociedad.*

A estos aspectos singulares, hay que añadir que la disponibilidad permanente para el servicio, proclamada como principio básico de actuación en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, aconseja que una parte significativa de los componentes de una Unidad resida en las viviendas oficiales, tradicionalmente denominadas “pabellones”, facilitando de esa manera la localización del personal y el disponer de importantes medios de reacción ante situaciones de urgencia o necesidad.

Igualmente, el peculiar despliegue territorial de las unidades del cuerpo, que alcanza a localidades donde la falta o inadecuación de viviendas privadas, sus altos precios de alquiler, u otras circunstancias, dificultan la posibilidad de que los guardias civiles encuentren un lugar adecuado donde residir con su familia.

A veces, adquieren gran importancia razones o motivos de seguridad, pues el residir en viviendas oficiales que dispongan de medios técnicos y planes de protección y el evitar los desplazamientos diarios entre el domicilio y las dependencias oficiales, dificultan las posibles acciones de agresión a los guardias civiles y a sus familias.

Tampoco podemos olvidar la conveniencia de que los guardias civiles residan en su lugar de destino, como medio para alcanzar su integración en la comunidad donde desarrollan su labor, que ha sido sin duda una de las razones de la pervivencia en el tiempo de la Institución”.

Como consecuencia de esto establece que “todas estas circunstancias obligan a mantener una política de viviendas oficiales que despliegue sus efectos en dos ámbitos esenciales: el social, procurando satisfacer, en lo posible, las necesidades de vivienda de los guardias civiles que han de estar sometidos a frecuentes cambios de destino y localidad; y el operativo o de necesidades del servicio, facilitando el cumplimiento de las funciones asignadas en las mejores condiciones posibles”.

en barracones, corimecs o tiendas de campaña, cuando se hallan desarrollando ejercicios tácticos o desplazados fuera del territorio nacional, lugares todos ellos en los que desarrollan su privacidad⁹⁴⁷. En ocasiones, ocupan habitaciones en residencias militares⁹⁴⁸, ubicadas tanto dentro como

⁹⁴⁷ Al poder estar el domicilio de un militar ubicado en el interior de recintos militares, se puede apreciar un posible peligro específico para el derecho a la inviolabilidad del domicilio, por la relación que pueden tener las actividades desarrolladas en éste con la dignidad militar, por ejemplo. Vid. GÓMEZ MARTÍNEZ, R.: *Derechos fundamentales y condición militar...cit.*, pág. 299.

Señala CALDERÓN CERESO que *“la traslación al ámbito militar del anterior conjunto de garantías previstas para la inviolabilidad del domicilio, y a través de éste la protección de la intimidad que en el mismo se produce, no es posible sin las debidas adaptaciones a las especialidades propias de la organización castrense, que son necesarias para el cumplimiento de las misiones que la Constitución y las leyes encomiendan a las FAS y a los militares en su conjunto. Ciertamente la condición militar no restringe en sí misma la atribución y el ejercicio de los derechos fundamentales que se reconocen al resto de los ciudadanos (vid. art. 150.1 Ley 17/1999, de 18 de mayo, vigente tras la publicación de la Ley reguladora de la Carrera Militar; así como artículos 169 y 174 de las Reales Ordenanzas para las FAS. Vid. también artículos 2 y 5 LO 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil). La eficacia de los derechos fundamentales no se detiene en el umbral de los Establecimientos Militares (STEDH 21.01.1999 "caso Janouski contra Polonia y Sala 5ª TS. 04.02.2008 con referencia a la libertad de expresión). No obstante su estatuto resulta de una relación especial de sujeción, del que forman parte un conjunto de deberes cuyo cumplimiento modula el ejercicio de aquellos derechos esenciales, y entre ellos la intimidad cuando el espacio en que ésta se desarrolla se localiza dentro de Unidades, Bases o Acuartelamientos, dependencias militares en suma, sometidas al necesario control de los Jefes de las Unidades que legalmente son los responsables de su disciplina y buen gobierno (artículo 75 RROO para las FAS), cuya actuación sigue estando al servicio del cumplimiento de los fines que se asignan a la actuación de los ejércitos”*. Vid. CALDERÓN CERESO, A.: *Derecho a la intimidad personal: intervención de las comunicaciones. Entrada y registro en lugar cerrado. Nuevas tecnologías. Intervenciones corporales*, Cuadernos Digitales de Formación, nº 27, 2008, pág. 11.

⁹⁴⁸ Como consecuencia de la movilidad geográfica derivada de la disponibilidad por razones profesionales que se predica de los militares, la precitada Exposición de Motivos de la Orden Ministerial 13/2009, de 26 de marzo, por la que se establece la clasificación, usuarios y precios que deberán regir en las Residencias Militares del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, dice que se crean residencias militares cuyo objeto es *“facilitar tanto la movilidad del personal militar profesional, como atender otras necesidades familiares de apoyo, ocio y descanso. De este modo, se dispone en la actualidad de un número de residencias militares agrupadas en diferentes categorías y con distintos fines: en concreto, debe distinguirse entre Residencias Logísticas y Alojamientos Logísticos, cuya función principal es facilitar la movilidad geográfica del personal militar, y el resto de residencias militares con un cometido fundamentalmente de apoyo a favor del personal militar y de sus familias en sus necesidades de descanso, formación y atención. Si bien el principio esencial de la Ley 26/1999, de 9 de julio, de medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las Fuerzas Armadas, sigue siendo el de facilitar la movilidad mediante el apoyo a las necesidades de*

fuera de las Unidades donde desarrollan su actividad laboral, pero gestionadas por otros militares y dependientes del Ministerio de Defensa. Así mismo, los alumnos de los Centros Militares de Formación, durante el tiempo en que dura dicho periodo de formación, residen en el centro, sometidos a disciplina y normativa militar, en habitaciones, en la mayoría de ocasiones compartidas. Por otra parte, continúan existiendo en algunos lugares viviendas militares calificadas como no enajenables, y que se ceden en régimen de arrendamiento a los miembros de las Fuerzas Armadas por el hecho de estar en un determinado destino.

Esto plantea y ha planteado numerosos problemas en la práctica en aras a determinar si estos lugares podemos considerarlos encuadrados dentro del concepto de domicilio constitucionalmente protegido, a efectos de la entrada en los mismos. Dicha cuestión es de gran importancia, y ha suscitado una notable preocupación al respecto por parte de las autoridades y mandos militares, sobre todo a partir de la importantísima STC 189/2004, de 2 de noviembre, en la que el Tribunal Constitucional concedió el amparo al recurrente por entender que las habitaciones en las residencias militares sí tienen la consideración de domicilio. Como veremos, antes de este pronunciamiento jurisprudencial y a la luz de la normativa aplicable en el ámbito de las Fuerzas Armadas, los mandos militares estaban “acostumbrados” a entrar en dichos lugares para realizar revistas e inspecciones, en aras al mantenimiento de la disciplina y buen orden en el interior de los establecimientos militares, sin tener en cuenta muchas veces que, ante la negativa del interesado, podrían estar conculcando el derecho a la intimidad domiciliaria de éste. Toda esta situación ha provocado multitud de consultas en las Asesorías Jurídicas de las Fuerzas Armadas

vivienda por cambio de destino y localidad, no cabe duda que las residencias militares representan un importante papel en el apoyo que el personal militar puede esperar cuando debe afrontar un cambio de localidad, sea por ascenso, cambio de destino, o porque tengan que desplazarse por la realización de cursos u otros motivos profesionales. Hacia este aspecto prioritario de apoyo a la movilidad geográfica del personal militar se orienta esta orden ministerial, para lo que se facilitan los usos alternativos de las residencias existentes en la actualidad.”

acerca de si era posible o no entrar o efectuar registros en determinados lugares.

Para analizar esta cuestión, vamos a realizar un recorrido por la legislación aplicable en materia de inviolabilidad de domicilio en el ámbito castrense, desde la existencia de los militares de reemplazo hasta nuestros días, ya que en el ámbito de la legislación civil ha sido objeto de análisis en los capítulos precedentes; así mismo, explicaremos el tipo de alojamientos en los que los miembros de las Fuerzas Armadas pueden residir, y trataremos de dilucidar hasta qué punto pueden considerarse domicilio, de acuerdo con el concepto de domicilio protegido constitucionalmente. Nos referiremos brevemente también a los alojamientos de la Guardia Civil, por ser un Instituto Armado de naturaleza militar⁹⁴⁹ con doble dependencia, tanto del Ministerio del Interior como del Ministerio de Defensa. Todo ello, junto con los pronunciamientos jurisprudenciales en la materia.

7.3.1. LAS VIVIENDAS MILITARES

Entre los alojamientos castrenses encontramos aquellos que, también pertenecen al dominio público y en muchas ocasiones están dentro de Acuartelamientos, pero cuyo uso es individual. Este es el caso de las viviendas de titularidad de las Fuerzas Armadas, pero que son cedidas a sus miembros para su alojamiento temporal.

A este respecto encontramos las Resolución 4C0/15258/2006, de 13 de octubre, del Director General Gerente del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas, sobre disponibilidad de viviendas militares no enajenables para su adjudicación en régimen de arrendamiento especial, donde establece

⁹⁴⁹ La Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpo de Seguridad del Estado, define a la Guardia Civil como Instituto Armado de naturaleza militar, dependiente del Ministerio del Interior en lo referente a retribuciones, destinos, acuartelamientos, material y servicios, y del Ministerio de Defensa en el régimen de ascensos, situaciones del personal y naturaleza de las misiones de carácter militar.

que será el Subsecretario de Defensa quien, a propuesta de los Cuarteles Generales de los Ejércitos y de los centros directivos del departamento, determine la relación de las viviendas militares no enajenables localizadas dentro de bases, acuartelamientos, edificios o establecimientos militares, que quedan vinculadas a los destinos genéricos de las unidades, centros u organismos ubicados en ellas.

De acuerdo con el artículo primero de dicha Resolución, en cada localidad o área geográfica, el personal militar podrá solicitar vivienda militar vinculada al destino.

Continúa diciendo el artículo tercero que estas viviendas militares vinculadas a destinos únicamente podrán ser adjudicadas al personal que tenga asignado el destino al que esté vinculada; también podrán optar a las viviendas que, en su caso, se oferten de acuerdo con el régimen general en la localidad o área geográfica de destino. Los usuarios de estas viviendas deberán abonar el setenta y cinco por ciento del canon de uso que tengan fijado en el momento de su adjudicación.

El cese en el destino al que estuviera vinculada la vivienda será causa de pérdida del derecho de uso de la misma, debiendo desocuparla el usuario.

No encontramos ninguna normativa referente a cómo debe llevarse a cabo el desalojo, cómo proceder en caso de que el usuario se niegue a abandonarla. Entendemos que, una vez dictada la correspondiente orden de desalojo, estaríamos ante la ejecución de un acto forzoso de la Administración, por lo que, ante la negativa del titular de abandonar la vivienda, se debería solicitar la correspondiente autorización a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En la STS de 22 de abril de 1991 de la Sala 5^a⁹⁵⁰, el tribunal realizó un estudio de la clasificación de domicilio establecida en la Orden 76/1986, de 22 de septiembre, por la que el Ministro de Defensa dictó la normativa reguladora de las viviendas oficiales de la Armada, estableciendo tres categorías:

1. Viviendas de representación: asignadas a los mandos y autoridades militares que, por razón de su cargo, las deben utilizar obligatoriamente, mientras lo desempeñan, como domicilio oficial y de representación social.
2. Viviendas de servicio: asignadas a determinados miembros de las Fuerzas Armadas que, en atención a su destino, se considera que deben vivir en el interior o proximidad de una dependencia, por lo que su ocupación es obligatoria mientras se permanezca en ese destino.
3. Viviendas disponibles: adjudicadas a aquellos que las soliciten por haber sido destinados a una Unidad y no disponer de vivienda de su propiedad en la localidad donde radique el destino.

Según el tribunal, las dos primeras, *“aún estando destinadas directamente a un uso particular, que es propio de todo hogar familiar, cumplen también una función relacionada con el servicio”*, siendo por tanto consideradas como material afecto al servicio de las Fuerzas Armadas o de sus miembros, cosa que no ocurre con las denominadas disponibles, cuya existencia responde a una necesidad asistencial.

En esta sentencia el recurrente es sancionado como autor de la falta disciplinaria consistente en *“utilizar para usos particulares medios o recursos de carácter oficial o facilitarlos a un tercero, todo ello cuando no constituya delito”*,

⁹⁵⁰ En esta sentencia el Tribunal Supremo resolvió un recurso contencioso-disciplinario preferente y sumario. En ella no se analiza ningún tipo de vulneración del derecho a la intimidad domiciliaria, puesto que ello no se deduce de los antecedentes de hecho; no obstante nos interesa porque realiza una clasificación del tipo de viviendas militares y de la consideración que merecen.

por no haber desalojado la vivienda oficial que ocupaba tras su pase a la situación de reserva, incumpliendo el requerimiento de desalojo.

La Sala 5ª señala que la calificación de oficial de una vivienda no es suficiente para que se convierta a todos los efectos en medios o recursos de carácter oficial, por lo que *“en principio, toda vivienda construida o habilitada para que en ella habite un militar con su familia, está destinada a un uso particular, porque no cabe un ámbito más particular o privado que aquel en el que la persona satisface sus necesidades de vida doméstica”*.

En este caso, la conducta del recurrente se hizo acreedora de sanción porque la negativa al desalojo supuso una actitud de desobediencia de la orden dictada por la autoridad competente, incurriendo así en un ilícito disciplinario.

De acuerdo con este razonamiento del Tribunal Supremo, podemos considerar que cuando estemos ante una vivienda de titularidad militar pero cedida, por cualquier razón (ya sea por el puesto desempeñado, por necesidades del servicio o para facilitar el alojamiento), a un miembro de las Fuerzas Armadas para que sirva de alojamiento, tendrá la consideración de domicilio, protegido a todos los efectos con las mismas garantías y por la misma regulación que para el resto de ciudadanos.

Por lo que respecta a la Guardia Civil, esta dispone también de viviendas al servicio de sus miembros, que denomina “pabellones”. Así, la Orden General número 5 dada en Madrid el día 19 de mayo de 2005, establece en su Exposición de Motivos que las especiales circunstancias que rodean al Cuerpo de la Guardia Civil, entre otras la movilidad geográfica, obligan a mantener una política de viviendas oficiales. La propia orden plantea la duda de si es adecuado el rango normativo (que acaba resolviendo de forma favorable⁹⁵¹), ya

⁹⁵¹ Argumenta la Exposición de Motivos que *“la opción final por el mantenimiento del tradicional instrumento que ha regulado en el Instituto los pabellones -a diferencia de otros sectores cercanos de la denominada Administración Militar- tiene que ver con la decisión sobre el mantenimiento de dos notas características del régimen jurídico de las viviendas en la Guardia Civil como son la gratuidad, en cuanto a ausencia de contraprestación económica por el uso*

que reconoce que se trata de una normativa donde se pretende continuar regulando una materia sensible para los afectados y que tiene una evidente relación con los derechos fundamentales garantizados por la Constitución o con principios rectores de la política social, como son la del propio domicilio, la elección del lugar de residencia o el acceso a una vivienda digna.

La aludida Exposición de Motivos, en su apartado V reconoce el carácter de domicilio de estos alojamientos al disponer: *“al contenido del derecho de uso sobre los pabellones se refiere el capítulo IV, que aglutina todo lo relativo a la manifestación esencial del uso y disfrute de la vivienda en concepto de domicilio y se completa con una obligada alusión a las actividades permitidas, a las personas autorizadas a habitar en el pabellón –partiendo, como no puede ser menos, de la ausencia de restricciones respecto a los integrantes de la unidad familiar- y se concluye con la enumeración de los deberes inherentes a la utilización, a título gratuito, de un bien público, que se pueden condensar, en definitiva, en usar el pabellón y sus elementos comunes conforme a su naturaleza y con la diligencia exigible a un ciudadano medio. Se introducen únicamente limitaciones a la autodeterminación del titular del derecho o sus allegados, cuando lo impongan las condiciones de seguridad o régimen interior del recinto”*.

De acuerdo con el artículo 3 de esta Orden, se denominan pabellones a *“a las viviendas oficiales que la Dirección General de este Cuerpo cede en uso como alojamiento habitual al guardia civil, al militar que esté en ella destinado o*

del pabellón, y la voluntariedad en la ocupación, en el sentido de no imponerse de forma obligatoria la utilización de la vivienda oficial, notas distintivas que permitirían soslayar la necesidad de elaborar una norma legal o reglamentaria, la cual resultaría preceptiva en el caso de establecerse un precio público en concepto de canon, o de imponer con carácter necesario el deber de fijación del domicilio en un determinado recinto. Bajo tales presupuestos, la Orden General, cuyo rango normativo es el propio de las Instrucciones y Órdenes de Servicio, puede estimarse suficiente para la determinación de lo que, en definitiva, no es más que una relación de cláusulas administrativas que la Administración, como titular de unos bienes, impone a quienes, estando vinculados a ella por una relación de especial sujeción, pretenden beneficiarse del disfrute de una vivienda pública sin contraprestación pecuniaria”.

a la persona que en virtud de nombramiento desempeñe alguno de los cargos que se determinen, conforme a lo establecido en la presente Orden General". Estos pabellones a su vez se dividen en:

"- Pabellón de cargo. Aquella vivienda oficial, reservada para ser cedida en uso al personal que desempeñe un puesto de trabajo en la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, cuando por necesidades del servicio, en razón del cargo que ostenten o del destino asignado, se estime conveniente que resida su titular en el interior del acuartelamiento, edificio o establecimiento oficial del cuerpo o en sus proximidades.

- Pabellón de representación. La vivienda oficial de la Guardia Civil asignada, en función de criterios de representación social, para el uso de aquellos cargos que se determinan en la presente Orden General.

- Pabellón de unidad. Aquella vivienda oficial reservada para ser cedida en uso al personal destinado o que preste sus servicios en la Unidad que la tenga asignada".

Resulta indiferente la denominación que se les de ya que, en cualquier caso, se trata de viviendas cedidas a miembros de la Guardia Civil, por razón de su destino, y que están cedidas para ser utilizadas como alojamiento habitual. El artículo 4 les reconoce, efectivamente, la consideración de domicilio: *"el derecho de uso de un pabellón oficial de la Guardia Civil está condicionado, en todo caso, a que el mismo constituya la residencia habitual del titular, por cuyo motivo tendrá la consideración de domicilio".*

Así mismo, el artículo 5.5 permite, para alojar al personal que no tenga familiares a su cargo, conceder pabellones de forma compartida entre varios usuarios, si bien *"las estancias individuales de los pabellones ocupados, en forma compartida, tendrán la consideración de domicilio y sólo se podrá acceder a las mismas con el consentimiento del interesado. Para acceder a las zonas comunes, bastará el consentimiento de cualquiera de los usuarios".*

Esta Orden prevé la posibilidad de que se produzca el cese en el derecho por cualquiera de las causas previstas en el artículo 17⁹⁵², lo que conllevaría el desalojo del pabellón. Por su parte, el artículo 19 regula este desalojo. En primer lugar, la autoridad correspondiente deberá notificarlo inmediatamente al adjudicatario conforme a lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las

⁹⁵² Artículo 17: “Uno.- En los pabellones de representación y de cargo se cesará en el derecho de uso al causar baja en el destino o cargo que motivó su adjudicación. De no causar baja en la Unidad, continuará en el pabellón hasta que le corresponda uno distinto, de su cupo y grupo de clasificación, para el que tendrá derecho preferente sobre cualquier otro peticionario. Dos.- En los pabellones de Unidad, el cese en el derecho de uso se producirá cuando concurra alguna de las siguientes causas:

a) Renuncia.

b) Fallecimiento.

c) Pase a situación administrativa de reserva, salvo que en el plazo de un mes obtenga destino de su nueva situación en la misma unidad.

d) Cese definitivo en su destino en la unidad a cuyo cupo corresponda el pabellón.

No se considerará cese definitivo en el destino, cuando se disponga la continuación en comisión de servicio en la misma Unidad, hasta que sea cubierta su vacante o porque necesidades del servicio obliguen a retrasar la incorporación al nuevo destino. Cuando se trate de ascensos que se hayan producido por superación de curso, la permanencia en el pabellón no podrá ser superior a un año o hasta que sea cubierta su vacante, si esto se produjera anteriormente.

Tampoco cesará en el derecho de uso del pabellón que tuviera adjudicado, el personal que pase a la situación administrativa de excedencia voluntaria por cuidado de hijos, durante el período de reserva del destino que establece el vigente Reglamento de Destinos, a no ser que concurra la circunstancia del apartado f) del presente artículo.

e) Cambio de destino del inmueble en el que se ubican los pabellones, en todo o en parte, por razones justificadas de interés público, pérdida del derecho que la Administración ostenta sobre el mismo o declaración de ruina por la Autoridad administrativa competente.

f) Mantener desocupada la vivienda por tiempo superior a tres meses, salvo causa justificada. A estos efectos, se considera causa justificada el cambio temporal de residencia del personal de baja para el servicio, en tanto no cese en el destino que dio origen a la adjudicación.

g) Incumplimiento reiterado de las obligaciones, responsabilidades y prohibiciones, inherentes a la condición de adjudicatario, previstas en los artículos 23 y 24 de esta Orden General. Existe reiteración cuando se aprecie por segunda vez el incumplimiento citado.

h) Autorización de cambio de residencia a lugar distinto de la localidad de destino.

Tres.- La apreciación por la autoridad competente de una causa de cese en el derecho, una vez firme en la vía administrativa obliga, además de al adjudicatario, a todos los que con él convivan, salvo en el caso de renuncia, cuando ésta perjudique derechos atribuidos al cónyuge y descendientes en resoluciones judiciales dictadas en procedimientos de nulidad, separación o divorcio”.

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con indicación del plazo.

Tanto el adjudicatario como el resto de usuarios de la vivienda deberán desalojarla en el plazo máximo de un mes, o de dos meses si se trata de familias que tengan reconocida la condición de familia numerosa, plazo que puede ser prorrogado si se solicita motivadamente y no se causa perjuicio a terceros.

El apartado cuatro de este artículo 19 establece que si el adjudicatario no desalojara voluntariamente el pabellón al vencer el plazo señalado, *“se procederá a la ejecución forzosa en la vía administrativa con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo V del Título VI de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. A tal efecto, corresponderá al Jefe de la Zona, al General Jefe de Enseñanza, al General Jefe de la Agrupación de Tráfico, al Jefe de la Jefatura de Asistencia al Personal y al Subdirector General de Personal, en sus respectivos ámbitos de competencia según establece el artículo 8 b), una vez en su poder todos los antecedentes, llevar a cabo los trámites encaminados a la efectividad del lanzamiento, incluida la solicitud de entrada en el domicilio, que deberá instarse del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo competente, dando cuenta a la Subdirección General de Personal y remitiendo copia de todo el procedimiento para su revisión”*.

No nos puede parecer más acertada, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia expuesta a lo largo del presente trabajo, esta regulación. Como hemos indicado, así deberá procederse para desalojar una vivienda militar, a pesar de la ausencia de regulación específica.

7.3.2. LAS RESIDENCIAS MILITARES

Junto con esa clase de alojamientos, merecen especial consideración las residencias militares gestionadas por el Ministerio de Defensa, y que, como

hemos señalado anteriormente, están ubicadas tanto dentro como fuera de Acuartelamientos Militares, dirigidas por Directores Militares y formadas por varias habitaciones individuales y/o dobles, así como por zonas comunes (comedores, lavanderías, salas de estudio y juegos, bibliotecas...), con la finalidad de facilitar alojamiento a los militares cuando tienen que cambiar de localidad. Estas residencias están también sometidas a normas de régimen interior que se dictan en desarrollo de las Órdenes Ministeriales que establecen los criterios generales de uso y funcionamiento de éstas. Estas normas serán objeto de estudio más adelante.

Lo que tenemos que analizar también es si la entrada y registro en estas dependencias puede ser ordenada y llevada a cabo por la autoridad militar, aún en caso de ausencia del consentimiento del titular, o si por el contrario es necesaria la autorización judicial por encontrarnos ante un lugar que merece la consideración de domicilio. Esta cuestión también ha resultado polémica en el ámbito castrense, ya que las normas de régimen interior se dictaban en el mismo sentido que respecto a los alojamientos de tropa en dormitorios comunes que hemos tratado al principio. Veremos como esta cuestión llegó al Tribunal Constitucional, dando lugar a la fundamental STC 189/2004, de 2 de diciembre, tantas veces nombrada.

Antes, es importante mencionar la STS de 26 de septiembre de 1996 de la Sala 5ª, en la que con ocasión de la interposición de un recurso disciplinario preferente y sumario, se plantea si se ha producido vulneración del derecho a la intimidad porque un Comandante de puesto de la Guardia Civil impone a un guardia una sanción por estar cocinando en un sitio que estima inadecuado. El guardia amonestado considera que ese lugar es su domicilio y por lo tanto se ha vulnerado su derecho a la intimidad domiciliaria. Estima la sala que *“su derecho a la intimidad no sufrió lesión alguna a causa de la intervención de su superior en la ocasión de autos, pues el pasillo del pabellón destinado a vivienda de los Guardias Civiles solteros no era exactamente el lugar en que el recurrente satisfacía su legítima privacidad y sí, por el contrario, una dependencia común del Acuartelamiento cuya limpieza, orden y buen estado*

tenía el Comandante del puesto el derecho y el deber de procurar se mantuviesen frente a actividades que reputase negligentes o abusivas". Por lo tanto, y de acuerdo con esta argumentación, no cabe reputar domicilio los espacios comunes, como así ha declarado la jurisprudencia y apuntamos en el apartado correspondiente, pero nada obsta para considerar que sí tienen la consideración de domicilio, a *sensu contrario*, aquellos lugares que no son de uso común y que cada usuario se reserva para sí, como son las habitaciones que tienen asignadas cada uno de ellos.

Las habitaciones de las residencias militares deben tener la misma consideración que las habitaciones de los hoteles, y por tanto, de acuerdo con la doctrina constitucional⁹⁵³, gozar de la consideración de domicilio.

No obstante, esto no ha sido así en la práctica, lo que ha llevado a plantear un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que resolvió esta cuestión en la famosa STC 189/2004, de 2 de noviembre.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional otorgó el amparo a un Suboficial del Ejército de Tierra que había sido desalojado, en su ausencia, de la habitación que ocupaba en una residencia militar. A dicho Suboficial se le ordenó que desalojase la habitación por el impago de las mensualidades, en virtud de la Resolución dictada por el Coronel Director de la Residencia en aplicación de las Normas de Régimen Interior. Tras reiterados apercibimientos para que abandonase la habitación a los que el usuario hacía caso omiso, el Coronel Director acordó la entrada en la misma para proceder a su desalojo. En cumplimiento de esta orden, la encargada de la residencia, asistida de un Teniente, un Subteniente y dos miembros de la Policía Militar accedieron a dicha habitación y extrajeron las prendas y efectos personales que hallaron, las introdujeron en cajas que precintaron y las depositaron en una dependencia de la residencia a disposición de su dueño.

⁹⁵³ *Vid.* STC 10/2002, de 17 de enero.

Esta actuación fue denunciada por el Suboficial ante el Juzgado Togado Militar Central que entendió que la entrada era legítima puesto que el demandante, en aplicación de las Normas de Régimen Interior había perdido la condición de residente y así se le había notificado, argumentando que *“la ocupación legítima del alojamiento había finalizado, siendo necesario dejar libre la habitación para su uso de posibles nuevos residentes, operaciones de limpieza y vaciado de armarios,... sin que conste que el denunciante hubiera interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la resolución administrativa, no considerando que se hubiera cometido delito alguno, abuso de autoridad, allanamiento de morada, ni violación de domicilio”*. Esta sentencia fue confirmada por el Tribunal Militar Central.

Planteado el amparo ante el Tribunal Constitucional por entender el recurrente que se había vulnerado su derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria, lo primero que examina el tribunal es si la habitación asignada en una residencia militar a una persona constituye domicilio, y por tanto, si goza de la protección dispensada por el artículo 18.2 de la Constitución.

El Tribunal invoca la doctrina sentada en las SSTC 10/2002, de 17 de enero y 22/2003, de 10 de febrero, recordando que el derecho a la inviolabilidad del domicilio proclamado en el artículo 18.2 *“constituye una manifestación de la norma precedente que garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar. Si el derecho proclamado en el artículo 18.1 CE tiene por objeto la protección de un ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o particulares, en contra de su voluntad, el derecho a la inviolabilidad domiciliaria protege un ámbito espacial determinado dado que en él ejercen las personas su libertad más íntima, libres de toda sujeción a los usos y normas sociales, siendo objeto de protección de este derecho tanto el espacio físico en sí mismo considerado, como lo que en él hay de emanación de la persona y de su esfera privada”*.

Nos señala que la protección constitucional del domicilio tiene carácter instrumental, por lo que el concepto constitucional de domicilio es más amplio que el concepto civil o administrativo y “no admite concepciones reduccionistas”, e indica que el rasgo esencial que define el domicilio “*reside en la aptitud para desarrollar en él la vida privada y en su destino específico a tal desarrollo, aunque sea eventual. Ello significa, en primer término, que su destino o uso constituye el elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos, de modo que, en principio, son irrelevantes su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o, finalmente, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo. En segundo lugar, si bien el efectivo desarrollo de vida privada es el factor determinante de la aptitud concreta para que el espacio en el que se desarrolla se considere domicilio, de aquí no se deriva necesariamente que dicha aptitud no pueda inferirse de algunas de estas notas, o de otras, en la medida en que representen características objetivas conforme a las cuales sea posible delimitar los espacios que, en general, pueden y suelen ser utilizados para desarrollar vida privada. Así como que el propio carácter instrumental de la protección constitucional del domicilio respecto de la protección de la intimidad personal y familiar exige que, con independencia de la configuración física del espacio, sus signos externos revelen la clara voluntad de su titular de excluir dicho espacio y la actividad en él desarrollada del conocimiento e intromisiones de terceros*”.

Recuerda que de ello se extrae la consecuencia de que las “*habitaciones de los hoteles pueden constituir domicilio de sus huéspedes, ya que, en principio, son lugares idóneos, por sus propias características, para que en las mismas se desarrolle la vida privada de aquéllos habida cuenta de que el destino usual de las habitaciones de los hoteles es realizar actividades enmarcables genéricamente en la vida privada*”.

En atención a los argumentos expuestos concluye la Sala que “*esta declaración que realizamos respecto de las habitaciones de los hoteles es*

extensible con mayor razón aún a las habitaciones ocupadas por quienes son definidos en las normas de régimen interior de la residencia militar como usuarios permanentes”. Por lo tanto “no cabe duda alguna de que las habitaciones de las residencias de los militares en la medida en que sean lugares idóneos, por sus propias características, para que en las mismas se desarrolle la vida privada y efectivamente estén destinadas a tal desarrollo, aunque sea eventual, constituyen el domicilio de quienes las tienen asignadas a los efectos de la protección que les dispensa el artículo 18.2 CE”.

Esta protección del domicilio se concreta en dos reglas⁹⁵⁴:

1. La inviolabilidad, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido como garantía de que el ámbito de la privacidad resulta “exento de” o “inmune a” cualquier tipo de agresión exterior.
2. El establecimiento de la interdicción de la entrada y registro domiciliarios, salvo en los supuestos de flagrante delito, consentimiento del titular o resolución judicial.

La garantía judicial aparece por tanto como un mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho y no a reparar su violación cuando se produzca.

Matiza el tribunal que en el presente supuesto estamos ante una actividad de la Administración de ejecución forzosa de sus propios actos amparada en el privilegio de la llamada autotutela administrativa, que se engarza con el principio de eficacia enunciado en el artículo 103 de la Constitución. Ahora bien, esta prerrogativa no puede primar sobre los derechos reconocidos a los ciudadanos por lo que *“en los actos de ejecución la Administración tiene que respetar los derechos fundamentales de los sujetos pasivos de ella, de suerte que cuando resultan necesarios la entrada o el registro en el domicilio de una persona, para llevarlos a cabo será preciso dar*

⁹⁵⁴ STC 22/1984, de 17 de febrero.

cumplimiento a los requisitos del artículo 18 CE". Y aclara el tribunal que "dado que constitucionalmente la Administración se encuentra inhabilitada por el artículo 18.2 CE para autorizar la entrada en domicilio, el acto administrativo que precisa una ejecución que sólo puede llevarse a cabo ingresando en un domicilio privado no conlleva por sí solo el mandato y la autorización del ingreso, lo que implica que cuando éste es negado por el titular debe obtenerse una resolución judicial que autorice la entrada y las actividades que una vez dentro del domicilio pueden ser realizadas".

Por lo tanto, en el supuesto de hecho objeto de amparo debió recabarse resolución judicial, ya que al tener las habitaciones de las residencias militares la consideración de domicilio, la decisión de ejecutar un acto administrativo y entrar en la habitación sin autorización judicial ni consentimiento del titular integra una lesión del derecho a la intimidad domiciliaria.

No podemos estar más de acuerdo con todos y cada uno de los razonamientos apuntados por el Tribunal Constitucional en la presente resolución.

Esta sentencia hace referencia a la Orden Ministerial 348/1998 de 21 de diciembre relativa a las "Residencias Militares" y a la Instrucción Técnica 8/1999 sobre "Uso y funcionamiento de residencias y alojamientos logísticos del Ejército de Tierra". Actualmente esta Orden Ministerial ha sido sustituida la 13/2009, de 26 de marzo, "por la que se establece la clasificación, usuarios y precios que deberán regir en las Residencias Militares del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire". La Exposición de Motivos reconoce la necesidad de la existencia de las residencias militares para facilitar la movilidad laboral mediante el apoyo de las necesidades de vivienda⁹⁵⁵.

⁹⁵⁵ Dice la Exposición de Motivos: "Si bien el principio esencial de la Ley 26/1999, de 9 de julio, de medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las Fuerzas Armadas, sigue siendo el de facilitar la movilidad mediante el apoyo a las necesidades de vivienda por cambio de destino y localidad, no cabe duda que las residencias militares representan un importante papel en el apoyo que el personal militar puede esperar cuando debe afrontar un

La Orden define las Residencias Militares como *“los establecimientos para apoyo y asistencia al personal militar que proporcionan alojamiento y otros servicios complementarios a los miembros de las Fuerzas Armadas, así como, en su caso y con los criterios que se determinen, a sus familiares. Tienen como finalidad principal la de apoyar la movilidad geográfica del personal militar de cualquiera de los tres ejércitos y de los cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas que se desplace o precise alojamiento por razones de servicio. También tendrán como finalidad la de facilitar el descanso y la asistencia al personal militar y, en su caso, a sus familiares”*.

Dentro de ellas podemos distinguir las residencias militares de apoyo a la movilidad geográfica y las residencias militares de acción social.

A su vez, dentro de las residencias de apoyo a la movilidad geográfica podemos diferenciar dos categorías diferentes:

1. Los alojamientos logísticos, situados en el interior o anexos a una Base, Acuartelamiento o Instalación militar, cuya función principal es proporcionar alojamiento al personal destinado en esas Bases, Acuartelamiento o Instalaciones.
2. Las residencias logísticas, ubicadas fuera de las Bases, Acuartelamientos o Instalaciones que tienen la función de facilitar el aposentamiento al personal militar, y eventualmente a sus familias, que esté destinado, asistiendo a cursos, disponible, en comisión de servicio o transeúnte en una plaza.

Las residencias de acción social son las destinadas a proporcionar alojamiento al personal militar y sus familiares en épocas de descanso y disfrute vacacional. La primera finalidad de este tipo de residencias es la que

cambio de localidad, sea por ascenso, cambio de destino, o porque tengan que desplazarse por la realización de cursos u otros motivos profesionales. Hacia este aspecto prioritario de apoyo a la movilidad geográfica del personal militar se orienta esta orden ministerial, para lo que se facilitan los usos alternativos de las residencias existentes en la actualidad”.

se acaba de exponer, esto es, facilitar el descanso del personal militar; la finalidad secundaria es apoyar la movilidad geográfica del personal militar que se desplace de su residencia habitual y precise alojamiento por razones del servicio, siempre que no sea posible proporcionárselo en cualquiera de las dos primeras modalidades de alojamiento.

Estas residencias de acción social, a su vez pueden ser:

1. Residencias militares de acción social de descanso, cuyo cometido es proporcionar alojamiento, manutención en su caso, descanso vacacional y ocio al personal militar y a sus familias.
2. Residencias militares de acción social a estudiantes, para proporcionar alojamiento y manutención a los hijos del personal militar que cursen sus estudios en centros oficiales o legalmente autorizados ubicados en localidades distintas a la del domicilio habitual de los padres o quien tenga su tutela legal.
3. Residencias militares de acción social de atención a mayores, que presta servicios de alojamiento, manutención y atención propia de mayores al militar retirado y a su cónyuge o cónyuge viudo, siempre que por sus circunstancias personales lo precisen.

Todas estas residencias, a la luz de la doctrina expuesta, gozan de la consideración de domicilio, cualquiera que sea su denominación o ubicación. Como hemos indicado, y de acuerdo con la precitada STS de 26 de septiembre de 1996 de la Sala 5ª, los espacios comunes no gozan de la protección del domicilio. Hay que tener en cuenta que estas residencias son para uso de los Suboficiales y Oficiales de las Fuerzas Armadas.

Ahora bien, en la Orden Ministerial no se determina cómo proceder en caso de que sea necesario llevar a cabo una inspección o registro o desalojo. Han sido los diferentes ejércitos los que lo han desarrollado a través de Instrucciones Técnicas. A su vez, en cada Unidad, el jefe de la misma puede establecer normas de régimen interior para matizar o concretar lo dispuesto en

estas Instrucciones. Vamos a analizar someramente las Instrucciones Técnicas dictadas por cada uno de los ejércitos ya que las normas de régimen interior, por la diversidad de las mismas dadas las innumerables unidades que existen en nuestras Fuerzas Armadas, son de muy difícil enumeración.

En el Ejército de Tierra ha habido una extensa proliferación de Directivas e Instrucciones al respecto, que analizaremos en parte ahora y en parte más tarde al tratar el tema de los alojamientos compartidos. Actualmente la que resulta de aplicación general y está en vigor es la Instrucción Técnica 13/05, en su Actualización de 2015, sobre “Actuación en inspecciones, revistas y registros de alojamientos logísticos y vestuarios”. Lo que pretende esta Instrucción es regular el proceso de actuación en las inspecciones, revistas y registros en alojamientos logísticos y vestuarios de las bases del Ejército de Tierra.

El punto 5 de esta Instrucción recuerda la movilidad geográfica que padecen los miembros del Ejército de Tierra y establece como prioritario el apoyo a la movilidad geográfica de estos militares que se desplacen o precisen alojamiento por razones de servicio. La red de residencias militares es la que proporciona dicho apoyo. El párrafo tercero señala que dentro de esta red de residencias se encuentran los Alojamientos Logísticos Militares, que *“son instalaciones situadas con carácter general en el interior de una BAE, y cuya finalidad principal es proporcionar alojamiento al personal destinado en las UCO,s sitas en la citada BAE, en otras UCO,s del mismo término municipal u otros próximos de una misma área geográfica, o en comisión de servicio no indemnizable en la misma localidad”* y *“se regirán por la legislación general aplicable a los Órganos de la Administración General del Estado; en particular por la Ley de Régimen Jurídico de la Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo Común, la Ley General Presupuestaria y el Texto Refundido de la Ley de Contratos del sector público. Así mismo, dado su carácter militar, se regirán también por la normativa de carácter general aplicable a las Bases, Acuartelamientos y Establecimientos (BAE,s) y*

Unidades, Centros y Organismos (UCO,s) del Ministerio de Defensa y por la de carácter particular dictada específicamente para éstos.”

Mediante la Orden Ministerial 50/2011 se aprueban las normas generales relacionadas con el ejercicio del mando y el Régimen Interior de las Unidades e Instalaciones, normas que pueden concretarse mediante las normas de régimen interior de cada Unidad.

El referido punto 5 hace incapié en que *“el concepto de alojamiento, así como el de vestuario en menor medida, requiere compaginar el derecho a salvaguardar la intimidad y privacidad de los usuarios con la exigencia de control que el mando debe ejercer en todos los ámbitos de su competencia. Se trata de garantizar los derechos individuales y a la vez el cumplimiento de las Normas de Régimen Interior de las BAE,s así como la correcta aplicación de la Ley de Régimen Disciplinario de las FAS”.*

Además en este apartado se hacen las siguientes consideraciones respecto a las figuras de Jefe de Unidad y Jefe de Base que se mencionan en la Orden Ministerial 50/2011:

- El artículo 26 de la OM encomienda al Jefe de BAE *“la coordinación e inspección de todas las infraestructuras, tanto las de uso general como las asignadas a Unidades alojadas, respetando las competencias propias de los jefes de estas últimas. En el mismo artículo establece claramente que “velará por la aplicación de la normativa sobre prevención de drogodependencias”, normativa a la que nos referiremos más tarde.*
- El Jefe de BAE será el responsable de la elaboración del Libro de Normas de Régimen Interior cuyo contenido recogerá todos aquellos aspectos referentes al régimen de vida de todas las Unidades alojadas en la BAE. (artículo 32).

- El artículo 42 de la OM especifica que *“se realizarán revistas con la frecuencia que se determine para comprobar el estado de las instalaciones así como la conservación y limpieza del material”*.
- Con respecto al Jefe de UCO tipo Batallón o superior en el artículo 20 de la OM 50/2011 se recalca e incide en la responsabilidad del Jefe de UCO que *“vigilará que se aplique la normativa sobre prevención en drogodependencias”*, así como que *“exigirá el cumplimiento de lo establecido en el Libro de Normas de Régimen Interior de la Instalación donde se encuentre ubicada y el correcto uso y cumplimiento de la normativa sobre saneamiento y mantenimiento de locales, infraestructuras y equipamientos asignados a la Unidad en la Instalación que se aloje”*.
- Del mismo modo el artículo 21 de la OM 50/2011 establece para el Jefe de Compañía que ejercerá el control periódico de los medios puestos a su disposición mediante la realización de revistas.

Esta Instrucción distingue entre inspecciones y revistas por una parte, y registros por otra.

Las inspecciones y revistas se regulan en el punto 6, de acuerdo con el cual, *“aunque la OM 50/2011 no establece con claridad la finalidad de las Inspecciones, puede interpretarse, en analogía con lo recogido en otros aspectos, que éstas van más orientadas, en el campo que nos ocupa, a verificar el buen funcionamiento de los servicios y el cumplimiento de las normas de régimen interior”*. Considera esta Instrucción que, a la luz de la Orden Ministerial referida, *“parece aconsejable que la responsabilidad última de autorizar u ordenar y ejecutar las inspecciones, revistas y en su caso los registros, corresponda al Jefe de la BAE; que las puede ordenar por propia iniciativa, o a sugerencia o petición del Jefe de alguna de las UCO,s alojadas. Los procedimientos que se establezcan en lo referente a Inspecciones y Revistas deberán quedar recogidos en el correspondiente Libro de Normas de Régimen Interior de la BAE.”*

En consecuencia, concluye este apartado que *“por ello, los alojamientos/vestuarios podrán ser objeto de inspecciones orientadas a verificar el cumplimiento de las Normas de Régimen Interior en lo relativo al uso y disfrute de las instalaciones; Normas que deberán ser redactadas y firmadas por el Jefe de BAE, actualizadas con motivo de cambio del mismo o de modificación de la normativa general, figurar expuestas en las zonas comunes de ambos y en cada alojamiento para conocimiento del personal usuario, y recogidas en el Libro de Normas de Régimen Interior como Anexo al mismo. En virtud de lo anteriormente expuesto, se podrán asimismo llevar a cabo revistas de los alojamientos/vestuarios para verificar el estado de policía, higiene, conservación y mantenimiento de las instalaciones y del mobiliario, aparatos permitidos,..., conforme a las Normas redactadas al efecto y que estarán recogidas en el Libro de Normas de Régimen Interior de la BAE”*.

Ahora bien, se señala que en estas revistas/inspecciones *“deberá garantizarse el derecho a la intimidad personal de los que habitan en el alojamiento o hacen uso del vestuario, sin que se pueda vulnerar el efectivo desarrollo de la vida privada de sus moradores en su interior, por lo que solamente en los supuestos y forma recogidos en el apartado 7 de estas normas, podrán extenderse, con la consideración de registros, al contenido de cajones, armarios-taquilla u objetos personales.*

Para la realización de las inspecciones y revistas no es necesario contar con autorización del personal alojado o usuario. El Jefe de BAE podrá ordenar la presencia del personal alojado o usuario en la inspección o revista que se vaya a realizar. Si así no fuera deberá informarse a dicho personal de que se va a llevar a cabo, con la antelación suficiente que permita la presencia del que voluntariamente lo desee.

De igual manera se señala que la ausencia prolongada de alguna de las personas alojadas o usuarias no constituye ningún inconveniente para llevar a cabo las inspecciones o revistas”.

A este respecto podemos hacer las siguientes matizaciones: en primer lugar es necesario distinguir entre los meros vestuarios y los alojamientos. Aquellos lugares que se utilicen como simples vestuarios no tendrán en ningún caso la consideración de domicilio, ni les alcanzará la protección de éste, por lo que no se exigen los mismos requisitos que para la entrada y revista/inspección en un alojamiento.

Ahora bien, si se trata de un lugar que sirve de alojamiento, en atención a la jurisprudencia mencionada, sí estaríamos ante un lugar que merece la consideración de domicilio, y por tanto gozaría de las garantías constitucionales otorgadas a la morada, por lo que para proceder a entrar, con independencia de que no se quiera hacer un registro sino simplemente una inspección⁹⁵⁶, haría falta consentimiento del titular o resolución judicial, salvo que estemos ante una situación de flagrancia delictiva.

Por tanto nos parece contrario a la Constitución, al código penal y a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entre otras, la previsión de que *“para la realización de las inspecciones y revistas no es necesario contar con autorización del personal alojado o usuario”*, ya que estamos hablando de un alojamiento que tendría la consideración de domicilio en tanto en cuanto sea utilizado por su usuario más allá que como mero vestuario. Por tanto aquí ya observamos una nota que es contraria a la legislación de rango superior que en modo alguno puede ser contravenida por una Instrucción Técnica del Ejército de Tierra.

También señala este apartado 5 que la inexactitud en el cumplimiento de las normas de régimen interior de la BAE, respecto del alojamiento o vestuario, puede ser constitutivo de alguna de las faltas leves previstas en el artículo 6 de

⁹⁵⁶ Ya indicamos en el capítulo correspondiente a la diligencia de entrada y registro que, si bien es cierto que debe distinguirse entre la entrada y el registro, puesto que el registro supone un plus en la injerencia de la intimidad domiciliaria, la simple entrada ya implica una vulneración en este derecho fundamental, por lo que será necesario para proceder a una entrada legítima encontrarnos ante una de las excepciones previstas en la Constitución o en las leyes orgánicas especiales que citamos en dicho capítulo.

la Ley Orgánica 8/2014, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, pudiendo en tal caso aplicarse por la autoridad disciplinaria alguna de las sanciones previstas en el artículo 11.1 de aquella norma. Esto nos parece correcto, pero no es óbice para que la entrada e inspección se realice respetando el derecho a la intimidad domiciliaria, en caso de que opere este derecho por el tipo de alojamiento ante el que nos encontremos.

Continúa apuntando que podemos distinguir entre un leve incumplimiento de normas básicas de convivencia, como ruidos, horarios,... que puede ser corregido mediante advertencia o amonestación (que no constituye sanción disciplinaria de la Ley de Régimen Disciplinario), y una reiteración de dicho incumplimiento (dos o más advertencias), que puede dar lugar a una resolución motivada del Jefe de la Base acordando la expulsión del alojamiento, siempre previo trámite de audiencia del interesado. Esta resolución administrativa será inmediatamente ejecutiva pudiendo procederse, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de lo acordado a través de alguno de los medios previstos en el artículo 96 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En caso de que el lugar tenga la consideración de alojamiento y no de mero vestuario, si el usuario no lo desalojase, esta Instrucción no prevé nada al respecto, pero consideramos que será de aplicación lo dispuesto al explicar la ejecución de actos de la administración en el capítulo correspondiente, por lo que sería necesaria la oportuna resolución de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Acaba diciendo este apartado que el uso de equipos cinológicos para la detección de drogas u otras sustancias estupefacientes o psicotrópicas, tendrá la consideración de registro y serán de aplicación las normas señaladas en el apartado 7.

Como acabamos de apuntar, las normas relativas a los registros se recogen en el apartado 7. Comienza recordando el artículo 10 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las

Fuerzas Armadas, que analizaremos en el siguiente epígrafe, y dice que *“en consecuencia un registro debe tener carácter excepcional. Debe acordarse por escrito, y quedar reflejados expresamente los hechos y circunstancias concurrentes por las que se procede al mismo, así como la causa por la que se toma esta medida, es decir, concretar los indicios de la comisión de un hecho delictivo, o la afección de la seguridad o la salud pública.*

Aun cuando no es factible determinar a priori, ni aun de forma genérica, los indicios de un delito, éstos han de ser plurales y de naturaleza inequívocamente acusatoria. Así como consistir en hechos absolutamente acreditados y que de ellos se infiera de manera racional, conforme a las reglas de la experiencia humana, la perpetración de una actividad presuntamente delictiva, si bien han de ser evaluados caso por caso.

Tales indicios deberán incorporarse detalladamente a la autorización de registro que, motivadamente, deba emitir el jefe con competencia para ello.”

Nos parece increíble que a un Jefe de Base, al que no se le requiere formación jurídica alguna, se le considere competente para dictar una autorización de registro y valorar unos indicios que deben ser valorados por un juez. No obstante se señala en este apartado 7 que antes de llevar a cabo el registro, se solicitará el consentimiento previo del personal afectado, entendiendo como tal aquel cuyas pertenencias, mobiliario o enseres van a ser registrados, consentimiento que, si se otorga, debe hacerse constar por escrito.

Ahora bien continúa diciendo que *“en el caso de alojamiento compartido no es preciso el consentimiento de la totalidad del personal alojado en el módulo”*. Entendemos que aquí resulta plenamente aplicable lo dispuesto al hablar del consentimiento en el delito de allanamiento de morada y en la diligencia de entrada y registro, por lo que si el alojamiento se considera domicilio, en caso de que sea compartido por varias personas, deberán prestar el consentimiento todos los que allí convivan. Sobre este punto volveremos en el siguiente epígrafe al tratar el problema de los alojamientos compartidos.

Y pretende aclarar este apartado: *“Siendo el ámbito espacial significativamente diferente, deberá garantizarse el derecho a la intimidad personal de los que habitan en el alojamiento o hacen uso del vestuario, sin que se pueda vulnerar en el alojamiento el efectivo desarrollo de la vida privada de sus moradores en su interior.”*

Esta redacción nos parece de lo más caótica ya que continuamente hace referencia indistinta a los alojamientos y los vestuarios, cuando su tratamiento a efectos de una entrada y registro ha de ser radicalmente diferente, puesto que, simplemente poner un pie dentro de un alojamiento que merezca la consideración de morada fuera de los presupuestos legalmente admitidos, supone una vulneración del derecho a la intimidad domiciliaria.

Y concluye diciendo: *“si como consecuencia de un registro con el empleo de recursos cinológicos específicos éstos indicaran sustancias prohibidas en el mobiliario o enseres de otras personas alojadas, y en el caso de que los nuevos afectados no dieran su consentimiento, deberá solicitarse la correspondiente autorización judicial del Juzgado de Instrucción de la demarcación donde se encuentre la Unidad, sin perjuicio de consultar al Juzgado Militar Territorial por si se planteara cuestión competencial sobre la jurisdicción a aplicar, para extender el registro a los mismos”*. Entendemos que en este caso ya puede haberse producido vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, por lo que la referida autorización judicial, en caso de ausencia del consentimiento de todos y cada uno de los alojados, debe requerirse con anterioridad al registro, y no a posteriori.

No obstante, el apartado 7.1 parece que trata de arreglar esto al disponer que *“si alguno de los afectados del dormitorio manifestara su negativa al registro se procederá del siguiente modo:*

- *Se pondrá vigilancia en el dormitorio para impedir que el personal afectado pueda extraer efectos de ningún tipo hasta que se efectúe el registro.*

- *En el caso del armario-taquilla de un vestuario, se procederá al precintado del mismo y se pondrá vigilancia a fin de impedir la violación del mismo.*

- *Si se presupone la comisión de una falta, o delito tipificado en el Código Penal Militar, se remitirá vía fax, previo contacto telefónico, solicitud de autorización para llevar a cabo el registro al Juez Togado de su demarcación.*

- *Si los indicios se relacionan con la tenencia, consumo o tráfico de sustancias estupefacientes, al estar el tema incurso en el Código Penal Ordinario, se deberá recabar la autorización al Juez Civil (Juzgado de Guardia). Si en este supuesto se solicitara la autorización del Juez Togado, lo más probable es que el mismo remita al solicitante a la Jurisdicción Ordinaria.*

Caso de que tal y como se recoge en el apartado 7.3.1. párrafo 3º, se hubiera recabado la colaboración de la Policía Judicial, puede ser ésta quien solicite la autorización de registro.

- *Caso de que el afectado estuviera ausente (ejercicios, cursos, permisos etc...) y dado que por tal motivo será necesario forzar su armario-taquilla o el cierre de cualquier otro objeto personal, deberá hacerse constar este extremo al Juez correspondiente cuando se le solicite la autorización para llevar a cabo el registro.*

- *De igual manera que en el párrafo anterior se actuará en los casos en que el afectado se encuentre presente y se haya negado a facilitar el registro, por cuanto cabe la posibilidad de que una vez se disponga de la autorización judicial, alegue haber perdido las llaves.*

- *Una vez recibido la autorización judicial se levantará la vigilancia del alojamiento o armario-taquilla, procediéndose al registro, en los términos fijados por el juez, en su caso, siempre que no se practicara bajo la dirección del Secretario del Juzgado o del propio juez."*

Nos sigue pareciendo que esta redacción induce a error por los motivos expuestos hasta ahora y por los que añadimos, a saber: en primer lugar se habla indistintamente de vestuarios, alojamientos y dormitorios, y de armarios y taquillas, cuando nada tiene que ver un alojamiento con un vestuario, y una taquilla o un armario de un vestuario con uno de un alojamiento. Por otro lado, no queda claro cómo proceder ante la ausencia de consentimiento, y si la autorización judicial ha de ser a priori o a posteriori, ya que, como hemos indicado, el apartado 7 establece que si el alojamiento es compartido no es preciso el consentimiento de todo el personal alojado en el módulo, y en el caso de que se descubrieran sustancias prohibidas en los enseres de otras personas alojadas distintas a las que dieron el consentimiento, si los nuevos afectados no dieran su consentimiento, se recabará autorización judicial. Pero a continuación el apartado 7.1 señala que si alguno de los afectados del dormitorio manifiesta su negativa al registro se requerirá la oportuna autorización judicial. Hubiera sido más sencillo, a la par que lo correcto, exigir el consentimiento de todos los alojados en un alojamiento que tenga la consideración de domicilio, y, en caso de ausencia de alguno de ellos y de que existan razones fundadas de la posible comisión de un hecho delictivo, recabar la oportuna autorización judicial.

En cuanto al procedimiento para llevar a cabo este registro, se recoge en el apartado 7.3, en virtud del cual, y tal y como se indicaba en el punto 7 y que ya ha sido objeto de crítica, es la autorización del Jefe de la Base la que inicia el procedimiento de registro, autorización que debe comunicarse al personal alojado en el dormitorio a registrar. Se prevé que esté presente un equipo cinológico de detección de drogas y estupefacientes de las Fuerzas Armadas, y caso de que éste no esté disponible, se dispone que se solicitará apoyo de equipos cinológicos y policía judicial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Nos parece también sorprendente esta previsión ya que, estas fuerzas de seguridad del estado, tan sólo pueden actuar en virtud de flagrante delito o autorización de la autoridad correspondiente de quien dependan y que

tenga competencia para ordenar su intervención que, en ningún caso, será la autoridad militar.

En cuanto a la ejecución del registro, se regula en el apartado 7.3.2 que pasamos a transcribir para posteriormente analizar:

“Durante el registro de un dormitorio estarán presentes los afectados, salvo imposibilidad manifiesta por encontrarse fuera del acuartelamiento.

- *Se deberá contar con al menos dos testigos que presencien el desarrollo del registro.*

- *De todo registro se levantará acta, según modelo del Anexo 1, que reflejará:*

Autorización para el registro del Jefe de la BAE.

Autorización judicial si hubiera sido necesaria.

Personas presentes.

Forma en que se ha llevado a cabo.

Consentimiento del interesado.

Falta de consentimiento u objeciones expresadas por los registrados, en su caso. A la persona registrada se le deberá permitir expresar por escrito su disconformidad con la medida, o con los términos en que está redactada el acta.

Resultado del registro.

Firma de la autoridad que ordenó el registro, de los responsables de su ejecución, de los testigos y de los propios interesados. La negativa de estos últimos a firmar, no altera la validez del registro, autenticada por la firma de los testigos, aunque en este caso se debe dejar constancia en el acta de dicha negativa.

□ En el caso de que por ausencia o negativa del interesado a abrir su armario-taquilla u otros objetos personales hubiera que forzarlos (en las condiciones fijadas en los párrafos de los “puntos” 4 y 5 del apartado 7.2), se reflejará en el acta de registro tal extremo.

• Al practicar el registro, en todo caso, deberán evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar más de lo necesario, y adoptándose todo género de precauciones para no comprometer la reputación del registrado.

El registro en las horas usuales nocturnas del sueño requerirá motivación previa de su necesidad.

• Caso de que el registro haya sido realizado por el propio juez o el Secretario del Juzgado, o en su presencia, este último levantará acta de las diligencias, por lo que no será preciso confeccionar el Acta del Anexo I.

Los registros practicados de oficio por los Órganos Judiciales se registrarán por las propias normas procesales.

En cuanto a los enseres, equipo, material, taquillas, armarios o habitáculos asignados a personal en ignorado paradero respecto del que se instruya procedimiento, se solicitará la oportuna autorización del Juez Togado respectivo para la apertura, asignación o destino de lo señalado.”

Sigue pareciéndonos poco clara esta redacción, por cuanto lo que debería de quedar patente es que, si no hay consentimiento del titular para proceder a entrar y/o registrar un lugar que sirve de alojamiento lo primero que debe requerirse es el consentimiento del afectado o afectados, y en caso de negativa se deberá acudir siempre a la autoridad judicial competente y recabar la oportuna resolución judicial habilitante. En nuestra opinión, este texto puede inducir a la creencia de que la autorización del Jefe de la Base sería equiparable en algunos supuestos a la de un juez lo cual es, a todas luces, inadmisibile.

Finalmente se habla en el punto 7.3.3 de la “actuación posterior” y se distingue entre, que el resultado del registro sea negativo, en cuyo caso se da por finalizado el procedimiento, y que sea positivo, en cuyo caso se remite a lo dispuesto en la Instrucción General 02/09 “Plan Antidroga del Ejército de Tierra” (PADET), Instrucción que estudiaremos a continuación. Aquí también nos resulta sorprendente que se limite a remitirnos a esta normativa, ya que se puede descubrir la comisión de otro tipo de delitos, como el tráfico de armas, por ejemplo.

ESPECIAL REFERENCIA A LA NORMATIVA RELATIVA A LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE DROGA EN EL EJÉRCITO

Para la prevención y control de drogas en el ejército se aprobó la Instrucción 4/98 llamada PYCODE, sobre prevención y control de droga en el ejército, actualmente sustituida por otra. Como habrá podido observarse a la luz de las detenciones expuestas, el tráfico y consumo de drogas en el interior de acuartelamientos ha sido una realidad constante desde la existencia de los militares de reemplazo hasta nuestros días. En aras a tratar de controlar y poner fin a este problema, es por lo que se han dictado las normas expuestas sobre registros e inspecciones. Pero dada la magnitud del problema, es por lo que se dictó esta Instrucción, que apoyándose en el precitado artículo 46 de la Ley del Servicio Militar, estableció la posibilidad de que el Jefe de la Unidad, ante indicios de consumo o tenencia de drogas, ordenase una inspección en diversos lugares de la Unidad, que podían comprender los alojamientos y residencias de los militares profesionales.

Así, el punto 5.1 sobre “Detección” establecía que *“cuando se tengan indicios de existencia de sustancias psicotrópicas y otras sustancias no permitidas en las unidades, se adoptarán medidas para la detección de las mismas. Los registros, inspecciones o revistas, que tengan por finalidad detectar la existencia de dichas sustancias, deberán planearse detalladamente. Los mismos, deberán realizarse preferentemente por mandos de la unidad y*

siempre que sea posible con apoyo del equipo cinológico, bien propios del Ejército de Tierra...”.

Concretamente en el Anexo III “Intervención” el punto 1.3 señalaba: “Los registros sólo podrán ser ordenados por el Jefe de Unidad (artículo 46 LO 13/91, del Servicio Militar que se aplicará análogamente al personal militar profesional). Se procurará realizar los registros a comienzos de la semana y por la mañana. En caso de utilizar perros, será el jefe de equipo cinológico quien determine el procedimiento a seguir. Si la detección de dichas sustancias, fuera consecuencia de revistas o inspecciones programadas o fortuitas, se levantará acta de un modo similar al indicado anteriormente”.

El procedimiento normal para llevar a cabo esta inspección era el siguiente: generalmente un equipo de policía militar pasaba por las camaretas de los soldados con perros detectores de drogas. En caso de que el perro “señalase” una taquilla o cualquier mobiliario se avisaba al soldado correspondiente y se le solicitaba permiso para proceder al registro. Si el soldado se negaba, se le leían sus derechos y se procedía a la apertura de la taquilla en presencia de dos testigos, y levantando un acta, entre otras de las formalidades que marcaba la Instrucción.

Analicemos este supuesto, más habitual de lo que se pueden imaginar: estamos ante la presunta comisión de un hecho delictivo, que no tendría la consideración de flagrante. Ante la negativa o ausencia de consentimiento del titular para proceder al registro, basta con la orden del Jefe de Unidad para llevarlo a cabo, aún cuando se trate de lugares que sirven de residencia al militar. Estos lugares, en muchas ocasiones, ni siquiera eran las llamadas “naves corridas” que acabamos de analizar, sino habitaciones compartidas por dos, tres o cuatro soldados. En nuestra opinión, al tener dichos alojamientos por los motivos que hemos ido exponiendo la consideración de domicilio, estaríamos ante un supuesto de vulneración del derecho a la intimidad domiciliaria, que traería como consecuencia la nulidad del registro e incluso,

responsabilidades penales de las personas implicadas, salvo que apreciásemos la figura del error, aspecto que luego abordaremos.

Esta Instrucción, como hemos apuntado, ha sido sustituida por la 02/09 denominada “Plan Antidroga del Ejército de Tierra” (PADET). El Anexo III, al desarrollar el “Programa de Intervención”, prevé en el punto 2 entre los sistemas de detección, la posibilidad de realizar inspecciones y registros, de acuerdo con lo dispuesto en la Instrucción Técnica 13/05 sobre “Actuación en las revistas, inspecciones y registros en los Alojamientos de Tropa”, que es analizada en el siguiente epígrafe relativo al problema de los alojamientos compartidos, como es el caso de los alojamientos de tropa.

En la Armada encontramos una Instrucción general sobre Residencias de la Armada, la 9/2010, de 2 de febrero, del Jefe del Estado Mayor de la Armada, y dos Instrucciones que concretan el uso y funcionamiento de estas residencias: la Instrucción Permanente de Organización (IPOR) número 001/2014, de 27 de febrero, del Almirante Jefe de Personal por la que se establecen las normas generales de régimen interior de los Alojamientos Logísticos de la Armada, y la Instrucción Permanente de Organización (IPOR) número 002/2014, de 21 de octubre, del Almirante Jefe de Personal, sobre clasificación, uso y funcionamiento de las residencias de la Armada. Pasamos a analizarlas.

La IPOR 002/2014, siguiendo la OM 13/2009, define las residencias de la Armada en su apartado 4 como los alojamientos logísticos y residencias de la Armada, con independencia de cuál sea su función principal. Las clasifica en:

- *“Alojamiento Logístico de la Armada (ALA): Establecimiento, normalmente situado en el interior o anexo a una instalación de la Armada, cuya utilización principal es el alojamiento del personal militar de la Armada, así como el perteneciente a los Ejércitos y los Cuerpos Comunes que se encuentre destinado en una UCO de la Armada, en comisión de servicio no indemnizable o efectuando cursos en los que no se perciba IRE destinada a cubrir los gastos de alojamiento.*

- *Residencia Logística de la Armada (RLA): establecimiento cuya utilización principal es el alojamiento por necesidades del servicio del personal militar de la Armada no comprendido en la definición anterior. También podrá alojar el personal militar de los Ejércitos y los Cuerpos Comunes con las condiciones que se establecen en esta Instrucción.*

- *Residencia Militar de Acción Social de Descanso de la Armada (RMDA): establecimiento cuyo cometido principal es el de proporcionar alojamiento, para descanso vacacional y ocio al personal militar de la Armada y a sus familias o, secundariamente, al personal militar de los Ejércitos y los Cuerpos Comunes no adscritos a la Acción Social de la Armada.*

- *Residencia Militar de Estudiantes de Acción Social de la Armada (REA): establecimiento cuyo cometido principal es el de facilitar alojamiento y manutención a los hijos del personal militar de la Armada y, secundariamente, al personal militar de los Ejércitos y los Cuerpos Comunes no adscritos a la Acción Social de la Armada, que cursen sus estudios en centros ubicados en una localidad distinta a la del domicilio habitual de sus padres o tutores legales”.*

Por su parte, la IPOR 001/2014 aclara en su apartado 3 que estos alojamientos se encuentran habitualmente dentro de una Base, Arsenal o Dependencia Militar. No obstante, en ocasiones se ubican de forma independiente en una determinada población, generalmente próximos a otras instalaciones militares. En ambos casos el personal alojado debe comportarse dentro y fuera del alojamiento conforme a las normas habituales de disciplina y corrección militar. En particular, en su interior mantendrá un escrupuloso cumplimiento de estas Normas Generales de Régimen Interior y de las instrucciones particulares de cada Alojamiento, promulgadas por su Órgano Gestor. Cada uno de estos alojamientos tendrá un director gerente y un administrador.

Nos resulta muy interesante y digno de reflejar el apartado 6.7 habida cuenta que dispone que “*previamente a la ocupación de la habitación el usuario*

deberá prestar consentimiento expreso a que por el personal de limpieza y mantenimiento se pueda acceder a la habitación con la periodicidad que se establezca por la Dirección del Alojamiento y en el horario previsto a tal fin. El consentimiento se deberá prestar previamente a la ocupación de la habitación mediante la firma del documento obrante en el Anexo II. Esto nos muestra que la normativa de la Armada es garantista y respetuosa con la intimidad domiciliaria, como se verá a medida que la expongamos.

Ambas Instrucciones establecen la obligación por parte de los usuarios de la aceptación de las Normas de Régimen Interior en vigor que les afecten, así como de las Instrucciones Particulares de Régimen Interior de cada residencia⁹⁵⁷.

El apartado 9.1 de la IPOR 001/2014 determina que el incumplimiento de estas normas dará lugar a medidas de carácter administrativo, que podrán ser impuestas por el director, si en incumplimiento fuera leve, o por el órgano gestor, en el caso de que fuera grave. Las medidas pueden ser el apercibimiento o la expulsión, respectivamente. Lo mismo dispone el apartado 9.9 de la IPOR 002/2014.

⁹⁵⁷ Establece la IPOR 002/2014 en el párrafo primero del apartado 9.9 que *“la utilización de las residencias implica la aceptación por todos los usuarios de las Normas Generales de Régimen Interior que les afecten, así como de las Instrucciones Particulares de Régimen Interior de cada residencia, que deberán estar sancionadas por el órgano gestor correspondiente. En las habitaciones existirá una copia de las normas de régimen interior aplicables”*.

La IPOR 001/2014 a este respecto señala en sus apartados 3.2 y 3.3 que *“3.2. (...) el personal alojado debe comportarse dentro y fuera del alojamiento conforme a las normas habituales de disciplina y corrección militar. En particular, en su interior mantendrá un escrupuloso cumplimiento de estas Normas Generales de Régimen Interior y de las instrucciones particulares de cada ALA, promulgadas por su Órgano Gestor.*

3.3. Cuando un ALA se encuentre en el interior de una Dependencia Militar, también serán de obligado cumplimiento las normas de régimen interior vigentes en ella.”

Y en el apartado 6, al señalar las obligaciones generales de los usuarios, establece en primer lugar: *“6.1. La asignación de habitación en el ALA supone la plena aceptación de las Normas e Instrucciones de Régimen Interior en vigor. A tal efecto existirá un ejemplar en cada habitación.”*

Si el incumplimiento se califica como grave, de acuerdo con el apartado 9.3 de la IPOR 001/2014, el Director Gerente dará cuenta al órgano gestor que llevará a cabo el trámite de audiencia del interesado, pudiendo acordar, en su caso, la expulsión del alojamiento. Continúa diciendo que *“la resolución correspondiente determinará la duración de la expulsión en función de la gravedad de los hechos, que no podrá exceder de un año desde la fecha de desalojo efectivo”* y que *“la decisión podrá ser recurrida en alzada, cuya resolución pondrá fin a la vía administrativa, quedando abierta la vía contencioso-administrativa.”*

Esta medida es inmediatamente ejecutiva, tal y como aclara el apartado 9.5: *“Acordada la medida de expulsión ésta será inmediatamente ejecutiva, requiriéndose expresamente al afectado para que en un plazo de tres días hábiles abandone el alojamiento”*.

Si se negase el usuario, este apartado prevé la necesidad, en última instancia, de recabar la oportuna autorización judicial si finalmente el afectado no abandonase voluntariamente el alojamiento: *“el órgano gestor iniciará la incoación de un “Expediente de Desalojo”, que incluirá la resolución de expulsión, la notificación de dicha resolución y cuantos antecedentes se consideren oportunos. En este expediente se requerirá nuevamente al interesado para que desaloje la habitación de forma inmediata. Si aún así, éste hiciera caso omiso, se recabará autorización del juez de lo contencioso administrativo para proceder al desalojo”*.

Respecto al desalojo el apartado 9.10 de la IPOR 002/2014 establece que: *“Cuando el órgano gestor acuerde la expulsión de un residente, deberá especificar su duración en la resolución correspondiente, de la que le entregará copia. Esta duración no podrá exceder de un año salvo en casos de excepcional gravedad, en los que deberá elevar propuesta al Almirante Jefe de Personal para su resolución.”*

Acordada la medida de expulsión por el órgano gestor de un establecimiento ésta será inmediatamente ejecutiva, debiendo el afectado

abandonarlo en un plazo de tres días hábiles. Con independencia de ello podrá recurrir la resolución ante al Almirante Jefe de Personal o, en caso de firmar éste la resolución por su excepcional gravedad, ante el Almirante Jefe del Estado Mayor de la Armada.

La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado”.

Nos parece totalmente adecuada esta regulación y acorde a la doctrina y jurisprudencia expuesta a lo largo del presente trabajo.

Vamos a analizar ahora lo que establecen las Instrucciones de la Armada respecto a inspecciones, revistas y registros. Es la IPOR 001/2014 la que lo regula en su apartado 8 que pasamos a exponer.

El párrafo primero de este apartado comienza recordando el artículo 10 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, sobre derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas y, acaba diciendo que *“en consecuencia, las revistas e Inspecciones que pudieran llevarse a cabo deberán respetar en todo caso los derechos contenidos en el apartado anterior. Así mismo, el registro personal de los militares, de sus taquillas, efectos y pertenencias que estuvieran en su unidad requerirá del consentimiento del afectado o una resolución judicial.”*

A continuación el párrafo segundo distingue entre varios supuestos:

- Las revistas e inspecciones:

Salvo los supuestos de entrada de los servicios de limpieza y mantenimiento en las habitaciones, con la periodicidad que se establezca por la dirección del alojamiento y en el horario previsto a tal fin, no se podrán llevar a cabo revistas e inspecciones en las mismas salvo que mediara el expreso consentimiento del afectado. Además, dichas inspecciones deberán contar con su presencia salvo que renuncie expresamente a ello.

Debe tenerse en cuenta que las Normas de Mando y Régimen Interior de unidades de la Armada establecen que las revistas tendrán por objeto comprobar, según corresponda, la presencia, el vestuario y la policía del personal, así como el estado de las instalaciones y alojamientos. Por ello, con carácter general, el motivo por el que el Director de la residencia podrá solicitar de los afectados la realización de una inspección de sus habitaciones será la comprobación del estado general de las instalaciones, pero no podrán inspeccionarse elementos del ámbito estrictamente personal del interesado tales como cajones, taquillas, etcétera.

Además del consentimiento del afectado, dichas inspecciones deberán contar con su presencia salvo que renuncie expresamente a ello.

Lo anteriormente expuesto no impedirá que en caso de emergencia por razones justificadas de comisión de un delito flagrante, seguridad o salud pública que no admitan demora, el jefe de unidad pueda autorizar la entrada en las habitaciones para evitar un mal mayor, lo que deberá hacer de forma proporcionada y expresamente motivada. Estas entradas excepcionales se realizarán con la asistencia del interesado y en presencia de al menos dos testigos o sólo de estos si el interesado debidamente notificado no asistiera o no resultara posible su notificación o presencia. Este último apartado es el que, en nuestra opinión, puede resultar más problemático en aras a su aplicación práctica, ya que muchas veces los mandos militares no tienen claro el concepto de flagrante delito, y piensan que un presunto delito de tráfico de drogas es constitutivo de flagrante delito y justifica la entrada aún sin consentimiento del titular. Hay que recordar que, de acuerdo con la jurisprudencia al respecto que expusimos en el capítulo correspondiente, en los delitos de tráfico de drogas sólo cabe hablar de flagrancia si existe un riesgo real de que desaparezcan los elementos del delito o la persona del delincuente; en el resto de casos entiende el Tribunal Supremo que no se requiere una intervención inmediata y que se puede esperar a obtener la correspondiente resolución judicial.

- Registro de habitaciones, taquillas, armarios o efectos personales:

Se trata de aquellos supuestos en que el Director del alojamiento dicte un acuerdo motivado para proceder al registro de una habitación o efectos personales del residente, acuerdo que se ha de notificar al interesado para recabar su consentimiento. Aquí a su vez se distinguen dos supuestos, en función de que medie o no consentimiento del titular:

- Si media consentimiento: el registro se llevará a cabo en presencia del afectado y de al menos dos testigos, o sólo de éstos si el interesado expresamente renunciara a estar presente.
- Si no media el consentimiento: resultará necesario recabar autorización judicial. La autorización judicial podrá solicitarse de distintas formas, bien directamente del órgano judicial, o a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. La forma normal de actuación será solicitando la intermediación de Seguridad Naval.

Respecto del órgano judicial competente al que dirigirse para obtener la autorización, dependerá del motivo por el que se requiere el registro en la habitación. Si el motivo fuera por hechos o circunstancias que pudieran ser competencia de la Jurisdicción Militar, se recabará del Juez Togado Militar correspondiente al de la localidad del alojamiento. Si el motivo fuera por hechos o circunstancias de naturaleza penal común, se pedirá autorización del Juez de Instrucción de Guardia de la localidad.

Si el motivo fuera por hechos o circunstancias de naturaleza administrativa, la autorización podrá recabarse del Juez de lo Contencioso-Administrativo correspondiente a la localidad (por ej: un desalojo de personas y sus pertenencias, o en casos de necesidad de entrada por una situación legal de desaparecido...).

En cualquiera de estos registros deberá levantarse un acta, de acuerdo con el apartado 8.3, que especifica que, si el registro se practica directamente

por la autoridad judicial le corresponderá a ella la realización del acta en la forma que determine.

En otro caso, el acta deberá ser firmada por todos los intervinientes y en ella deberán constar, los siguientes aspectos:

- Lugar, fecha y hora.
- Referencia al acuerdo que motivó el registro.
- Si el registro se ha realizado con consentimiento del afectado o con autorización judicial.
- Personas presentes en el registro.
- Descripción de las actuaciones practicadas durante el registro (espacios registrados, duración del registro...).
- Resultado del registro como "negativo" (si no se hubiera encontrado nada sospechoso), o como "positivo" (si se hubiera encontrado algo sospechoso, en cuyo caso se relacionará y describirá).

Si durante el transcurso de un registro realizado con consentimiento del afectado, o bien con autorización judicial, pero que no se haya realizado directamente por la autoridad judicial, se hallara material del que se pudiera deducir la posible comisión de un delito, se inmovilizará sin ser manipulado y se custodiará debidamente, sacando fotografías, de ser posible, dando cuenta inmediata a las Fuerzas de Seguridad o a la autoridad judicial correspondiente, y se esperará a recibir instrucciones. Aquí estaríamos ante un supuesto de hallazgo casual, que ya tratamos en el capítulo correspondiente. De acuerdo con lo analizado, la manera de proceder que marca la Instrucción sería la adecuada.

Por tanto, en nuestra opinión, podemos concluir que la normativa de la Armada es la más respetuosa con las garantías legales exigibles en las entradas y registros en los lugares que tienen la consideración de domicilio,

con la salvedad de que si bien sería necesario distinguir correctamente cuándo estamos ante un delito flagrante y cuándo no.

El Ejército del Aire no ha desarrollado ninguna Instrucción y lo que hace en caso de tener que efectuar un registro o inspección es acudir a la Ley Orgánica de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas que es objeto de estudio en el epígrafe siguiente.

La Guardia Civil ha dictado la Orden General número 11 dada en Madrid, a 21 de diciembre de 2005, por la que se aprueban las normas de uso y disfrute de las residencias del cuerpo. Define como residencias de la Guardia Civil los locales e instalaciones que la Dirección General pone a disposición de su personal y demás personas autorizadas para facilitarles alojamiento temporal, estudio o descanso. Su gestión y administración corre a cargo de los Jefes de los Acuartelamientos o instalaciones donde se hallen ubicadas.

El artículo 13 dispone que *“la disparidad de equipamientos, instalaciones y circunstancias concurrentes en cada uno de los Acuartelamientos donde se ubican Residencias de Plaza impide la elaboración de unas normas de régimen interior válidas para todas ellas. En consecuencia, los mandos responsables a que se refiere el artículo 5 de esta Orden General elaborarán sus Reglamentos de Régimen Interior donde se comprenderán el uso de las instalaciones, régimen de horarios, normas de seguridad, visitas, accesos y otros aspectos que deban ser tenidos en cuenta por los adjudicatarios. Dichos Reglamentos deberán tener entrada en la Jefatura de Asistencia al Personal, para su aprobación, en el plazo máximo de tres meses contados a partir de la fecha de publicación de esta Orden General”*. Como hemos indicado al hablar de las residencias militares de las Fuerzas Armadas, las normas de régimen interior resultan innumerables dada la enorme cantidad de unidades de la Guardia Civil distribuidas por el territorio nacional que disponen de residencias.

Esta Orden prevé una serie de faltas, que se clasifican en leves y graves, siendo éstas últimas sancionadas con la expulsión. Ahora bien, así como la orden relativa a pabellones sí determina cómo llevar a cabo el

desalojo, esta Orden no determina cómo debe realizarse la expulsión. No obstante, dada la idéntica naturaleza de ambos alojamientos, deberá aplicarse el mismo que para los pabellones. En la práctica se siguen los criterios marcados por la Ley Orgánica 11/2007, de derechos y deberes de los miembros de la Guarda Civil que luego analizaremos.

Antes de pasar al siguiente punto nos parece conveniente comentar la reciente sentencia de la Sala 5ª del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2015, en la que se resuelve un recurso contra una sentencia absolutoria por un delito tipificado y penado en el artículo 138 del Código Penal Militar de extralimitación en el ejercicio del mando⁹⁵⁸. Si bien en esta sentencia no se analiza el delito de allanamiento de morada en cuanto tal, es de gran interés para el presente trabajo habida cuenta que se analiza si una teniente del ejército cometió el tipo penal militar de extralimitación en el ejercicio del mando por el hecho de haber entrado en la habitación de un Cabo 1º en una residencia militar sin el consentimiento de éste y sin que mediara resolución judicial ni flagrante delito.

Los hechos que se relatan en la presente sentencia podemos resumirlos en los siguientes: como consecuencia de un fuerte temporal con lluvias durante los últimos días del mes de abril de 2010, se ocasionaron daños de distinta entidad en diversas instalaciones y edificaciones de la Base Aérea de Gando (Las Palmas de Gran Canaria), entre otras cosas deperfectos, inundaciones y goteras en los edificios donde se ubicaban los alojamientos de Oficiales, Suboficiales y Tropa. Como consecuencia de ello, el Coronel Jefe de la Base interesó un crédito extraordinario para poder reparar los desperfectos producidos en los pabellones, tanto en las zonas comunes como en las habitaciones y, con el objeto de conocer exactamente la entidad de los desperfectos, ordenó al Grupo de Apoyo de su Unidad la realización de una inspección tanto de los pabellones de Oficiales, como de los de Suboficiales y de Tropa, dando las órdenes para que la inspección se efectuara conforme al

⁹⁵⁸ Artículo 138 CPM: “*El militar que en el ejercicio de su mando se excediere arbitrariamente de sus facultades o, prevaliéndose de su empleo o destino, cometiere cualquier otro abuso grave será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión*”.

procedimiento establecido, anunciando oportunamente la misma a los usuarios de los alojamientos. En una reunión del Grupo de Apoyo celebrada el día 7 de mayo de 2010 el Coronel Jefe de la Base pidió confirmación de que la inspección había sido anunciada, confirmación que le fue facilitada, comprobando él personalmente, por haberlos visto, los carteles informativos colocados en los pabellones de Oficiales y Suboficiales, aunque no los del pabellón de Tropa, por no haber llegado a pasar por éste.

En ejecución de las órdenes recibidas, que fueron transmitidas por el Teniente Coronel Jefe del Grupo de Apoyo, la inspección del Pabellón de Tropa, dirigida a determinar las goteras y desperfectos producidos por el vendaval y las fuertes lluvias de finales de abril, fue iniciada el día 12 de mayo de 2010 y fue llevada a cabo por la entonces Teniente D^a Serafina , quién a la sazón y en razón de su destino en la Escuadrilla de Personal era la oficial responsable de todos los Pabellones, y fue acompañada por el entonces Subteniente administrador de los pabellones D. Romeo y por el Cabo D. Alonso.

La inspección comenzó, alrededor de las nueve y media de la mañana, por las zonas comunes del edificio, pasando posteriormente a las habitaciones de la segunda planta, empezando por la habitación del propio Cabo Alonso y continuando con el resto de habitaciones, en las que entraba la teniente para comprobar y anotar los desperfectos. Entre las habitaciones inspeccionadas lo fue también la asignada al Cabo 1º D. Felipe, quien no se encontraba presente, y cuya puerta fue abierta por el Cabo Alonso con su llave maestra, después de tocar en la misma y esperar un momento para ver si había respuesta; en la habitación entró solo la Teniente Serafina, permaneciendo el Subteniente y el Cabo en la puerta.

Cabe resaltar que los hechos probados señalan que en el Procedimiento Operativo 90-12 2º, publicado el 22 de julio de 2005, se establecen las normas para regular el uso de las Residencias de la Base Aérea de Gando, señalándose en el Anexo B del mismo las normas de régimen interno, en las

que, dentro del apartado "Permanencia y conducta", se hace constar que, *“el personal de limpieza podrá entrar en las habitaciones de las residencias, en los días establecidos, para realizar su labor; el administrador, al mismo tiempo, podrá inspeccionar el estado de conservación de las mismas, con conocimiento y consentimiento del residente”*; sin que conste que tal consentimiento fuera prestado por el Cabo 1º.

La Sala 5ª absuelve a la teniente por entender que existió una razón objetiva que justificaba la inspección, entre otros, del pabellón de Tropa, constituida por una necesidad de cuantificar los daños producidos por las fuertes lluvias de los días pasados y que la inspección no fue llevada a cabo por el mero capricho o voluntad de la oficial interviniente, sino que fue ordenada por el Jefe de la Base y transmitida oportunamente la orden a través de la cadena de mando.

Estima, también, que se trataba de una orden legítima, en respuesta a una necesidad del servicio y cuyo fin no era otro que velar por la seguridad de las personas, instalaciones y bienes de la Base Aérea y, por otra parte, considera que *“es también de apreciar que, la acusada actuó en todo momento pensando que obraba correctamente y no infringía norma alguna y que su actuación no merece ser calificada como desmesurada, desmedida, estruendosamente injusta o apartada de forma patente y clamorosa de la norma aplicable que son los adjetivos que utiliza la jurisprudencia para tipificar como delictivo el ejercicio excesivo y arbitrario de las facultades inherentes al mando”*, lo que no obsta, para que la propia sentencia señale, que el hecho deba trasladarse al ámbito disciplinario por el incumplimiento del procedimiento marcado en las ya citadas normas de régimen interno de la Base Aérea (PO 90-12, anexo B). Por todo ello, la sala entiende que, *“la no aplicación del tipo penal del artículo 138 del Código Penal Militar por la sentencia dictada por el tribunal de instancia a los Hechos Probados relativos a la conducta de la Teniente Doña Serafina resulta conforme a derecho”*.

Estamos en desacuerdo con este pronunciamiento y totalmente de acuerdo con las argumentaciones del voto particular que formulan los magistrados Don Fernando Pigantelli Meca y Don Jacobo López Barja de Quiroga y que pasamos a exponer.

En primer lugar, señalan los magistrados que la habitación de los alojamientos de Tropa tienen la consideración de domicilio, y que la sentencia estima un error de prohibición invencible en la teniente, error no alegado ni acreditado: *“aun reconociendo que la hoy Capitán Serafina no contaba con el consentimiento del Cabo 1º Felipe para entrar en su alojamiento -es decir, en su domicilio-, y no cuestionando que dicha oficial “llegara a entrar en las habitaciones del pabellón de Tropa y, en concreto en la asignada al Cabo 1º Felipe, por espacio de escasos minutos y en presencia de dos testigos que permanecieron fuera de la habitación”, viene a poner en duda la concurrencia de lo que -a mi juicio con nula técnica dogmática- denomina “un elemento esencial para la constitución del tipo: el hecho de que la teniente fuera consciente de la posible antijuridicidad de su acción”, concluyendo que la oficial “en todo momento actuó pensando que obraba correctamente y que no infringía norma alguna”; es decir, se viene a estimar concurrente una suerte de error de prohibición invencible, ni alegado ni, desde luego, acreditado, que, además, se considera recae sobre un elemento preciso para la integración del tipo”.*

Por lo que respecta al error, recuerda el voto particular que *“ha dicho reiteradamente esta sala -sentencias de 16 de noviembre y 26 de diciembre de 2012, 28 de febrero y 21 de octubre de 2013 y 27 de enero de 2014, siguiendo las de 3 de noviembre y 3 de diciembre de 2008, 18 de junio de 2009 y 27 de enero de 2011- que “el error de prohibición invencible, en cuanto se reputa inevitable, excluye la culpabilidad y con ello la responsabilidad criminal -tanto a título de dolo como a título de imprudencia- del agente, que no pudo haber tenido la conciencia de que su comportamiento era antijurídico -lo que es distinto del error de subsunción-, viniendo determinada la exculpación, como señala la nombrada sentencia de la Sala Segunda de 14 de diciembre de 2007*

“porque, como indica la doctrina, situado en tal error invencible el sujeto no puede considerarse motivado por tal norma”; por el contrario, como dice nuestra sentencia de 3 de noviembre de 2008, seguida por las de 3 de diciembre de 2008, 18 de junio de 2009 y 27 de enero de 2011, “cuando el error de prohibición es vencible, en cuanto evitable, el artículo 14.3 del código penal determina que “se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”, de manera que la evitabilidad del error no excluye, pues, la culpabilidad, aún cuando la atenúa por la menor entidad del reproche al autor”.

Además añaden que el error de prohibición es la falta de conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, en el que suele distinguirse entre un error sobre la norma prohibitiva (error de prohibición directo) o un error sobre la causa de justificación (error de prohibición indirecto): *“en los términos de la STS de 28 de mayo, la doctrina y la ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación”.*

Los magistrados entienden que en este caso no podemos apreciar un error de prohibición invencible: *“conceptuado, según hemos visto, el presunto error en la conducta analizada como de prohibición o permisión sobre los presupuestos fácticos de la creencia acerca de la existencia de una causa de justificación -proyectando, en concreto, el error sobre la posibilidad de penetrar en el domicilio del Cabo 1º Felipe en razón de una orden del mando, que se califica de “legítima”, sin hacer referencia a que en la misma se especificaba que “se efectuara conforme al procedimiento establecido”, procedimiento que se contiene el Procedimiento Operativo 90-12, que para la inspección del estado de conservación de las habitaciones requiere el “conocimiento y consentimiento del residente”-, es decir como un error de prohibición indirecto y además vencible, la pretensión resulta inatendible y estéril, puesto que no existe prueba ninguna del invocado error sino todo lo contrario”.*

Continúan diciendo que de acuerdo con la jurisprudencia (entre otras SSTS de 17 de diciembre de 2009, de 16 de noviembre y 26 de diciembre de 2012, de 28 de febrero y 21 de octubre de 2013 y 27 de enero de 2014), para la viabilidad del error de prohibición directo o indirecto, tanto invencible como vencible, no basta con su alegación sino que debe ser probado por parte de quien lo alega. Además, su estimación depende de los condicionamientos psicológicos y socioculturales del sujeto activo, sobre todo su grado de formación y los conocimientos de que disponga, incluida la posibilidad que éste haya tenido de acudir al asesoramiento de personas cualificadas en la materia⁹⁵⁹.

En base a esto, entienden que *“no concurren, en la conducta declarada probada de la hoy Capitán Serafina, los requisitos expresados para el reconocimiento del error de prohibición indirecto que se pretende existente en el sentido expuesto, según la jurisprudencia de esta sala antes invocada, pues no puede apreciarse que cupiera equivocación alguna de la capitán hoy recurrida acerca del sentido de la orden recibida para la realización de la inspección. (...) A mayor abundamiento, la antijuridicidad de la conducta se patentiza porque, según resulta del relato histórico, al momento de llevar a cabo la entonces Teniente Serafina los hechos sentenciados, quienes la acompañaban en la inspección, Subteniente Don Romeo y Cabo Don Alonso, ambos de empleo militar inferior al que aquella ostentaba, se abstuvieron de penetrar en el domicilio del Cabo 1º Felipe, pues permanecieron “en la puerta, como habían hecho en las otras habitaciones, desde donde veían la inspección que realizaba” la teniente, respecto a la que se afirma que “en la habitación*

⁹⁵⁹ En este sentido DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO entiende que debe tenerse en cuenta *“la consideración de una mayor relevancia del error sobre la prohibición penal y una más generosa apreciación de la invencibilidad en el error de prohibición”*. De esta manera, el error sería invencible cuando fuera imposible la formación de dudas, mientras que sería vencible si el sujeto tiene motivo para reflexionar y cerciorarse (por ejemplo, le surgen dudas) y no lo hace, o, teniendo dudas, no consulta con un experto *Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO M.: El error de prohibición: pasado, presente y futuro en CEREZO MIR, J. (Dir.): El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos: libro homenaje al profesor doctor Don Ángel Torío López...cit., págs. 362 y 368.*

entró solo la Teniente Serafina”, quien, de otro lado, insistimos, no era una militar bisoña, desconocedora por ello de las más elementales reglas de comportamiento que su condición de militar profesional hacía pesar sobre ella, pues quien se halla en su situación ha tenido tiempo más que suficiente para interiorizar el conjunto, ciertamente numeroso y cada día más complejo, de obligaciones que le incumben como profesional de las Fuerzas Armadas, deberes que, actualmente, resultan ser, ciertamente, de muy variada índole y afectantes a materias muy diversas estatutarias, de cumplimiento o desempeño de los cometidos y servicios, de mero comportamiento, etcétera, pero algunos de contenido evidente u obvio por resultar inmanentes o inherentes a la propia condición de militar (nuestras Sentencias de 26 de diciembre de 2012, 28 de febrero y 21 de octubre de 2013 y 27 de enero de 2014), y a tal efecto no puede ofrecer duda que el desvalor o antijuridicidad de un comportamiento que agravia o lesiona normas éticas con sede en la conciencia de todo individuo, necesarias para la convivencia y pertenecientes al vigente contexto socio-cultural, en concreto un derecho fundamental, resulta incuestionable para cualquier militar por cuanto que, dada la condición intrínsecamente reprobable de la acción que llevó a cabo, la comprensión de su ilicitud está al alcance de cualquier persona, por lo que, pudiendo afirmarse el conocimiento de la contrariedad a derecho del comportamiento aún en la esfera del profano, con más razón ha de aseverarse en relación a una militar con el empleo de teniente”.

Consideran los magistrados, consideración con la que estamos plenamente de acuerdo, que la entonces Teniente Serafina conocía, a tenor de la orden recibida -que le obligaba a actuar conforme al Procedimiento Operativo 90-12, que precisaba del consentimiento del titular de la habitación para penetrar en ella. Es más, todo miembro de las Fuerzas Armadas, con mayor razón aún un oficial, salvo circunstancias específicas, cuya justificación debe aparecer, y en este caso no aparece, sabe que entre sus obligaciones se encuentra la de respetar el domicilio de cualquier ciudadano, aunque sea el de un militar que le esté subordinado (como era evidente que lo sabían el

Subteniente Romeo y el Cabo Alonso, quienes, atinadamente, se abstuvieron de penetrar en la habitación) y con dicho conocimiento es, desde luego, suficiente a los efectos del dolo. Pero, además, y como dice la sentencia de 24 de junio de 2015, *“en el caso de que existiera alguna duda, o, incluso ausencia de conocimiento sobre tal obligación, puede bien actuar con indiferencia, lo cual conduce al dolo; o bien, acudir a una fuente fiable de información, que sería la forma de despejar cualquier error en el que pudiera haber incurrido la persona”*.

En el presente caso, la entonces Teniente Serafina no solo sabía que no podía actuar como lo hizo, por venirle así impuesto por los artículos 4 de la Constitución a cuyo tenor *“el militar guardará y hará guardar la Constitución como norma fundamental del estado”*; 18.2, que proclama la inviolabilidad del domicilio; y 12, según el cual *“en su actuación el militar respetará y hará respetar los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución”*, y por las normas recogidas en el Procedimiento Operativo, sino que no acudió a ninguna fuente fiable de información. Todo esto supone que actuó con dolo, puesto que llevó a cabo la acción con total indiferencia respecto a su deber, esto es, en relación con el conocimiento de cuál era la conducta que debía adoptar, pues cualquier persona en las circunstancias que relata el hecho probado a la que no le resultara indiferente realizar el tipo penal, hubiera estado interesada en tener el conocimiento preciso de cómo actuar en la situación concreta en que se hallaba.

Los magistrados consideran que era necesario inspeccionar el pabellón de Tropa, si bien la premura y urgencia resulta dudosa, ya que, de acuerdo con los hechos probados, el temporal tuvo lugar a finales de abril de 2010 y la inspección enjuiciada no comenzó hasta el 12 de mayo, por lo que en ningún caso estuvo amparada la actuación por una extraordinaria y urgente necesidad de evitar un mal mayor.

Sentado esto, cabe analizar la forma en que la inspección se llevó a cabo. La entonces teniente procedió a penetrar en la habitación en ausencia

del Cabo 1º Felipe a quien la misma estaba asignada y sin el consentimiento de éste. La habitación fue abierta por el Cabo Alonso con una llave maestra, permaneciendo la teniente en su interior por el tiempo suficiente para comprobar que en la misma se habían efectuado determinadas obras que ella, en cuanto responsable de todos los pabellones, desconocía.

Este hecho de entrar en la habitación en ausencia y sin el consentimiento de quien en ella moraba no estaba ni podía estar amparado por orden alguna, orden que, de haber contenido un mandato en tal sentido no solo hubiera sido ilegítima sino delictiva.

A este respecto, indican los magistrados que *“se presentan dos opciones: a) la orden es antijurídica. Por ejemplo, con o sin consentimiento examínense todos los alojamientos. En este caso, como en un Estado de Derecho no existen los mandatos antijurídicos obligatorios, es evidente que no debió cumplirse la orden; y, cumplida no cabe ampararse en que se recibió la orden: no existe la eximente de obediencia debida ante una orden que conculca claramente el ordenamiento jurídico. b) la orden es jurídicamente correcta. Por ejemplo, procédase al examen de los alojamientos conforme al procedimiento legal. Esto significa que en dicho examen deben cumplirse las prescripciones legales y, entre ellas, la necesidad de consentimiento y, en su ausencia, seguir el trámite legalmente establecido. En este caso, la orden es correcta, pero no su ejecución y, en consecuencia, cualquier referencia a la orden es absolutamente inane, pues la clave no está en la orden sino en la ejecución de la misma. Así pues, la ejecución de la orden no resulta amparada por causa de justificación alguna”*.

Además, como hemos indicado, estas órdenes disponían que la inspección se llevara a cabo *“conforme al procedimiento establecido”*, que es el señalado en las normas de régimen interior del mencionado Procedimiento Operativo, conforme al cual *“el personal de limpieza podrá entrar en las habitaciones de las residencias, en los días establecidos; el administrador, al*

mismo tiempo, podrá inspeccionar el estado de conservación de las mismas con conocimiento y consentimiento del residente”.

En consecuencia, a tenor de la orden recibida, la entonces Teniente Serafina solo podía penetrar en la habitación *“con conocimiento y consentimiento del residente”*, siendo obvio que en el momento de entrar no contaba con ello. Por eso los magistrados centran su desacuerdo en que *“en ningún momento se justifica, en el Segundo, Tercero y Cuarto de los Fundamentos de Derecho de la sentencia de que discrepamos, la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio -porque no otra cosa era la habitación del pabellón de Tropa de la Base Aérea de Gando en que moraba el Cabo 1º del Ejército del Aire Felipe - que comportó no la inspección del pabellón de Tropa sino la entrada de la Capitán Serafina en dicha habitación, es decir, en la morada de un miembro del Ejército del Aire, prescindiendo absolutamente para ello del consentimiento de este”.*

Concluye el voto particular: *“En definitiva, por todo cuanto se ha expuesto resulta incontrovertible, a nuestro juicio, que la hoy Capitán del Ejército del Aire Serafina, ahora recurrida, ejerció el mando como autoridad competente para inspeccionar la habitación del pabellón de Tropa de la Base Aérea de Gando en la que tenía su domicilio el Cabo 1º Felipe de una forma que comportó un patente y claro exceso arbitrario de sus facultades, hechos que, al hallarse en juego un derecho esencial cual era el de inviolabilidad del domicilio del militar recurrente, alcanzan la entidad o gravedad suficientes para entender que resultan incardinables en el tipo penal configurado en el inciso primero del artículo 138 del Código Penal Militar”.*

Como hemos indicado al principio, estamos de acuerdo con todos y cada uno de los argumentos esgrimidos en este voto de la sentencia, y podemos observar como, en la actualidad, sigue llevándose a cabo esta práctica en los alojamientos ubicados en el interior de establecimientos militares, aún teniendo la consideración de domicilio, y quienes la llevan a cabo creen poder hacerlo.

7.3.3. EL PROBLEMA DE LOS ALOJAMIENTOS COMPARTIDOS

Como hemos indicado, el derecho a la intimidad recogido en el artículo 18 de la Constitución es de aplicación a todos los ciudadanos, si bien se pueden establecer límites. En el ámbito de las Fuerzas Armadas, aunque actualmente hay una Ley Orgánica⁹⁶⁰ que regula los derechos fundamentales de sus miembros, que luego analizaremos, hasta hace apenas tiempo, eran las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas (en adelante RROOFAS), aprobadas por Ley 85/1978, de 28 de diciembre⁹⁶¹, las que establecían buena parte de las restricciones de los derechos de los militares. En efecto, la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, actualmente derogada y sustituida por la Ley de la Carrera Militar, en su artículo 150.1 señalaba que *“El régimen de libertades, derechos y deberes de los militares profesionales es el establecido en la Constitución, en las disposiciones de desarrollo de la misma, y según lo previsto en la Ley Orgánica por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa nacional y la*

⁹⁶⁰ Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

⁹⁶¹ El profesor BLANCO VALDÉS señala que estamos en presencia de una norma elaborada de forma paralela a la Constitución, pero posterior desde el punto de vista jurídico formal, lo que significa que en su momento de entrada en vigor ya le es aplicable el artículo 81.1 de la Constitución. Vid. BLANCO VALDÉS: *La ordenación constitucional de la defensa*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 92.

Al ser las RROOFAS una norma que define las obligaciones y derechos de sus miembros y revestir el carácter de ley ordinaria, se plantea si existe vulneración de las reservas previstas por los artículos 81.1 y 53.1 de la Constitución. Estas reservas cumplen funciones diferentes: la del artículo 53.1 es una reserva general de regulación del derecho, que impone su formalización en ley ordinaria; la del artículo 81.1, exige ley orgánica cuando la regulación suponga la concreción de circunstancias fijadas por la propia Constitución o se trate de regular los límites inmanentes, los externos y la realización de las reservas previstas en el derecho fundamental. Siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional *“cualquier disciplina legal que afecte” a los derechos fundamentales no viene constitucionalmente obligada a ser aprobada por Ley Orgánica, sino que una regulación de tales derechos se adentra inevitablemente en la reserva del artículo 81.1 de la Constitución -en vez de en la reserva de Ley Ordinaria del artículo 53.1- cuando desarrolle la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental*”. STC 127/1994, de 5 de mayo.

El profesor BLANCO VALDÉS considera que, de acuerdo con la regulación hecha por las RROO respecto a los derechos fundamentales, se está vulnerando el artículo 81.1, por entender que desarrolla tales derechos de manera directa y en elementos esenciales para su definición, opinión que compartimos.

organización militar, y en las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas". Estas RROOFAS han sido sustituidas por el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas⁹⁶². Además de las RROOFAS que acabamos de nombrar, existen Reales Ordenanzas, con rango de Real Decreto⁹⁶³, en cada uno de los Ejércitos: Tierra⁹⁶⁴, Armada⁹⁶⁵ y Aire⁹⁶⁶.

Concretamente, el Título V de las RROOFAS era el que regulaba los derechos y deberes de los militares, bajo la rúbrica "De los deberes y derechos civiles y políticos", reconociendo en su artículo 169: *"El militar tiene los derechos civiles y políticos reconocidos en la Constitución, sin otras limitaciones que las impuestas por ella, por las disposiciones que las desarrollen y por estas Ordenanzas"*.

Así, por ejemplo, la libertad de residir en territorio nacional se encontraba limitada por el artículo 175 que señalaba que *"el lugar habitual de la residencia lo será el de su destino, estando obligado a comunicar a sus superiores el lugar de su domicilio habitual o eventual"*. En caso de incumplimiento de esta obligación se establecían consecuencias tanto penales como disciplinarias.

Respecto al derecho a la intimidad personal y familiar del militar y a la inviolabilidad del domicilio, se hallaban reconocidos en el artículo 174, si bien estableciendo que *"cualquier tipo de registro, investigación o intervención, deberá ser ordenada por la autoridad judicial o militar con atribuciones para*

⁹⁶² Estas nuevas RROOFAS han sido aprobadas en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20.2 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre de la Defensa Nacional, y en el artículo 4.3 de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar, y de acuerdo con estas normas, forman un código deontológico, compendio de los principios éticos y reglas de comportamiento del militar español.

⁹⁶³ Las RROOFAS actualmente en vigor, en su Disposición Derogatoria Única, han mantenido muchos de los artículos de las Reales Ordenanzas de cada uno de los ejércitos, si bien con un rango normativo diverso.

⁹⁶⁴ Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra aprobadas por Real Decreto 2945/1983, de 9 de noviembre.

⁹⁶⁵ Reales Ordenanzas de la Armada aprobadas por Real Decreto 1024/1984, de 23 de mayo.

⁹⁶⁶ Reales Ordenanzas del Ejército del Aire aprobadas por Real Decreto 494/1984, de 22 de febrero.

ello”⁹⁶⁷. Llama la atención la referencia a que el registro sea autorizado por la “autoridad militar”. Ello obedece a una doble causa: por un lado, la singularidad de las dependencias militares y el ámbito normativo castrense; por otro, el año de promulgación de las RROO, 1978, en el que todavía no había entrado en vigor la Ley Orgánica 4/1987, de 5 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (en adelante LOCOJM), y la norma que se aplicaba era el Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, donde la autoridad judicial en el ámbito de la jurisdicción militar se encontraba, no en manos de órganos jurisdiccionales formados por miembros del Cuerpo Jurídico, sino por Capitanes Generales y Almirantes con Jefatura de Región Militar, Naval o Aérea.

Pese a la aprobación de la LOCOJM, las normas militares han seguido atribuyendo al mando militar tal potestad, y en la práctica se ha venido considerando que el Jefe de la Unidad podía ordenar la entrada y registro de taquillas, incluso de habitaciones de militares, que se encontraban en el interior de establecimientos castrenses, en aras al mantenimiento de la disciplina y legalidad, como veremos a lo largo del presente capítulo.

Así, en las RROO del Ejército de Tierra, el artículo 216 establece que *“las revistas se realizarán con la frecuencia necesaria para comprobar el estado de las instalaciones y alojamientos, el vestuario y policía del personal y la limpieza y conservación del armamento, material y equipo”*.

En similares términos, las RROO de la Armada disponen en el artículo 235 que *“las revistas tendrán por objeto comprobar periódicamente el grado de preparación del personal, su vestuario y policía; el estado de las instalaciones y alojamientos, y la limpieza y conservación del armamento y equipo”*. El artículo 305 contiene una previsión respecto a los alojamientos a bordo, indicando que

⁹⁶⁷ Vid. PASCUAL SARRÍA, F.L.: *La entrada y registro en las instalaciones militares*, en Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ, Jornadas sobre Jurisdicción Militar, 2007, nº 27, 2008, págs. 109-173.

en los mismos “*se observará el máximo respeto a la intimidad, compatible con la seguridad militar y marinera del buque*”.

Por su parte, las RROO del Ejército del Aire, dedican dos artículos a esta cuestión. El artículo 172, de acuerdo con el cual las revistas “*tendrán por objeto comprobar el estado de las instalaciones, alojamientos, vestuario y policía del personal y la limpieza y conservación del material, armamento y equipo*”. La frecuencia con las que deberán llevarse a cabo estas revistas se regula en el artículo 173, de acuerdo con el cual en las Escuadrillas se pasará al menos una a la semana, y en los Escuadrones o Grupos, las que sus Jefes estimen convenientes.

El procedimiento para llevar a cabo estas revistas y las normas relativas a su ejecución se regulan en los llamados “*Libros de normas de régimen interior*”, “*Normas de vida, seguridad, administración y gobierno*” o “*Manual de Organización*”⁹⁶⁸, que se desarrollan en cada Unidad y son elaboradas por el jefe de la misma.

Los problemas surgen al tratar de conciliar el derecho a la intimidad del militar con estas disposiciones de las Unidades para salvaguardar el orden, gobierno y disciplina necesarios para el funcionamiento de la organización militar. Esto lleva en la práctica a realizar acciones que pueden ser atentatorias a la inviolabilidad del domicilio reconocida en la Constitución, según la calificación que merezcan determinados lugares que luego mencionaremos. Esta situación se ve agravada por el hecho de que las personas que desarrollan y ejecutan tales normas son militares que, en muchos casos, no gozan de una formación jurídica adecuada y que están “acostumbrados” a este funcionamiento, a veces anómalo, teniendo en muchas ocasiones la convicción de que es el adecuado.

⁹⁶⁸ Vid. Artículos 101 y 104 de las RROO del Ejército de Tierra, 212 de las de la Armada y 143 de las del Aire.

Junto a esta normativa, resulta muy interesante la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar⁹⁶⁹, que respecto a los militares de reemplazo (aquellos que hacían la antigua “mili”), reconocía en el artículo 46 que éstos tenían derecho a la intimidad personal, si bien, en caso de *“indicios de la comisión de un hecho delictivo, de una falta disciplinaria militar o cuando lo exija la protección de la salud pública o de la seguridad nacional, el jefe de la unidad autorizará expresamente el registro correspondiente, que se realizará ante testigos que refrenden el resultado y, si ello fuese posible, en presencia del interesado”*.

Esta ley estaba desarrollada reglamentariamente por Real Decreto 1410/1994, de 25 de junio, por el que se aprobó el Reglamento del Servicio Militar, estableciendo en idénticos términos en su artículo 9.2.e) que *“cuando existan indicios de la comisión de un hecho delictivo, de una falta disciplinaria militar o lo exija la protección de la salud pública o de la seguridad nacional, el jefe de unidad autorizará expresamente el registro correspondiente que se realizará ante testigos que refrenden el resultado y, si ello fuese posible, en presencia del interesado. Las revistas e inspecciones, salvo lo previsto en el párrafo anterior, deberán respetar la intimidad de las pertenencias del afectado y del mobiliario asignado para uso personal”*.

Por lo tanto, en aplicación de esta ley y de su reglamento, era el Jefe de la Unidad el que, en estos supuestos, podía ordenar la entrada en el alojamiento de los militares de reemplazo, aún en ausencia de su consentimiento, sin necesidad de acudir a la autoridad judicial.

Las Normas de Régimen Interior de las Unidades a las que hemos aludido anteriormente, se han hecho eco de estos artículos prácticamente hasta nuestros días, lo que ha ocasionado multitud de problemas por suponer

⁹⁶⁹ Actualmente esta ley ha dejado de ser de aplicación dada la suspensión del Servicio Militar obligatorio, acordada por la Disposición Adicional Decimotercera de la Ley 17/1999 de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas.

muchas acciones, en nuestra opinión, violación del derecho a la intimidad domiciliaria de los miembros de las Fuerzas Armadas.

Hay que tener en cuenta que los alojamientos en las Unidades suelen ser compartidos; en muchos casos se trata de dormitorios comunes (las llamadas “naves corridas”). Ahora bien, la jurisprudencia en los años 90 consideró que las “naves corridas” que servían de alojamiento en el interior de las Bases, Unidades y Establecimientos militares a la tropa, no gozaban de la consideración de domicilio, por entender que no eran lugares aptos para el desarrollo de la vida privada.

Estos alojamientos se caracterizan⁹⁷⁰ por ser dormitorios comunes habilitados en el interior de las Unidades, en naves corridas o “camaretas” compartidas, que servían de alojamiento eventual a los soldados durante el período de realización de su servicio militar. Estas zonas se componían de una cama o litera, de una mesa y de una taquilla en la que se guardaban tanto las prendas y enseres del servicio como las personales. Este era el único lugar dónde podían alojarse y donde disfrutaban de un mínimo reducto de intimidad. Podemos resaltar las siguientes notas:

- Son bienes de dominio público, propiedad del Ministerio de Defensa y puestos a disposición del personal de tropa, por el que no se paga ningún canon.
- Se encuentran dentro de Bases, Acuartelamientos, o Establecimientos militares, sometidos a su régimen interior, a fin de garantizar el buen orden, gobierno y disciplina propios de las instalaciones militares.
- Las habitaciones son siempre compartidas.
- Es el Mando o Jefe del Acuartelamiento quien asigna los alojamientos, si bien los interesados pueden solicitar cambios.

⁹⁷⁰ Vid. PASCUAL SARRÍA, F.L.: *La entrada y registro en las instalaciones militares...*cit., págs. 109-173.

Respecto a los pronunciamientos jurisprudenciales, a pesar de la tantas veces mencionada STC 189/2004, de 2 de noviembre, la mayoría de los Tribunales siguen entendiendo que las “naves corridas” no deberían tener la consideración de domicilio.

Como hemos indicado, el Tribunal Supremo negó en reiteradas ocasiones la condición de domicilio inviolable de tales alojamientos, por entender que no son idóneos para el desarrollo de la vida íntima. Vamos a analizar los pronunciamientos jurisprudenciales.

En la STS de 26 de enero de 1995, el Tribunal Supremo denegó un recurso interpuesto por un soldado que había sido condenado por un delito contra la salud pública al declararse como hechos probados que, con ocasión de una inspección de taquillas llevada a cabo en el dormitorio de una Compañía en el interior de un acuartelamiento, se descubrió por mandos militares que, en la taquilla, éste guardaba 18 papelinas de una sustancia que resultó ser heroína que había introducido en el establecimiento militar para su posterior distribución. La Sala Segunda declaró que no podía entenderse vulnerado el derecho a la intimidad *“por el hecho de practicarse en un establecimiento militar las revistas de las taquillas existentes en los dormitorios comunes a disposición de los soldados para guardar sus enseres, ya que ello viene reglamentariamente impuesto por las normas de buen gobierno y orden del estamento castrense, que vería resquebrajada en caso contrario la disciplina, e incluso la seguridad del propio acuartelamiento, si se permitiese que cada uno de cuantos en él se encontrasen prestando servicio pudiera libremente campar por sus respetos; y, en segundo lugar, porque no siendo ciertamente un dormitorio común de un cuartel el domicilio a que se refiere el número 2 del precepto constitucional acabado de citar, es claro que no se ha violado tampoco el derecho que tal artículo confiere a toda persona a que no se entre ni registre su vivienda sin mediar su consentimiento o mandamiento judicial que lo autorice, por lo que procede, por ajustado a derecho, confirmar el fallo combatido”*.

Ante un supuesto de hecho idéntico, la STS de 8 de octubre de 1999 confirmó la sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Almería contra un soldado de reemplazo. En el Fundamento de Derecho 1º el tribunal señala que el registro *“fue ordenado por el jefe de la Unidad, al amparo de los artículos 46 de la Ley Orgánica del Servicio Militar y 9.2.e) de su Reglamento, habiendo comparecido en el acto del juicio el Alférez y el Brigada presentes en el mismo, sin que se exija la presencia del Secretario ni que comparezca el jefe que lo ordenó”*, por lo que considera que dicho registro se ejecutó correctamente. Y continúa diciendo que *“ha de tenerse en cuenta que no tienen la consideración de domicilio el dormitorio común de un cuartel, ni atenta a la intimidad personal garantizada por el artículo 18.1 de la Constitución la revista de las taquillas en el mismo existentes, donde guardan sus enseres los soldados, ya que ello viene reglamentariamente impuesto por las normas del buen gobierno y orden del estamento castrense, que vería resquebrajada en caso contrario la disciplina, e incluso la seguridad del propio acuartelamiento”*.

Los mismos argumentos que acabamos de transcribir fueron utilizados por la STS de 9 de junio de 2000, ante un supuesto de hecho similar. A pesar de denunciar el recurrente la vulneración del derecho a la intimidad argumentando que *“no se trata tanto del hecho de que el registro se realice en el dormitorio común de un cuartel, que en cuanto dormitorio común carece de intimidad, como de que se practique respecto de las taquillas individuales que tienen asignadas cada soldado y que es el único espacio respecto del que cabe esperar que se respete su derecho a la intimidad”*, el Tribunal Supremo mantuvo la postura expuesta en las anteriores sentencias.

También podemos citar las SSAP de Zaragoza⁹⁷¹ de 4 de marzo de 1996 y de Málaga de 25 de enero de 1999.

⁹⁷¹ Ante los mismos supuestos que estamos analizando, considera que no puede considerarse vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio, puesto que la *“habitación no era de uso exclusivo del acusado y por lo tanto no entra en el ámbito del concepto de domicilio”*.

En contra de este planteamiento únicamente hemos encontrado la SAP de Palma de Mallorca de 29 de enero de 1999, que considera que existe vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.2 de la Constitución, al haberse procedido al registro de una taquilla situada en el interior de un alojamiento común sin autorización judicial. En los hechos probados se relata que, sin que constase la autorización del usuario, en el Barracón A de la Unidad de Tropa de la USAL sito en la Base General Asensio, ante los funcionarios adscritos al grupo de estupefacientes I de la Jefatura Superior de Policía y previo permiso de los mandos naturales del soldado, se practicó el registro de la taquilla del citado barracón que tenía asignada.

Ante estos antecedentes de hecho, la sala considera que el registro practicado sobre la taquilla del recurrente deviene nulo de pleno derecho por carecer de la cobertura legal necesaria, ya que no prestó su consentimiento y no se solicitó autorización para la apertura a la autoridad judicial, por lo que entiende que se ha vulnerado el artículo 18.2 de la Constitución que proclama la inviolabilidad del domicilio.

La Audiencia señala que *“la jurisprudencia ha venido manteniendo un amplio concepto de domicilio a los efectos de dar contenido al derecho fundamental del artículo 18.2 de la Constitución, incluyendo en la noción el lugar o espacio cerrado donde una persona desarrolla su vida privada, bien sea de modo permanente o transitorio, abarcando tanto la vivienda habitual como de modo accidental, la habitación de un hotel o pensión en cuanto al cliente que la ocupa, e incluso la tienda de campaña y caravana o vehículo que durante un viaje o permanentemente es utilizado como albergue de alguien, sin que la humildad o modestia del habitáculo pueda servir de excusa para negar tal condición, por lo que también se reconoce este carácter a las chabolas del extrarradio de las ciudades y sin que haya de tenerse en cuenta la legitimidad o ilegitimidad de tal ocupación (SSTS de 26 de junio y 15 de diciembre de 1994, de 4 y 25 de abril de 1995 y de 23 de septiembre de 1997). De acuerdo con la anterior doctrina, si bien la taquilla no constituye un habitáculo propiamente dicho donde el acusado desarrollaba su vida privada mientras prestaba el*

Servicio Militar, sino que ésta la realizaba en el Barracón A de la Unidad de Tropa de la USAC se convendrá, que al ser éste un local donde conviven al mismo tiempo varios soldados o reclutas, el único lugar de privacidad del mismo lo constituye la taquilla personal asignada a cada uno la cual permanece cerrada con llave por el usuario y en la que se guarda, entre otros objetos, las cosas más íntimas y personales de cada uno a quien le es asignada. Por ello la taquilla nº 15-A del meritado Barracón constituía en aquellos momentos el domicilio, a efectos de su inviolabilidad”.

Encontramos otra sentencia interesante en la que se estudió si debería tener la consideración de domicilio un alojamiento que no era una “nave corrida”, pero era compartido por nueve personas.

Así, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 20 de marzo de 2007 confirmó la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de León, de 1 de abril de 2005, por entender que una habitación del módulo de alojamiento de tropa del recurrente no tenía la consideración de domicilio.

En este caso, se trataba de un Alojamiento para Tropa ubicado en el Acuartelamiento “Santocildes”, constituido por recintos separados con capacidad para once personas, que disponían de dormitorios independientes para dos o tres residentes, con locales de aseo, zonas comunes dedicadas a oficio o servicio, todo amueblado y en perfectas condiciones de uso. Esta sentencia menciona las condiciones de uso y régimen de funcionamiento de dichos alojamientos, que prácticamente son idénticos en todas las Unidades: los interesados en residir en el Acuartelamiento lo han de solicitar por conducto reglamentario, asignándose según criterios de antigüedad e idoneidad; que existirá en cada módulo un jefe, designado por el sistema de antigüedad entre los alojados, que será responsable del cumplimiento de las normas, del buen orden del módulo, del perfecto estado de policía cuando no estén ocupados, así como de la limpieza en la que participarán todos los usuarios del mismo; que el usufructo de los módulos es "sin cargo alguno para los usuarios" salvo

los gastos de reposición o reparación de los desperfectos; que los días laborables se procederá a la limpieza de los módulos durante el tiempo que transcurre entre el toque de diana y la lista de ordenanza, debiéndose encontrar en perfecto estado de revista cuando no estén ocupados; que todos los viernes se realizará un zafarrancho general y los módulos han de encontrarse "abiertos" y en perfecto estado de revista de 12:30 a 13:30 horas, debiendo estar presente el jefe de módulo o quien le sustituya; que la puerta de acceso de cada módulo deberá permanecer cerrada con llave cuando no se encuentre ningún ocupante en el interior, debiendo existir permanentemente en el Cuerpo de Guardia un duplicado de todas las llaves de los módulos; que los usuarios de los Alojamientos de Tropa viven en régimen de residentes, por lo que fuera del horario de actividades gozan de total autonomía, dentro de las normas de decoro y discreción que caracterizan al establecimiento militar y el respeto al descaso ajeno, si bien dentro del horario de actividades sólo podrán encontrarse acostados en los módulos, aquellos que estén expresamente autorizados por razón de enfermedad, servicio, permiso, etcétera; que disponen de un local de oficio habilitado para guardar bebidas, siempre no alcohólicas, así como guardar alimentos y confeccionar comidas sencillas; que las visitas de personal civil deben atenderse en la sala de visitas y hogar de tropa, pudiendo en circunstancias excepcionales solicitarse la autorización de las visitas a los módulos; que las visitas de personal militar están autorizadas desde la finalización de las actividades hasta el toque de silencio, siempre y cuando sean acompañados por algún ocupante del módulo; que la entrada en los módulos de sexo distinto a los usuarios tiene carácter excepcional y siempre con autorización; que las reuniones o celebraciones que pudieran alterar el régimen normal del alojamiento deben contar con el consentimiento de los restantes usuarios, así como con autorización; que con carácter extraordinario, y por razones excepcionales de seguridad y mantenimiento, están autorizados a visitar los alojamientos en cualquier momento: los Jefes de Acuartelamiento y USAC, el Capitán de Cuartel y Mandos de la Guardia de Orden, el Comandante y segundo Comandante de la Guardia de Seguridad y el encargado de los Módulos de la USAC. Consta también en el expediente unas

copias compulsadas, que pudieran ser del Libro de Normas de Régimen Interior del Acuartelamiento, que se refieren al punto 3.2.8 "Alojamiento Logístico de personal de Tropa", en cuyo apartado (a).(8), que se cita en la Resolución 3 de febrero de 2004, para la denegación de la solicitud formulada, se indica que "por razones de seguridad, orden y mantenimiento" están autorizados a visitar los alojamientos en cualquier momento los Jefes de Acuartelamiento y USAC, los Mandos de la Guardia de Orden, el Comandante y segundo Comandante de la Guardia de Seguridad y el encargado de los alojamientos, perteneciente a la USAC.

El juzgado considera que dicha habitación no es un espacio idóneo para desarrollar las actividades elementales de la vida privada ni está destinado a ello, por ser de compartimiento obligado, tener reglado y limitado su disfrute, así como las personas que pueden acceder a ella y las actividades que pueden realizarse, por razones de disciplina, buen gobierno y seguridad. El Tribunal Superior de Justicia reitera los mismos argumentos, señalando además que el interesado tiene una relación de sujeción especial y que las normas relativas a dichos alojamientos no han sido impugnadas, acabando el razonamiento con el siguiente argumento: *"...con independencia de si la habitación 7E que ocupaba el recurrente, que había de compartir con otras personas no elegidas por él, tiene o no la consideración de domicilio, no puede accederse a la pretensión que se examina de que se prohíba el acceso a la citada habitación de cualquier superior, salvo su consentimiento, para revistas de policía sin su presencia y su conocimiento"*.

Ahora bien, el voto particular formulado por la Magistrada Ponente Doña Ana M^a Martínez Olalla, con el que no podemos estar más de acuerdo, disiente de este último argumento, señalando que la problemática gira en torno a si la referida habitación tiene o no la consideración constitucional de domicilio que es negada por la Administración y por el juzgado, no pudiendo enjuiciarse la conformidad o no a derecho de la pretensión formulada por el recurrente de que se prohíba la entrada sin previamente resolver si es o no domicilio, ya que las consecuencias son muy distintas.

La Magistrada, tras exponer la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el concepto de domicilio protegido, que ha sido objeto de análisis en el presente trabajo, concluye que la habitación del recurrente debe tener la consideración de domicilio protegido por el artículo 18.2 de la Constitución.

El Módulo de Alojamiento es un espacio cerrado donde residen 11 personas, dentro del cual existen otros espacios cerrados (dormitorios o habitaciones para dos o tres residentes), con locales de aseo y zonas comunes, en el que los residentes pueden tener sus bebidas, elaborar sus comidas, tener reuniones y celebraciones y visitas de personal civil (con limitaciones y previa autorización), disponiendo los residentes de sus efectos personales en la habitación, por lo que no cabe duda que dichas habitaciones son aptas para el efectivo desarrollo de la vida privada en las mismas.

Aclara el voto particular que “no impide esta conclusión -frente a lo que se señala en la sentencia de instancia- que la habitación pueda ser compartida con una o dos personas, que no son elegidas por el residente (lo mismo sucede, por ejemplo, en los casos de viviendas alquiladas por habitación o cama), puesto que el ejercicio del derecho a la inviolabilidad del domicilio, que es un derecho individual, pueda ejercerse sin límites frente a terceros, pero puede estar condicionado por las propias características del lugar en que se encuentra (en este caso, dentro de un acuartelamiento sujeto a normas de régimen interior), por el contrato de alquiler, por el contrato de hospedaje, etcétera, sin que por ello dicho espacio deje de ser domicilio. En estos casos lo que se produce es un debilitamiento del derecho como consecuencia de una posesión (una intimidad) voluntariamente compartida con otros sujetos”.

Así mismo, en el mencionado voto se significa que lo determinante para poder calificar un espacio como domicilio es que el individuo vive en él sin estar necesariamente sujeto a las convenciones sociales, y ejerce su libertad más íntima, y en dichas habitaciones los residentes sí pueden hacerlo ya que, de acuerdo con las Normas de Régimen Interior fuera del horario gozan de total autonomía, dentro de las normas de decoro y discreción. El hecho de que el

ejercicio de tal derecho se encuentre debilitado en aras al mantenimiento de la disciplina y buen gobierno que rige en la institución militar y por la relación de sujeción especial, no es impedimento para poder considerar esa habitación como domicilio, ya que no supone que se elimine por completo la privacidad en ese espacio.

Por lo tanto, y de acuerdo con todos estos argumentos que compartimos plenamente, este tipo de alojamientos deberían considerarse domicilio.

Ahora bien, la línea jurisprudencial absolutamente mayoritaria es defendida por, PASCUAL SARRÍA, Fiscal Togado, por entender que, efectivamente, *“no resultan idóneos para desarrollar las actividades elementales de la vida privada, al no estar destinadas a dicho fin, como resulta de las normas que regulan la vida de las Unidades sobre su utilización”*⁹⁷². Este autor también establece como argumento la voluntariedad de residir en tales lugares.

En el mismo sentido se manifiesta CALDERÓN CEREZO, quien indica: *“no creo que tal conceptualización se extienda a las dependencias destinadas al descanso durante los actos del servicio (vgr. guardias de seguridad), ni a los dormitorios comunes en determinadas unidades por estar ausente la intimidad protegible”*⁹⁷³.

Entre los argumentos que avalan tal postura se encuentra el hecho de que el Tribunal Supremo ha considerado que los compartimentos de literas o

⁹⁷² Vid. PASCUAL SARRÍA, F.L.: *La entrada y registro en las instalaciones militares...*cit., págs. 109-173.

⁹⁷³ No estamos de acuerdo con este autor ni respecto a la no consideración de domicilio de los dormitorios comunes, por las razones que hemos ido exponiendo, ni de las *“dependencias destinadas al descanso durante los actos de servicio”*. En este último supuesto deberíamos distinguir entre aquellas dependencias que simplemente sirven de vestuario o descanso, de las habitaciones que se facilitan a los militares cuando entran de servicio, que son habitaciones independientes equiparables a las habitaciones de hotel que, de acuerdo con la jurisprudencia, sí tienen la consideración de domicilio. Vid. CALDERÓN CEREZO, A.: *Derecho a la intimidad personal: intervención de las comunicaciones. Entrada y registro en lugar cerrado. Nuevas tecnologías. Intervenciones corporales...*cit., pág. 12.

de viajeros de un tren en ningún caso tienen la consideración de domicilio inviolable⁹⁷⁴ puesto que *“ninguna de aquellas dos notas esenciales (absoluta privacidad de la actividad desarrollada en su interior y la capacidad de excluir a terceros de la entrada) se dan en la ocupación transitoria por una persona en una litera dentro de un departamento colectivo y compartida con otros viajeros, que incluso no tienen relación de trato o conocimiento entre sí, para ser transportado en forma más cómoda de un lugar a otro a través de un medio ferroviario”*. Estos lugares se equiparan a las habitaciones compartidas en el interior de las bases que acabamos de analizar, lo que en nuestra opinión no es comparable. Nada tiene que ver ocupar un lugar únicamente para descansar durante el tiempo que dura un transporte, con residir de manera eventual en un dormitorio, aunque sea compartido.

También se establece una comparativa respecto a las celdas de los presos en los establecimientos disciplinarios, cuestión que ya fue objeto de análisis en la parte correspondiente al concepto constitucional de domicilio y respecto del cual expusimos nuestra postura. En todo caso, tampoco nos parece comparable establecer los mismos límites al derecho a la intimidad de un militar que al de un preso, puesto que la afeción de derechos no puede ser la misma.

A pesar de la tesis mantenida por PASCUAL SARRÍA en el sentido de no considerar los dormitorios comunes domicilio, sí entiende, por el contrario, que si en dichos alojamientos se cede el uso de armarios o taquillas para guardar objetos personales de los militares allí alojados, este mobiliario no podrá ser abierto sin autorización judicial para proteger su intimidad.

Ahora bien, en nuestra opinión estos lugares sí deberían tener la consideración de domicilio por las siguientes razones: si bien es cierto que no es un lugar idóneo para el desarrollo de la vida íntima, también es verdad que es el único para ello respecto de los militares que viven en el interior de un

⁹⁷⁴ Vid. SSTS de 6 de abril de 1993, de 28 de diciembre de 1994 y de 22 de diciembre de 1997.

acuartelamiento. No podemos olvidar que en el caso de los soldados de reemplazo el alojarse en estos lugares no era una cuestión voluntaria, sino forzosa. En la actualidad, en algunos supuestos, como es el de los alumnos de Centros Militares de Formación, sigue siendo obligatorio, y en muchos lugares sólo se dispone de este tipo de habitaciones para alojarlos⁹⁷⁵.

En todos estos supuestos, los alojamientos compartidos resultan muchas veces el único lugar donde pueden desarrollar un mínimo de privacidad y donde disponen de lugares como taquillas, armarios, etcétera, en los que pueden guardar aquellos objetos que desean mantener a salvo de intromisiones. Recordemos que el Tribunal Supremo, al reconocer la condición de domicilio a las habitaciones de hoteles señalaba que *“existen personas que por específicas actividades y dedicaciones pasan la mayor parte de su tiempo en hoteles y no por ello se puede decir que pierdan su derecho a la intimidad, pues sería tanto como privarles de un derecho inherente a su personalidad que no puede ser dividido por espacios temporales o locales”*⁹⁷⁶. Entendemos este argumento extrapolable al supuesto que estamos analizando. Por otro lado, el hecho de que un lugar sea compartido por varias personas no es obstáculo para considerarlo domicilio, tal y como hemos visto en la jurisprudencia relativa al delito de allanamiento de morada del código penal común. Respecto al argumento de la necesidad de mantener el orden y la disciplina, no vemos que resulte vulnerado por establecer mayores garantías para efectuar entradas y registros en tales lugares. En caso de flagrante delito o consentimiento no habría problema. Sin embargo, si existen indicios de que se está cometiendo un delito o se trata de ejecutar actos de la Administración se puede acudir al orden jurisdiccional correspondiente para solicitar la debida autorización, de manera que ambos intereses resultarían salvaguardados. Finalmente nos parece interesante abordar el tema de quién debe prestar el consentimiento si llegásemos a entender que tales lugares merecen la consideración de domicilio constitucionalmente protegido. En nuestra opinión, para entrar en tales lugares

⁹⁷⁵ Por ejemplo, este es el caso de la Academia General del Aire sita en San Javier, Murcia.

⁹⁷⁶ Vid. STS de 21 de noviembre de 1997.

sería necesario el consentimiento de todos, bastando con que uno se opusiera para prohibirlo, según se viene entendiendo respecto al allanamiento del Código Penal de 1995.

No podemos dejar de recordar que tal y como hemos apuntado, esta normativa y esta postura jurisprudencial es la que se ha tenido en cuenta a la hora de establecer las normas internas de las Unidades que regulan las llamadas “revistas” de los alojamientos, sin atender a la tendencia de la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional de ir ampliando el concepto de domicilio, así como la importante STC 189/2004, de 2 de noviembre que analizaremos más tarde.

Actualmente la Ley del Servicio Militar ha dejado de ser de aplicación dada la suspensión del Servicio Militar obligatorio, acordada por la Disposición Adicional Decimotercera de la Ley 17/1999 de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas. Ahora bien, en la práctica hasta hace poco, se han planteado multitud de problemas habida cuenta que, como hemos apuntado, muchas de las Normas de Régimen Interior de funcionamiento de las Unidades y de los alojamientos en ellas encuadradas han tomado esta normativa como referencia. Y no sólo estas normas, también otras de aplicación a todo el ejército.

Respecto a las residencias de los militares profesionales de tropa y marinería, como consecuencia de la Orden Ministerial 348/1998 y simultáneamente a la suspensión del servicio militar, se ha operado un cambio en la concepción de los alojamientos, que tiene su concreción en la Directiva 4/00 de la División Logística del Ejército de “Régimen de vida de los militares profesionales de tropa”⁹⁷⁷. La función de estos alojamientos, igual que acabamos de explicar respecto a las residencias militares, es la de *“proporcionar alojamiento al personal de tropa destinado en las Bases,*

⁹⁷⁷ Se ha tratado de mejorar la calidad de vida de los militares profesionales de tropa y marinería mediante “módulos” de alojamiento compartidos por un número reducido de usuarios y dotados de servicios comunes.

Acuartelamientos o Establecimientos o en comisión de servicio y aquellos otros militares profesionales de tropa que por razón de servicio, instrucción, sanción o enfermedad deban pernoctar en la BAE”.

Esta normativa cambia la tradicional denominación “nave corrida” por la de “módulo”, que dará alojamiento a un número variable de militares. Se dispone que estarán constituidos por recintos separados (módulos) en los que se alojarán varios residentes y que dispondrán de dormitorios, locales de aseo y zonas dedicadas a servicios diversos (lavanderías, esparcimiento, etcétera).

Las características fundamentales de estos alojamientos siguen siendo prácticamente las mismas que las enumeradas al tratar la cuestión de los dormitorios comunes, a saber:

- Son bienes de dominio público, propiedad del Ministerio de Defensa y puestos a disposición del personal de tropa, por los que no se paga ningún canon.
- Se encuentran dentro de Bases, Acuartelamientos, o Establecimientos militares, sometidos a su régimen interior, a fin de garantizar el buen orden, gobierno y disciplina propios de las instalaciones militares.
- Las habitaciones son siempre compartidas.
- Es el Mando o Jefe del Acuartelamiento quien asigna los alojamientos, si bien los interesados pueden solicitar cambios.
- El alojamiento en dichos módulos con carácter general es voluntario, salvo en caso de “necesidades del servicio”, sanción o enfermedad.
- Las llamadas “revistas de policía” en el interior de los mismos están previstas en las Normas de Régimen Interior, y se consideran necesarias para garantizar el buen orden, gobierno, disciplina y seguridad que debe regir en toda instalación militar.

- Además, esta Directiva prevé que para cada “módulo” sea designado entre los militares allí alojados un “jefe” del mismo, que será responsable de:
 - El buen orden del alojamiento.
 - La comunicación de desperfectos.
 - La vigilancia del cumplimiento de las normas.

A raíz de esta Directiva y de la tan nombrada STC 189/2004, de 2 de noviembre, que como hemos indicado provocaron numerosas consultas acerca de los criterios a tener en cuenta a la hora de llevar a cabo registros y revistas en instalaciones militares, entre las que pueden encontrarse alojamientos de militares, se dictó la Instrucción Técnica 13/05, sobre “Actuación en inspecciones, registros y revistas de Alojamientos de Tropa”.

En el punto 5 esta Instrucción señalaba la necesidad de compaginar el derecho a la privacidad de los usuarios con la exigencia de control que el Mando debe ejercer para el mantenimiento de la disciplina y la seguridad en las instalaciones militares. En este sentido e invocando artículos de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra⁹⁷⁸, el Jefe de la Base puede autorizar u ordenas revistas, inspecciones y registros, extremo éste que deberá quedar recogido en el Libro de Normas de Régimen Interior.

⁹⁷⁸ El artículo 45 de las RROO del Ejército de Tierra, que actualmente tiene el rango de Orden Ministerial, de acuerdo con lo dispuesto por la Disposición Derogatoria Única del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas establece que el Mando de Cuerpo o Unidad independiente “*velará por el buen uso de las instalaciones de la Base o Acuartelamiento, atendiendo a su mantenimiento en lo que corresponda*”.

El artículo 75 de las RROO del Ejército de Tierra, igualmente con rango de Orden Ministerial, de acuerdo con lo dispuesto por la Disposición Derogatoria Única del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, señala que el Jefe de la Base “*será responsable de su seguridad y gobierno interior, de sus instalaciones y medios,...*”.

De acuerdo con el punto 6 *“se podrán llevar a cabo revistas de los alojamientos de tropa para verificar el estado de policía, higiene y conservación de las instalaciones y material. De igual manera, los alojamientos podrán ser objeto de inspecciones orientadas a verificar el cumplimiento de las normas de régimen interior en lo relativo al uso y disfrute de los alojamientos, normas que deberán ser redactadas por el Jefe de Base, figurar expuestas en los alojamientos para conocimiento del personal usuario, y recogidas en el Libro de Normas de Régimen Interior.”* Aunque con lo señalado en el párrafo anterior se consideran suficientemente difundidas las normas que rigen el uso de los alojamientos, y que los militares profesionales de tropa tienen los derechos y obligaciones previstos en los artículos 34 y 35 del Reglamento de Tropa y Marinería Profesionales de las Fuerzas Armadas, y además la Directiva 4/00 en los puntos 6, 15, 17, 21 y 24 les imponen una serie de obligaciones que deben cumplir, se puede exigir al personal la firma de las condiciones y normas de uso del alojamiento, antes de autorizar el mismo.

En ambos casos, deberá garantizarse el derecho a la intimidad personal de los que habitan en el alojamiento, sin que se pueda vulnerar el efectivo desarrollo de la vida privada de sus moradores en su interior, por lo que sólo en los supuestos y forma recogidos en el apartado 7 de estas normas, podrán extenderse, con la consideración de registros, al contenido de cajones, armarios, taquilla u objetos personales. Como vemos esta norma distingue entre las revistas e inspecciones, orientadas exclusivamente a verificar el cumplimiento de las normas de régimen interior en lo relativo al uso y disfrute de los alojamientos, lo que supone, únicamente una inspección ocular sobre el estado de las instalaciones, de los registros, que implican verificar el contenido de cajones, armarios, etcétera, del personal que se encuentra alojado.

Se establecía que para la realización de revistas e inspecciones *“no es necesario contar con la autorización del personal alojado”*. De acuerdo con la Instrucción, la persona afectada debe ser informada y se le debe dar la posibilidad de estar presente, pero *“la ausencia prolongada de alguna de las*

personas alojadas no constituye ningún inconveniente para llevar a cabo las revistas e inspecciones". Aquí, en nuestra opinión, hay una vulneración de la intimidad si consideramos que estos alojamientos son domicilio, ya que el simple hecho de entrar en las habitaciones, aunque sean compartidas, sin el consentimiento de todos los titulares⁹⁷⁹, supondría un ataque al domicilio. Además no quedada claro qué debe entenderse por "prolongada". Por supuesto, la entrada en lugares comunes no requeriría ningún tipo de consentimiento.

Respecto a los registros, de acuerdo con el apartado 7, se llevarán a cabo *"como consecuencia de sorprender al personal durante la comisión de un delito o una falta disciplinaria o cuando se disponga de indicios que permitan presuponer la existencia de alguno de ellos. Antes de llevar a cabo un registro se solicitará el consentimiento previo del personal afectado, entendiendo como tal aquel cuyas pertenencias, mobiliario o enseres van a ser registrados, y no de la totalidad del personal alojado en el módulo. Si como consecuencia de un registro con el empleo de perros detectores éstos indicarán sustancias prohibidas en el mobiliario o enseres de otras personas alojadas, deberá solicitarse la correspondiente autorización judicial para extender el registro a los mismos, caso de que los nuevos afectados no dieran su consentimiento"*.

Podemos hacer los siguientes comentarios respecto de estos párrafos: en primer lugar, no es posible equiparar "sorprender al personal durante la comisión de un delito o falta disciplinaria", ya que tan solo nos encontramos ante un supuesto de flagrante delito cuando sorprendemos a una persona cometiendo un delito, no una falta, sea de la naturaleza que sea. Únicamente en este caso estaríamos ante una de las excepciones previstas en el artículo 18.2 de la Constitución.

⁹⁷⁹ Resulta de aplicación lo señalado respecto a la necesidad de prestar consentimiento por todos los titulares de un domicilio al analizar el consentimiento en el apartado relativo al delito de allanamiento de morada.

Si existen indicios de la comisión de un delito o una falta disciplinaria (en cuyo caso no estaríamos ante un flagrante delito), será necesaria autorización judicial para entrar en el domicilio.

En nuestra opinión, tal y como hemos apuntado antes, si bien es cierto que para proceder al registro de los efectos del personal afectado hace falta el consentimiento de éste, entendemos que para entrar en la habitación o módulo, será necesario el consentimiento autorizando la entrada de todos y cada uno de los militares que allí se alojen.

A continuación, los puntos 7.1 y 7.2 establecían que si el personal afectado no presta su consentimiento las acciones a tomar serán las siguientes:

Se pondrá vigilancia en el dormitorio para impedir que el personal afectado pueda extraer efectos hasta que se efectúe el registro.

Si se presupone la comisión de una falta disciplinaria, o de un delito tipificado en el Código Penal Militar, se remitirá vía fax, previo contacto telefónico, solicitud de autorización para llevar a cabo el registro al Juez Togado de su demarcación.

Si los indicios se relacionan con la tenencia, consumo o tráfico de sustancias estupefacientes, al resultar de aplicación el código penal ordinario, se debe recabar autorización al juez de la jurisdicción ordinaria. Entendemos que lo mismo debería disponerse si estamos ante la presunta comisión de cualquier otro delito previsto en el código penal común (por ejemplo, un robo).

Si el afectado estuviera ausente por la realización de maniobras, cursos, misiones internacionales, etcétera, y fuera necesario forzar su armario o cualquier otro objeto de carácter personal, deberá hacerse constar este extremo al juez cuando se le solicite la autorización.

Una vez recibido el Auto judicial, se levantará la vigilancia del alojamiento procediéndose al registro en los términos fijados por el juez.

Por lo que respecta a la ejecución del registro, el punto 7 preveía los siguientes extremos:

Durante el registro estarán presentes todos los afectados, salvo imposibilidad manifiesta por encontrarse fuera del Acuartelamiento.

Se deberá contar con al menos dos testigos que presencien el desarrollo del registro.

De todo el registro se levantará un Acta, en la que se reflejará:

- Autorización para el registro del Jefe de la Base.
- Autorización judicial si fuera necesaria.
- Personas presentes.
- Forma que se lleva a cabo.
- Falta de consentimiento u objeciones expresadas por los registrados, en su caso. A la persona registrada se le deberá dejar dar constancia de su disconformidad con la medida o con los términos en que está redactada el acta.
- Resultado del registro.
- Firma de la autoridad que lo ordenó, de los responsables de su ejecución, de los testigos y de los propios interesados.
- Deberán evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar más de lo necesario, y adoptándose precauciones para no comprometer la reputación del registrado.

Si el registro ha sido realizado por el juez o en su presencia, este último levantará acta de las diligencias practicadas, por lo que no será preciso confeccionar el acta anterior.

Finalmente, esta Instrucción preveía qué debe hacerse con posterioridad al registro:

- Se remitirá una copia del Acta al Jefe de la Unidad por si pudiera derivarse responsabilidad disciplinaria, ya que es el competente para iniciar el correspondiente procedimiento disciplinario.
- Se tendrá en cuenta si la cantidad incautada fuera para consumo interno o tráfico.
- Si la cantidad fuera para consumo, la acción sería constitutiva de la falta disciplinaria grave del artículo 8.9 de la Ley de Régimen Disciplinario.
- Si estuviéramos ante un supuesto subsumible en un delito de tráfico de drogas, se deberá poner en conocimiento de la Jurisdicción ordinaria.

La Instrucción inducía a confusión respecto a qué debemos entender por flagrante delito, al indicar en el punto 7 que los registros podrán llevarse a cabo *“como consecuencia de sorprender al personal durante la comisión de un delito o una falta disciplinaria o cuando se disponga de indicios que permitan presuponer la existencia de alguno de ellos”*. Sólo estaremos ante flagrante delito cuando se trate de la comisión de un delito, sea civil o militar, pero no de una falta disciplinaria.

Actualmente esta Instrucción ha sido actualizada en los términos explicados en el apartado precedente, actualización que se ha llevado a cabo a la luz de la nueva legislación que afecta a los miembros de las Fuerzas Armadas, sobre todo de la Ley Orgánica de derechos y deberes de sus miembros.

Por tanto, hemos de entender derogada la versión de 2005 que acabamos de explicar y entender en vigor la nueva Instrucción Técnica 13/05 en su actualización de 2015 analizada en el apartado anterior.

Hasta la aprobación de la nueva Instrucción se han planteado numerosísimas consultas a las Asesorías Jurídicas del Ministerio, sobre todo tras la conocida STS 189/2004, que luego analizaremos, bajo la duda de que estos registros pudieran suponer vulneración del derecho a la intimidad domiciliaria. Esta cuestión no ha sido fácil de resolver y ha provocado opiniones diversas en función de la conceptualización que otorguemos a los alojamientos de tropa.

Por lo tanto, en la actualidad, al hablar de los alojamientos compartidos de tropa serán de aplicación la Directiva 04/00 del EME “Régimen de vida de los militares profesionales de tropa”, la Instrucción 02/09 denominada “Plan Antidroga del Ejército de Tierra” (PADET), y la Instrucción Técnica 13/05, en su versión actualizada a 2015 sobre “Actuación en inspecciones, revistas y registros de alojamientos logísticos y vestuarios”.

Como podemos observar la normativa dentro de los ejércitos es de lo más variopinta a la par que caótica en muchos casos, siendo la más problemática, tanto por la variedad de normas como por su desarrollo, la del Ejército de Tierra.

Una vez expuesto el procedimiento que establece esta normativa, podemos concluir los siguientes comentarios “críticos” que ya hemos ido apuntando:

En nuestra opinión los alojamientos compartidos por dos, cuatro o seis personas sí tendrían la consideración de domicilio, incluso las llamadas naves corridas, que aún existen en algunos lugares (como hemos indicado), y ello por las razones anteriormente aducidas, a saber: si bien es cierto que no es un lugar idóneo para el desarrollo de la vida íntima, también es cierto que es el único para ello respecto de los militares profesionales de tropa y marinería que viven en el interior de un Acuartelamiento.

En la actualidad, en algunos supuestos, como es el de los alumnos de Centros Militares de Formación o en supuestos de enfermedad o necesidades

del servicio, es obligatorio el alojamiento en el interior de la Unidad, y en muchos lugares sólo se dispone de este tipo de cuartos.

En otros casos en los que el alojamiento es voluntario, muchos miembros de las Fuerzas Armadas se ven abocados a ello dada la gran movilidad geográfica a la que están sujetos, la precariedad de los salarios, y la necesidad, en muchos casos, de mantener otra vivienda habitual donde en muchas ocasiones reside su familia. En todos estos supuestos, los alojamientos compartidos resultan muchas veces el único lugar donde pueden desarrollar un mínimo de privacidad y donde disponen de lugares como taquillas, armarios, etcétera, donde pueden guardar aquellos objetos que desean mantener separados de intromisiones ajenas.

Por otro lado, el hecho de que un lugar sea compartido por varias personas no es obstáculo para considerarlo domicilio, tal y como hemos visto en la jurisprudencia relativa al delito de allanamiento de morada del código penal común. Respecto al argumento de la necesidad de mantener el orden y la disciplina, no vemos que ello resulte vulnerado por establecer mayores garantías para efectuar entradas y registros en tales lugares. En caso de flagrante delito o consentimiento no habría problema. Sin embargo, si existen indicios de que se está cometiendo un delito o se trata de ejecutar actos de la Administración se puede acudir al orden jurisdiccional correspondiente para solicitar la debida autorización, de manera que ambos intereses resultarían salvaguardados

Tanto para llevar a cabo una revista, como una inspección o un registro en el interior de un alojamiento compartido por varios soldados, es necesario el consentimiento de todos ellos, aunque sea exclusivamente para entrar.

El consentimiento autorizando la entrada debe prestarse por todos y cada uno de los alojados allí.

Será necesario solicitar autorización judicial siempre que existan indicios de la comisión de un ilícito disciplinario o penal a la autoridad judicial competente según el delito ante el que nos encontremos.

En la práctica, a pesar de toda la normativa expuesta, los mandos militares siguen teniendo dudas sobre el procedimiento a seguir para llevar a cabo registros en el interior de alojamientos ubicados dentro de las Unidades, máxime si se trata de habitaciones compartidas por varias personas, y son muchas las consultas elevadas a las asesorías jurídicas.

7.3.4. OTROS SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS

Junto a los supuestos anteriores podemos encontrar otros respecto de los cuales no se ha dictado ningún tipo de normativa pero que pueden plantear dudas. Como hemos indicado al principio, dada la singularidad de las misiones asignadas a las Fuerzas Armadas sus miembros se ven obligados a residir fuera de su domicilio habitual, muchas veces en lugares distintos a los que hemos expuesto y en diversidad de situaciones:

TIENDAS DE CAMPAÑA, CONTENEDORES O BARRACONES:

Resulta frecuente que, para el alojamiento de las tropas que se desplazan para la realización de ejercicios, maniobras u operaciones militares se habiliten tiendas de campaña, contenedores habitables o barracones en los que pernoctará por grupos el personal militar y desarrollará un mínimo de intimidad.

Estos habitáculos son propiedad de las Fuerzas Armadas y se ponen a disposición de los militares durante el tiempo que desarrollan los ejercicios para dotarles de un lugar para el descanso y el desarrollo de su vida privada. Si bien es cierto que el ámbito de privacidad es menor, entendemos que al igual que las tiendas de campaña utilizadas por cualquier persona tienen la

consideración de domicilio, tal y como ha indicado el Tribunal Supremo y explicamos en el capítulo correspondiente, las tiendas de campaña utilizadas en estos supuestos por los militares también lo tienen.

Respecto a los barracones o contenedores, aunque estén compartidos por varias personas, entendemos aplicable lo argumentado respecto a los alojamientos comunes en aras a defender su protección como domicilio.

CAMAROTES DE LAS EMBARCACIONES MILITARES:

En los barcos y submarinos de la Armada se habilitan camarotes para el descanso del personal embarcados.

Los camarotes pueden ser, en función del rango militar, individuales, compartidos por dos o cuatro personas o compartidos por varias personas, en el caso de los marineros (igual que en los dormitorios comunes de las Unidades en el Ejército de Tierra).

El Fiscal Togado PASCUAL SARRÍA⁹⁸⁰, en su ponencia, indicó que desde su punto de vista estos habitáculos no pueden considerarse domicilio porque los marineros no pueden desarrollar en ellos un mínimo de vida privada, por lo que no entiende aplicable el pronunciamiento del Tribunal Supremo manifestado en la STS de 18 de octubre de 2006 de acuerdo con el cual los camarotes de las embarcaciones civiles gozan de la protección del domicilio.

Por nuestra parte discrepamos de tal opinión, ya que como señala el Tribunal Supremo en la referida sentencia *“en el barco existen áreas propias y reservadas al ejercicio de la intimidad personal, que son precisamente las únicas protegidas por el derecho fundamental consagrado en el artículo 18.2 de la Constitución. Las demás zonas de la embarcación, destinadas a otras finalidades, no gozan de la protección que la Constitución dispensa al domicilio,*

⁹⁸⁰ Vid. PASCUAL SARRÍA, F.L.: *La entrada y registro en las instalaciones militares...*cit., págs. 109-173.

aunque se trate de lugares respecto de los cuales su titular pueda excluir válidamente la presencia de terceros”.

Además los militares que se alojan en tales camarotes no lo hacen como los viajeros de las literas de los trenes a los que hemos hecho referencia a lo largo del presente trabajo, sino que pasan embarcados varias semanas o meses, residiendo en el camarote incluso en los supuestos en que el barco está amarrado, por lo que durante el tiempo que dura la embarcación el camarote es el único lugar donde pueden desarrollar un mínimo de vida privada. Si bien es cierto que el ámbito de privacidad es menor para aquellos que no gozan de un camarote en exclusiva sino que lo tienen que compartir con otros, ello no es obstáculo para negar la condición de domicilio de dichos lugares, igual que sucede respecto a los alojamientos compartidos.

Por todo ello, entendemos que sí deben tener la consideración de domicilio.

CORIMECS:

Son barracones compartidos por varias personas que sirven de alojamiento al personal militar desplazado fuera del territorio nacional durante el tiempo que dura la misión en el exterior. Son lugares que proporcionan alojamiento a un número variable de personas, cada una de las cuales goza de su cama y de armarios para guardar sus enseres personales.

Es aplicable lo dispuesto respecto a los alojamientos comunes, ya que se trata de una variante de éstos.

Otros espacios distintos a los vistos hasta ahora, pero que también plantean problemas prácticos son la de las TAQUILLAS O ARMARIOS ASIGNADOS PARA USO DEL PERSONAL MILITAR EN EL INTERIOR DE LAS BASES, PERO QUE NO ESTÉN AL SERVICIO DE LUGAR QUE CONSTITUYA MORADA O DORMITORIO.

Es el supuesto de taquillas o armarios donde el personal militar guarda su equipo, material y demás elementos y ropas de trabajo y que se sitúan en espacios comunes de los lugares de trabajo, como los vestuarios, almacenes de ropa o equipajes, salas de estar, etcétera.

Estas taquillas forman parte del mobiliario de las Unidades, y son dispuestas por el estado para facilitar al personal la incorporación diaria al servicio.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, las taquillas habilitadas en las Unidades Militares con la finalidad de facilitar el cambio de vestuario y guardar el equipo, no pueden ser consideradas domicilio, ni en su registro se atenta contra la intimidad⁹⁸¹.

En este sentido, la STS de 9 de junio de 2000 señala que *“la revista de las taquillas existentes en los acuartelamientos, no atenta a la intimidad personal, ya que ello viene reglamentariamente impuesto por las normas del buen gobierno y orden del estamento castrense, que vería resquebrajada en caso contrario la disciplina, e incluso la seguridad del propio acuartelamiento. Todo ello, claro está, siempre que al practicarse se respeten las garantías legalmente establecidas al respecto”*.

En este caso, para proceder al registro, se solicitará autorización de su titular, y de no concederlo, el Jefe de la Unidad ordenará justificadamente la apertura forzosa. En todo caso se levantará acta.

La protección es la misma que la dispensada respecto de las taquillas de cualquier trabajador situadas en los centros de trabajo. El artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores⁹⁸² señala que se podrán realizar registros sobre la

⁹⁸¹ Así lo indica también CALDERÓN CEREZO. Vid. CALDERÓN CEREZO, A.: *Derecho a la intimidad personal: intervención de las comunicaciones. Entrada y registro en lugar cerrado. Nuevas tecnologías. Intervenciones corporales...cit.*, pág. 13.

⁹⁸² Artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores: *“Sólo podrán realizarse registros en la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro*

persona de los trabajadores en sus taquillas y efectos particulares. Así lo ha admitido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras en las SSTS de 29 de diciembre de 2001, de 5 de julio de 2003 o de 25 de enero de 2005.

En la STS de 29 de diciembre de 2001, la sala analiza la protección que merece la taquilla de un trabajador de un hospital, señalando que *“nuestra Constitución hace explícito reconocimiento del derecho a la intimidad personal con el fin de que permanezca reservada a injerencias extrañas aquella zona de la persona o grupo familiar que constituye su vida privada y donde ésta se desenvuelve. La inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y el secreto de las comunicaciones son manifestaciones esenciales de ese respeto, constitucionalmente consagrados, al ámbito de la vida personal y familiar. No es la vida privada ni el ámbito de desenvolvimiento, como valores esenciales de la intimidad, lo que pudiera protegerse dentro de una casilla en un centro hospitalario que se utiliza por un A.T.S. para guardar sus efectos. Ello no obstante, la normativa ordinaria y concretamente el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 18, regula varias manifestaciones de la protección de la inviolabilidad de la persona del trabajador, y así establece que sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuere posible”*.

Por su parte, la STS de 5 de julio de 2003 aclara que *“las taquillas puestas a disposición del personal de un centro de trabajo son espacios reservados para el uso de los trabajadores pero de ello no se deriva que*

del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuere posible”.

puedan identificarse con aquellos equivalentes al domicilio. Precisamente teniendo en cuenta lo anterior el Estatuto de los Trabajadores establece determinadas cautelas para su apertura en el artículo 18 mencionado, de forma que si el legislador hubiese considerado dichos espacios dentro del ámbito reservado a la privacidad de la persona el precepto sería ocioso pues su ámbito de protección derivaría directamente de la Constitución y serían aplicables las garantías inherentes al registro domiciliario". Señala el tribunal que hay que tener en cuenta la protección que pudieran merecer los efectos encontrados en el interior de dichas taquillas, como por ejemplo, cartas personales, en cuyo caso sería de aplicación el artículo 18.3 de la Constitución.

Resulta interesante la STS de la Sala 4ª de 25 de enero de 2005 que, resolviendo un recurso de casación para la unificación de la doctrina establece que *"en la sentencia recurrida se contempla un supuesto en el que el "registro" se realiza en una taquilla del trabajador destinada exclusivamente a guardar utensilios de trabajo y de titularidad empresarial; por el contrario en la sentencia de referencia se trata del registro de un cajón del trabajador destinado a sus efectos particulares; pero es que además en la sentencia alegada existe aún otra diferencia que impide apreciar la existencia de divergencia doctrinal alguna, pues en el supuesto de referencia, se han quebrado las previsiones formales que para los supuestos relata el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, y en aquel caso el registro se realizó sin la presencia de un representante legal de los trabajadores, o en su defecto de otro trabajador de la empresa, nada semejante se contempla en la sentencia combatida en la que consta que la apertura de la taquilla se efectuó en presencia de otros trabajadores; lo hasta ahora expuesto implica que en un caso se haya considerado vulnerado el derecho a la intimidad personal que implica como tiene declarado el Tribunal Constitucional "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para sostener una calidad mínima de la vida humana", y en el otro no."*

Tal y como ha señalado el Tribunal Supremo el lugar de trabajo no constituye ámbito de privacidad⁹⁸³.

No obstante, si se procede a la apertura de armarios, taquillas o demás mobiliario asignado a un militar, ello debe estar justificado en razón a una necesidad concreta de mantener el buen orden, la seguridad o la disciplina. Tal y como indica la profesora REMEDIOS ROQUETA BUJ⁹⁸⁴ al tratar la cuestión del derecho a la intimidad de los trabajadores “*la mera invocación de la justificación es insuficiente para recortar derechos fundamentales.*” El Tribunal Constitucional exige que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de los derechos fundamentales venga determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad⁹⁸⁵.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, “*para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)*”⁹⁸⁶. Es necesario, por tanto, proceder a una valoración y ponderación adecuada que atienda a las circunstancias de cada caso concreto, no pudiéndose realizar con carácter general⁹⁸⁷.

A la luz de la doctrina expuesta consideramos que se podrá llevar a cabo el registro de las taquillas y armarios asignados al personal militar para que

⁹⁸³ Vid. SSTS de 4 de noviembre de 2002 y de 11 de junio de 2004.

⁹⁸⁴ Vid. ROQUETA BUJ, R. en BOIX REIG, J. (Dir.), JAREÑO LEAL, A. (Coord.): *La protección jurídica de la intimidad*, Iustel, Madrid, 1ª ed., 2010, pág. 408.

⁹⁸⁵ Vid. SSTC 186/2000, de 10 de julio y 151/2004, de 20 de septiembre.

⁹⁸⁶ Vid. STC 186/2000, de 10 de julio y STS de 5 de diciembre de 2003.

⁹⁸⁷ Vid. CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba penal...cit.*, págs. 1220 y ss.

depositen allí su material y equipo, situadas en lugares comunes de los Acuartelamientos como por ejemplo los vestuarios. Estos registros pueden ser autorizados motivadamente por el Jefe de la Unidad, siendo de aplicación la precitada Instrucción Técnica 13/05, de acuerdo con la cual se debe informar al interesado, dándole la opción de estar presente, y además será necesaria la presencia de dos testigos y la elaboración de un Acta.

Ahora bien, no hay que confundir este supuesto con el de las taquillas y armarios ubicados en el interior de los alojamientos de los militares, donde éstos disfrutan de su privacidad, y que por las razones que hemos ido exponiendo sí tienen, a nuestro entender, la consideración de domicilio. En consecuencia, resulta fundamental distinguir entre las taquillas que se encuentran en zonas comunes de las Unidades destinadas a que los interesados guarden en ellas su equipo, de aquellas otras situadas en el interior de los alojamientos que sirven de domicilio a los miembros de las Fuerzas Armadas. En este último supuesto sí se puede producir una vulneración de la intimidad domiciliaria si no respetan las garantías previstas por el artículo 18.2 de la Constitución.

7.3.5. ESPECIAL MENCIÓN A LOS ESTABLECIMIENTOS DISCIPLINARIOS MILITARES

Como hemos apuntado la Administración Militar puede imponer penas privativas de libertad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 25.3 de la Constitución. Así, la anterior Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas hacía uso de esta prerrogativa y preveía el arresto como una de las posibles sanciones. La nueva Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre que sustituye a la anterior sigue manteniendo la sanción de arresto a pesar de las propuestas de que se eliminase. La Exposición de Motivos justifica el mantenimiento de esta sanción de la siguiente manera: *“mantiene la ley la sanción de arresto para castigar la comisión de faltas leves, con atribución al mando de la opción, según la*

gravedad de la infracción, entre la reprensión, la sanción económica o el arresto, teniendo en cuenta que el artículo 25.3 de la Constitución, a sensu contrario, permite a la Administración Militar la imposición de sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad. Hay que destacar, además de su indiscutible eficacia para restablecer la disciplina, la existencia de arrestos o privaciones de libertad como sanciones por faltas leves en la inmensa mayoría de los sistemas disciplinarios militares de los países de nuestro ámbito sociocultural o pertenecientes a la Alianza Atlántica”.

Ahora bien, se ha restringido la extensión del arresto por falta leve, que podrá imponerse de uno a catorce días⁹⁸⁸ y el mando militar sólo podrá imponer la sanción de arresto prevista para las faltas leves, cuando se vea afectada la disciplina o las reglas esenciales que definen el comportamiento de los miembros de las Fuerzas Armadas⁹⁸⁹. Por falta grave también se puede imponer el arresto, pero en este supuesto la extensión es de quince a treinta días, y se ha incorporado al catálogo de sanciones por faltas muy graves el arresto en la extensión máxima de sesenta días⁹⁹⁰.

La ley también prevé la posibilidad de imponer un arresto cautelar de cuarenta y ocho horas⁹⁹¹ y regula como medidas provisionales el arresto preventivo del presunto infractor, por exigencias de la disciplina⁹⁹².

⁹⁸⁸ Con la ley anterior la sanción de arresto por falta leve podía imponerse de un día a un mes, y no era necesario que se justificara afección alguna de la disciplina, era la sanción habitual.

⁹⁸⁹ El artículo 22 de la LORDFAS, al establecer los criterios de graduación de las sanciones, determina en el apartado tercero que *“la sanción de arresto prevista en la presente ley para las faltas leves sólo podrá imponerse cuando se haya visto afectada la disciplina o las reglas esenciales que definen el comportamiento de los miembros de las Fuerzas Armadas. La resolución sancionadora deberá ser motivada”*.

⁹⁹⁰ La nueva ley ha reducido el arresto por falta grave y la ha incorporado para faltas muy graves, ya que con la regulación anterior por falta grave podía imponerse la sanción de arresto de un mes y un día a dos meses mientras que por falta muy grave no estaba prevista dicha sanción.

⁹⁹¹ Artículo 31 de la LORDFAS: *“1. Las autoridades y mandos con potestad disciplinaria y los militares que ejerzan el mando de una guardia o servicio podrán acordar respecto del infractor que le esté subordinado por razón del cargo, destino, guardia o servicio, el arresto cautelar por un periodo máximo de cuarenta y ocho horas, ante la comisión de una falta disciplinaria y*

Esta sanción de arresto puede cumplirse, si la sanción es por falta leve, en la Unidad o en el domicilio del sancionado⁹⁹³, mientras que en el supuesto de falta grave y muy grave, salvo excepciones bien justificadas, se cumple en establecimiento disciplinario militar⁹⁹⁴.

cuando sea necesaria tal medida para restablecer de manera inmediata la disciplina. Este arresto se cumplirá en la unidad a la que pertenezca el infractor o en el lugar que se designe. Asimismo podrán acordar el cese en sus funciones del infractor que les esté subordinado, por un plazo máximo de dos días cuando la falta cometida pudiera ocasionar perjuicios al servicio. Este cese cautelar no tendrá ninguna repercusión en las retribuciones del infractor.

2. La imposición de estas medidas se comunicará de manera inmediata a la autoridad o mando con competencia para sancionar la falta cometida, que podrá mantenerlas o levantarlas. En todo caso, quedarán sin efecto una vez transcurrido el plazo máximo de su duración y el arresto cautelar será de abono, si su naturaleza lo permite, para el cumplimiento de la sanción que, en su caso, se imponga.

3. Si el procedimiento disciplinario finaliza sin declaración de responsabilidad por parte del expedientado por inexistencia de infracción o con una sanción de arresto de menor duración temporal a la de la medida previa adoptada, se le compensará, por cada día de exceso en que permaneció arrestado, con una indemnización que será el importe fijado para la dieta en territorio nacional”.

⁹⁹² Artículo 51 de la LORDFAS: “1. Cuando la naturaleza y circunstancias de una falta con apariencia fundada de responsabilidad disciplinaria grave exijan una acción inmediata, por la trascendencia del riesgo que su no adopción pueda entrañar para el mantenimiento de la disciplina, la autoridad que hubiera acordado la incoación del procedimiento podrá ordenar motivadamente el arresto preventivo del presunto infractor en un establecimiento disciplinario militar o en el lugar que se designe. En ningún caso podrá permanecer en esta situación más de veinte días, siéndole de abono para el cumplimiento de la sanción que le pueda ser impuesta.

2. La misma autoridad, de no haber adoptado la medida prevista en el apartado anterior y para evitar perjuicio al servicio, podrá disponer motivadamente el cese de funciones del presunto infractor por tiempo que no exceda de veinte días.

3. Si el procedimiento disciplinario finaliza sin declaración de responsabilidad por inexistencia de infracción del expedientado o con una sanción de arresto de menor duración temporal a la de la medida provisional adoptada, se le aplicaran las compensaciones establecidas en el artículo 31.3”.

⁹⁹³ Artículo 15 de la LORDFAS: “El arresto de uno a catorce días consiste en la permanencia del sancionado, por el tiempo que dure el arresto, en su domicilio o en el lugar de la unidad, acuartelamiento, base, buque o establecimiento que se señale en la resolución sancionadora. Esta restricción de libertad implica que el lugar del cumplimiento no puede ser una celda o similar. El sancionado participará en las actividades de la unidad, permaneciendo en los lugares señalados el resto del tiempo”.

⁹⁹⁴ Artículo 16 de la LORDFAS: “1. El arresto de quince a sesenta días consiste en la privación de libertad del sancionado y su internamiento en un establecimiento disciplinario militar durante el tiempo por el que se imponga dicha sanción. El militar sancionado no participará en las actividades de la unidad durante el tiempo de este arresto.

En efecto, al hablar de la ejecutividad de las sanciones, el apartado 3 del artículo 60 de la LORDFAS establece que *“en los arrestos en establecimiento disciplinario militar por falta grave y muy grave, la autoridad que lo hubiere impuesto adoptará las medidas oportunas para el inmediato ingreso del sancionado en dicho establecimiento, cuyas normas de régimen interior se establecerán por el Ministro de Defensa.*

No obstante, en las faltas graves la autoridad sancionadora, si concurren circunstancias justificadas y no se causare perjuicio a la disciplina, podrá acordar en la correspondiente resolución que el arresto se cumpla en otro establecimiento militar o en la unidad, en cuyo caso el sancionado participará en las actividades que se determinen.

En todo caso los alumnos los cumplirán en el centro docente militar de formación, participando en las actividades académicas y permaneciendo en los lugares señalados el resto del tiempo”.

Queda claro, por tanto, que en caso de sanción de arresto por falta grave y muy grave, con carácter general esta se cumplirá en un establecimiento disciplinario militar que se rige por la normativa específica dictada por el Ministerio de Defensa.

Actualmente esta normativa es la Orden Ministerial 97/1993, de 30 de septiembre, por la que se aprueban las Instrucciones de Régimen Interior de los Establecimientos Disciplinarios Militares⁹⁹⁵.

2. Cuando concurrieren circunstancias justificadas y no se causare perjuicio a la disciplina, podrá acordarse el internamiento en otro establecimiento militar en las mismas condiciones de privación de libertad, salvo lo dispuesto en el artículo 60.

3. No producirá cambio en la situación administrativa del sancionado”.

⁹⁹⁵ Esta Orden Ministerial se aprobó tras la derogación del Real Decreto 3331/1978, de 22 de diciembre, por el que se aprobaba el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares y ante la necesidad de contar con unas normas que regulasen, en toda su extensión, el régimen de cumplimiento de las sanciones disciplinarias militares de arresto.

Anteriormente esta materia estaba regulada en el apartado XVI de las Instrucciones para la aplicación del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, aprobadas por la Orden Ministerial 43/1986, de 27 de mayo, reguladora del régimen interior para el cumplimiento de

Esta Orden Ministerial se aprobó en base a la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, esto es, está elaborada basada a una ley anterior a la Ley de Régimen Disciplinario que acaba de ser sustituida de ahí que, como luego apuntaremos, se esté elaborando un proyecto de Orden Ministerial que sustituya a esta.

La Orden Ministerial 97/1993 establece los derechos de los arrestados en su artículo 2, disponiendo que gozan de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en las leyes, con las limitaciones que se deduzcan de la legislación militar y con excepción de aquellos que resulten afectados por la resolución sancionadora. Así mismo se establece expresamente que se respetará su personalidad e intimidad personal, junto con el derecho a comunicarse con sus familiares y asesor en el expediente, y a elevar peticiones, formular quejas e interponer recursos.

Junto con estos derechos también se regulan en el artículo 3 unos deberes, a saber: seguirán sujetos a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico militar, y especialmente a lo establecido en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y en las Leyes Penales y Disciplinarias Militares. Durante su permanencia en el establecimiento, los arrestados estarán a las órdenes de los Mandos Militares del mismo, quienes tendrán la competencia sancionadora establecida en la normativa disciplinaria militar.

El Título II de la Orden Ministerial es el dedicado al régimen interior del Establecimiento, y en él se recogen disposiciones relativas a su ingreso y puesta en libertad, comunicaciones a las que tiene derecho⁹⁹⁶, peticiones y

correctivos por falta grave, con remisión en lo no previsto, en cuanto a cumplimiento de arrestos, al Real Decreto 3331/1978, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares.

⁹⁹⁶ Los artículos 8 al 12 regulan las comunicaciones orales, con asesores e instructor, telefónicas, escritas, y la recepción de entregas y paquetes.

quejas, actividades, autorizaciones extraordinarias de salida, y vigilancia y seguridad⁹⁹⁷.

En cuanto al ingreso, el artículo 5.2 establece que, una vez verificado el ingreso, se le asignará un módulo y lugar en la Sección que le corresponda. Ahora bien, a lo largo del articulado sobre régimen interior no encontramos ninguna referencia a cómo se debe hacer, en su caso, un registro en uno de estos módulos.

Por tanto, nos encontramos con la siguiente situación: los arrestados deben cumplir la sanción en un establecimiento disciplinario militar, de idénticas características a los establecimientos penitenciarios; al ingresar se les asigna un módulo y sección; se les reconocen los derechos reconocidos en la Constitución y en las leyes, concretamente el derecho a la intimidad personal, con las limitaciones que se deduzcan de la legislación militar y con excepción de aquellos que resulten afectados por la resolución sancionadora. En consecuencia, a nuestro juicio, y a falta de una disposición específica, será de aplicación, con carácter supletorio y dadas las características de estos lugares, lo dispuesto en el Reglamento General Penitenciario para los registros de las celdas. Posteriormente, al hablar del establecimiento penitenciario militar, analizaremos estos preceptos.

Actualmente, se está trabajando en la redacción de una nueva Orden Ministerial a la luz del tiempo transcurrido y de las nuevas leyes que se han ido aprobando en el ámbito del Ministerio de Defensa, sobre todo la Ley Orgánica de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas y la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario. Concretamente, la disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario

⁹⁹⁷ Respecto a los servicios de vigilancia y seguridad, el artículo 21 únicamente dispone que “los servicios de guardia y seguridad externos del establecimiento serán los comunes del Acuartelamiento donde se ubica” y “los servicios de vigilancia y seguridad internos del establecimiento los prestará el personal destinado en el mismo, fijándose, por turno, un Oficial o Suboficial que realizará guardia interior durante 24 horas, asistido por el número de militares de Clase de Tropa y Marinería que, en cada caso, sean necesarios”.

de las Fuerzas Armadas, establece la aplicación de la normativa vigente hasta la entrada en vigor de determinadas normas de desarrollo de la ley, entre ellas el régimen interior de los establecimientos disciplinarios militares, en todo aquello que no se oponga a la misma. Los artículos 16 y 51 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, establecen que el sancionado con arresto por falta grave y muy grave será internado en un establecimiento disciplinario militar, e igualmente en el caso de ordenarse, como medida provisional, el arresto preventivo del presunto infractor; y el artículo 60.3 habilita al Ministro de Defensa para establecer las normas de régimen interior de los establecimientos disciplinarios militares.

Por otra parte, con la nueva Orden Ministerial se pretende garantizar todos los derechos del arrestado, en especial los reconocidos en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, siempre que fuesen compatibles con la resolución sancionadora.

Así, en el borrador que lleva por título “Orden DEF/.../2015, por la que se aprueban las normas de régimen interior de los establecimientos disciplinarios militares” se señala que *“en esta orden ministerial se pretende buscar un equilibrio entre la necesidad de dar cumplimiento a una sanción disciplinaria, que supone para el sancionado una privación de libertad, y el respeto a los derechos que tiene reconocidos dicho sancionado en el ordenamiento jurídico en general y en particular en la legislación militar”*.

Durante su tramitación, esta disposición fue informada por las asociaciones profesionales con representación en el Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas, conforme al artículo 40.2.b) de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas⁹⁹⁸, y se ha dado conocimiento de la misma al resto de las

⁹⁹⁸ El artículo 40 de la LODDFAS establece los derechos de las asociaciones profesionales de las Fuerzas Armadas: “1. Las asociaciones profesionales inscritas en el Registro de Asociaciones Profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas, tendrán derecho a:

asociaciones profesionales inscritas en el Registro de Asociaciones Profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas, conforme al artículo 40.1.c) de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio. Finalmente, con arreglo a lo establecido en el artículo 49.1.c) de la citada ley orgánica, ha sido informada por el Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas⁹⁹⁹.

Concretamente nos parece interesante la propuesta formulada por la Asociación Unificada de Militares Españoles (AUME), de derogación y suspensión de la Orden Ministerial 97/1993, de 30 de septiembre, donde señala los siguientes puntos:

“1. La O.M. 97/1993 está realizada en base a una ley orgánica que ya no existe.

-
- a) Realizar propuestas, emitir informes y dirigir solicitudes y sugerencias relacionados con sus fines.*
 - b) Asesorar y prestar apoyo y asistencia a sus asociados, así como representarlos legítimamente ante los órganos competentes de las Administraciones Públicas*
 - c) Recibir información del Ministerio de Defensa sobre régimen de personal, protección social y sobre cualquier otro asunto que favorezca la consecución de sus fines estatutarios”.*

⁹⁹⁹ El Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas es un órgano creado por la Ley Orgánica de derechos y deberes para establecer y formalizar las relaciones entre el Ministerio de Defensa y las asociaciones profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas y poner en marcha mecanismos de información, consulta y propuesta sobre el régimen del personal militar. De acuerdo con la Exposición de Motivos “se pretende que esta vía sea un complemento adecuado de la representación institucional que se ejerce a través de la cadena de mando militar y de los cauces previstos en esta ley para la presentación por los miembros de las Fuerzas Armadas de iniciativas y quejas en el ámbito interno”.

El artículo 40 de la LODDFAS establece, entre otras, que es función del Consejo “a) recibir, analizar y valorar las propuestas o sugerencias planteadas por las asociaciones profesionales independientemente de que estén representadas o no en el Consejo.

b) Tener conocimiento y ser oído sobre las siguientes cuestiones:

1ª Establecimiento o modificación del estatuto profesional y del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas.

2ª Determinación de las condiciones de trabajo.

3ª Régimen retributivo.

4ª Planes de formación y perfeccionamiento de la enseñanza en las Fuerzas Armadas.

5ª Régimen de permisos, vacaciones y licencias.

6ª Planes de previsión social complementaria.

7ª Asuntos que afecten a otros aspectos sociales, profesionales y económicos de los militares.

c) Informar, con carácter preceptivo y previo a su aprobación, las disposiciones legales y sus desarrollos reglamentarios que se dicten sobre las materias citadas en el subapartado anterior.

2. *La anterior ley de régimen disciplinario tenía graves defectos que confundían regímenes penales y disciplinarios.*

3. *La ley anterior, todavía vigente, deriva de un escenario de Fuerzas Armadas mayoritariamente de reemplazo.*

4. *Hoy existe la LODDFAS que ha regulado derechos fundamentales sin que se haya adecuado el régimen disciplinario a la misma, que como hemos matizado es posterior a la O.M. 97/1993.*

5. *Se está procediendo a presentar un nuevo proyecto de ley disciplinaria para las Fuerzas Armadas.*

6. *No se ha creado aún el Observatorio de la vida militar que ha de velar por los derechos fundamentales de los militares”.*

Continúa remarcando que *“la LODDFAS establece en las normas de comportamiento que “en ningún caso los militares estarán sometidos, ni someterán a otros, a medidas que supongan menoscabo de la dignidad personal o limitación indebida de sus derechos”. Así mismo recoge una nueva regulación de derechos al tiempo que los reconoce para el militar, como son: el derecho a la intimidad y dignidad personal, y el derecho a la libertad de expresión y comunicación.*

La mencionada O.M. 97/1993 (de hace 20 años) no recoge la reciente regulación de derechos menoscabando el nuevo ámbito de regulación de derechos fundamentales.

Si algo tienen de trascendentales los nuevos marcos normativos donde se ponen de manifiesto derechos nunca antes regulados, son precisamente aquellos derechos que, debido al rigor de normas disciplinarias obsoletas, conculcaban derechos a personas garantes del marco constitucional y de los Derechos Humanos, como recoge su propia legislación específica”.

Y por tanto concluye que *“nos encontramos, pues, ante una situación anacrónica que lejos de establecer como base para el funcionamiento de las*

Fuerzas Armadas, la libre adhesión y asunción de las normas, la racionalidad de los preceptos (en algunos casos mostrados como valores o virtudes), y ante todo el respeto por la “condición humana” de unos servidores del estado que están dispuestos a dar la vida por sus compatriotas y por los derechos humanos de los demás” y “por todo ello se propone la derogación de la Orden Ministerial 97/1993 en aplicación de la Ley Orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas”.

El borrador de la nueva Orden Ministerial comienza diciendo que su objeto es regular el régimen interior de los establecimientos disciplinarios militares, que será de aplicación al militar sancionado con arresto por falta grave y muy grave y en caso de arresto preventivo, como medida provisional del presunto infractor, por resolución dictada con arreglo a la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

El artículo 3 establece los derechos de los arrestados y dispone que gozaran de todos los derechos reconocidos en la Constitución, en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, y demás normas legales, con las limitaciones que se deduzcan tanto de la legislación militar como de la resolución sancionadora. El apartado 2 reconoce que en todo caso, y con las limitaciones señaladas, a los arrestados se les garantizarán, entre otros, el derecho a la intimidad y dignidad personal.

Además de derechos, los arrestados tienen unos deberes que se concretan en el artículo 4:

- Están sujetos a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico militar, en especial a lo establecido en el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y en las leyes penales y disciplinarias militares.
- Deberán observar las normas por las que se rige el establecimiento disciplinario.

- Tendrán que conservar en buen estado las instalaciones, el mobiliario y demás efectos.
- Han de cumplir las órdenes de los mandos militares del establecimiento disciplinario, quienes tendrán la competencia sancionadora establecida en la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre.

De acuerdo con el artículo 7.4, una vez ingresen, se les asignará módulo y lugar en la sección que corresponda.

Los artículos 12 a 24 desarrollan algunos de los derechos de los arrestados como las visitas de familiares y otras personas, las comunicaciones telefónicas y escritas, la recepción y entrega de paquetes¹⁰⁰⁰, las peticiones y quejas, las actividades generales y complementarias, los servicios de vida y mantenimiento (lavandería, duchas, peluquería y biblioteca), la adquisición voluntaria de artículos autorizados, la asistencia religiosa y sanitaria y las autorizaciones extraordinarias de salida.

Por lo que respecta a los servicios de seguridad estos se recogen en el artículo 25, de acuerdo con el cual la seguridad interior la prestará el personal destinado en el mismo, fijándose una guardia de seguridad, de veinticuatro horas, dedicación exclusiva e incompatible con otras guardias, cualquiera que sea su naturaleza, que se designará por turno, y estará compuesta por un jefe de la guardia de seguridad, Oficial o Suboficial, y los militares de tropa y marinería que sean necesarios, siendo el de más empleo o más antiguo de estos el auxiliar del jefe.

¹⁰⁰⁰ La apertura de los paquetes se regula en el artículo 16.3 que dispone que el jefe del establecimiento podrá autorizar de forma proporcionada y por resolución motivada, cuando existan indicios de la comisión de un hecho delictivo, de una presunta infracción disciplinaria, o por razones fundadas de riesgo para la seguridad o nocivo para la salud pública, la apertura de los paquetes depositados en el establecimiento disciplinario, en cuyo caso, se realizará ante al menos dos testigos que refrenden el resultado y en presencia del arrestado.

No se recoge nada relativo a cómo realizar registros ni en este artículo ni en otros, si bien de momento, en el borrador, no hay más preceptos redactados. La intención es regular los registros, habrá que esperar a que se apruebe la nueva Orden Ministerial para ver si finalmente se recoge esta cuestión o no.

En todo caso, de momento y a falta de regulación específica, como hemos indicado más arriba, entendemos que lo más acertado sería aplicar las disposiciones que se utilizan para realizar registros en los establecimientos penitenciarios militares que pasamos a analizar.

7.3.6. REFERENCIA A LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS MILITARES

Los Establecimientos Penales Militares se hallan regulados en el Reglamento de Establecimientos Penales Militares, aprobado por Real Decreto 1396/1992, de 20 de noviembre, que continúa en vigor¹⁰⁰¹.

El derecho penitenciario militar¹⁰⁰² deriva actualmente del derecho penal militar que a su vez trae causa de la jurisdicción militar reconocida en el artículo 117.5 de la Constitución¹⁰⁰³.

¹⁰⁰¹ Anteriormente estuvo en vigor el Real Decreto 3331/1978, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares, que tuvo que adaptarse a la Constitución y a la Ley Orgánica General Penitenciaria, de ahí que fuera en pocos años derogado y sustituido por el actual.

Señala SERRANO PATIÑO que esta precariedad debe deberse al hecho de que en la actualidad sólo existe un Establecimiento Penitenciario Militar en Alcalá de Henares y el número de internos anual no suele superar la centena.

El Establecimiento Penitenciario Militar de las Palmas de Gran Canaria coexistía con el de Alcalá de Henares desde 1989, hasta que fue oficialmente cerrado el 1 de febrero de 1995, según consta en la estadística de la jurisdicción militar del año 2010. *Vid.* SERRANO PATIÑO, J.V.: *El sistema penitenciario militar español*, Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 2013, pág. 13.

¹⁰⁰² SERRANO PATIÑO indica que en España el derecho penitenciario siempre tuvo una naturaleza militar, hasta que en 1834 empezó a verse un intento de separación entre los establecimientos penitenciarios existentes, produciéndose en 1849 la independización formal

Como norma general los internos serán militares o guardias civiles¹⁰⁰⁴ condenados por un delito militar o común¹⁰⁰⁵. También puede serlo un civil condenado por un delito militar¹⁰⁰⁶ o en tiempo de guerra¹⁰⁰⁷ o estado de sitio¹⁰⁰⁸.

de las cárceles civiles respecto a las militares, aunque en la práctica el derecho militar siguió influyendo en el sistema penitenciario hasta que se eliminaron de las cárceles civiles todos los signos militares, lo cual supuso una lenta y costosa evolución. *Vid.* SERRANO PATIÑO, J.V.: *El sistema penitenciario militar español...cit.*, pág. 19.

¹⁰⁰³ Artículo 117.5 CE: “*el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución*”.

¹⁰⁰⁴ La Disposición Final Segunda del Reglamento Penitenciario Militar establece que “*las referencias que el Reglamento hace a las Fuerzas Armadas o a sus miembros comprenderán al Cuerpo de la Guardia Civil o a sus miembros*”.

¹⁰⁰⁵ El artículo 42 del CPM dispone que “*las penas privativas de libertad impuestas a militares por delitos comprendidos en este código se cumplirán en el establecimiento penitenciario militar que determine el Ministerio de Defensa. En caso de que las penas impuestas a militares por la comisión de delitos comunes lleven consigo la baja en las Fuerzas Armadas, se extinguirán en establecimientos penitenciarios ordinarios, con separación del resto de los penados. Si no llevaran aparejadas la baja en las Fuerzas Armadas se cumplirán en el establecimiento penitenciario militar que se disponga por el Ministerio de Defensa*”.

Si el militar o Guardia Civil pierde esta condición como consecuencia de una condena por delito común será ingresado en prisión común separado de los reclusos comunes en módulos especiales para FIES-4, ya que la administración penitenciaria les incluye en este fichero, junto con otros miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. En ningún caso dejará el establecimiento penitenciario militar si ha sido condenado por delito militar. *Vid.* SERRANO PATIÑO, J.V.: *El sistema penitenciario militar español...cit.*, pág. 14.

¹⁰⁰⁶ Hay tipos previstos en el CPM cuyo sujeto activo puede ser un civil. Habrá que atender por tanto a los elementos recogidos en el precepto y ver si para cada delito se prevé que el sujeto activo sea militar o si se puede cometer también por civiles, como es el caso del delito de allanamiento de base militar recogido en el artículo 61 o en los delitos cometidos contra el centinela del artículo 85. La redacción de estos artículos comienza diciendo “*el que...*”, mientras que en otros preceptos (la mayoría) se habla de “*el militar que...*” (artículos 49,53 o 55 entre muchos otros).

¹⁰⁰⁷ El artículo 13 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, establece que: “*En tiempo de guerra y en el ámbito que determine el gobierno, además de lo dispuesto en el artículo anterior, la jurisdicción militar se extenderá a los siguientes delitos y faltas:*

- 1. Los que se determinen en tratados con potencia u organización aliadas.*
- 2. Los comprendidos en la legislación penal común, cuyo conocimiento se le atribuya por las leyes, por las Cortes Generales, o por el gobierno, cuando estuviere autorizado para ello.*
- 3. Todos los tipificados en la legislación española, si se cometen fuera del suelo nacional, y el inculpado es militar español o persona que siga a las Fuerzas o Unidades españolas.*

Los Establecimientos Disciplinarios Militares se rigen por lo dispuesto en el Reglamento Disciplinario Militar y también resulta de aplicación la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria¹⁰⁰⁹ y el Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, en tanto que sus preceptos se aplican con carácter subsidiario a lo no previsto en el Reglamento Penitenciario Militar¹⁰¹⁰.

El ingreso en el establecimiento penitenciario militar determina el estatus de la relación de especial sujeción penitenciaria militar, finalizando esta con la

4. Todos los cometidos por prisioneros de guerra.

A los efectos de esta ley la locución «tiempo de guerra» se entenderá en los términos definidos en el artículo 14 del Código Penal Militar”.

De acuerdo con el artículo 14 del CPM “a los efectos de este código se entenderá que la locución “en tiempo de guerra» comprende el período de tiempo que comienza con la declaración formal de guerra, al ser decretada la movilización para una guerra inminente o con la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera, y termina en el momento en que cesen éstas”.

¹⁰⁰⁸ *De acuerdo con el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de diciembre, de los estados de alarma, excepción y sitio “en la declaración del estado de sitio el Congreso de los Diputados podrá determinar los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la Jurisdicción Militar”.*

¹⁰⁰⁹ *El párrafo segundo del artículo 348 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar establece que “las penas que deban cumplirse en establecimientos penitenciarios militares de acuerdo con el citado artículo 42, se cumplirán conforme a lo dispuesto en esta ley y en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares, que se inspirará en los principios de la Ley Orgánica General Penitenciaria acomodados a la especial estructura de las Fuerzas Armadas y con observancia en todo caso de las sanciones previstas en los cinco primeros apartados del artículo 42 de dicha ley”.*

¹⁰¹⁰ *La Exposición de Motivos del Reglamento Penitenciario Militar señala que “la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, dispone en su artículo 348 que las penas que deban cumplirse en establecimientos penitenciarios militares se realicen conforme a lo dispuesto en dicha ley y en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares que se inspirará en los principios de la Ley Orgánica General Penitenciaria, acomodados a la especial estructura de las Fuerzas Armadas. En cumplimiento de este mandato legal se dicta el presente Reglamento que, para una mejor aceptación a la legislación penitenciaria común, ha optado por un sistema de referencia, recogiendo en su breve articulado exclusivamente las normas específicas y singularidades propias de la organización militar y con remisión y tratamiento idéntico en todo lo demás al régimen común cuya legislación tiene el carácter de norma jurídica supletoria”.*

La Disposición Adicional Primera señala que “la normativa sobre establecimientos penitenciarios militares la integraran el presente Reglamento, el régimen disciplinario contenido en el Reglamento que se cita en el segundo párrafo de esta disposición y las Instrucciones que el Ministro de Defensa dicte en desarrollo del presente Reglamento. Será legislación supletoria el Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo”.

salida del interno¹⁰¹¹. La relación jurídica penitenciaria militar nace de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad en cuanto lo permita su especial naturaleza conforme al artículo 5 del RPM¹⁰¹² y el artículo 1 de la LOGP¹⁰¹³.

La relación jurídico penitenciaria militar determina una relación de sujeción especial de carácter complejo, ya que el preso militar, por su condición de militar, está ya sujeto a una relación especial con la Administración¹⁰¹⁴.

La relación de especial sujeción supone, por un lado, que el interno tiene limitaciones en ciertos derechos y, por otro, que la administración disciplinaria militar tiene unas facultades y unas obligaciones que en muchos casos son más rigurosas.

El sistema penitenciario por las propias exigencias constitucionales derivadas del Estado Social y Democrático de Derecho, debe tener presente presentes tres pilares: 1º. El interno es una persona y no un objeto, y como tal goza de derechos, aunque estos se encuentren limitados¹⁰¹⁵; 2º. Reserva de

¹⁰¹¹ Vid. SERRANO PATIÑO, J.V.: *El sistema penitenciario militar español...cit.*, pág. 14.

¹⁰¹² Artículo 5 RPM: *“El régimen de los establecimientos penitenciarios militares tendrá como finalidad conseguir una convivencia ordenada que permita el cumplimiento de los fines previstos por la legislación procesal penal para los detenidos y presos y llevar a cabo el tratamiento respecto a los penados.*

Los internos recibirán a su ingreso información escrita sobre el régimen del establecimiento, sus derechos y deberes, normas disciplinarias y los medios para formular peticiones, reclamaciones, quejas o recursos. A quienes no puedan entender la información por el procedimiento indicado les será facilitada por otro medio adecuado.

La designación del establecimiento penitenciario y, en su caso, el traslado o cambio de destino de los penados corresponderá al Director general de Personal del Ministerio de Defensa”.

¹⁰¹³ Artículo 1 LOGP: *“Las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados.*

Igualmente tienen a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados”.

¹⁰¹⁴ Vid. SERRANO PATIÑO, J.V.: *El sistema penitenciario militar español...cit.*, pág. 62.

¹⁰¹⁵ El artículo 25.2 de la CE establece que *“el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamnetales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”.*

Ley para regular esta relación de especial sujeción; y 3º. Control Judicial de las normas dictadas por la administración.

Como acabamos de exponer el interno es un sujeto, y como tal tiene unos derechos inviolables. Así lo aclara el artículo 2 del RPM: *“los condenados a penas privativas de libertad y los presos preventivos y detenidos gozarán de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y demás derechos que les conceda el resto del ordenamiento, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido de la resolución judicial, del fallo condenatorio y su efectos”*.

Ahora bien, como también hemos señalado, existe reserva de ley y concretamente hay reserva de Ley Orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales, en virtud del artículo 81 de la Constitución y reserva de Ley Ordinaria para los derechos y libertades reconocidas en el Capítulo II del Título I de nuestra norma fundamental.

Tal y como apunta SERRANO PATIÑO¹⁰¹⁶ *“el RPM no encajaría dentro del sistema que implantó el legislador constitucional porque, como se sabe, está aprobado por un Real Decreto que es una norma reglamentaria de carácter inferior a ley, además de ser un reglamento independiente que no gozaría de la naturaleza de aquéllos que son desarrollo de una ley previa, como ocurre, por ejemplo, con el RP que desarrolla precisamente la LOGP”*.

No obstante, dentro de las relaciones de especial sujeción, se distingue entre las relaciones de base y las relaciones de funcionamiento. Las primeras son las que definen la posición del interno frente a la administración en relación con sus derechos y deberes; las segundas son aquellas normas que tienden a asegurar el funcionamiento de la institución para el logro de sus objetivos. Las relaciones de base, siempre estarían sometidas al imperio de la reserva de la

¹⁰¹⁶ Vid. SERRANO PATIÑO, J.V.: *El sistema penitenciario militar español...cit.*, pág. 63.

ley, pero no las relaciones de funcionamiento, que se enmarcarían dentro de las facultades que tienen para ello los reglamentos independientes¹⁰¹⁷.

Por tanto, el Reglamento Penitenciario Militar es un reglamento independiente que establece una relación de especial sujeción con los internos, y que se debe limitar a una mera relación de funcionamiento o servicio¹⁰¹⁸. De ahí que para llevar a cabo determinadas actuaciones, como registros o cacheos, que luego desarrollaremos, tengamos que acudir a la Ley General Penitenciaria y su Reglamento ya que, al tratarse de medidas que suponen limitación de derechos fundamentales de los presos, no pueden determinarse en el Reglamento Penitenciario Militar, ya que se requiera reserva de Ley Orgánica.

En cuanto a los derechos de los reclusos, el artículo 2 del Reglamento Penitenciario Militar, siguiendo lo dispuesto en el artículo 25.2 de la Constitución, declara que *“los condenados a penas privativas de libertad y los presos preventivos y detenidos gozarán de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y demás derechos que les conceda el resto del ordenamiento jurídico a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido de la resolución judicial, del fallo condenatorio y sus efectos”*.

Continúa diciendo el artículo 3 que *“se garantiza la libertad ideológica y religiosa de los internos y su derecho al honor, a ser designados por su propio nombre, a la intimidad personal, a la información, a la educación y a la cultura, al desarrollo integral de su personalidad y a elevar peticiones y recursos a las autoridades. Los responsables de los establecimientos penitenciarios velarán por la vida, integridad y salud de los internos y les facilitarán el ejercicio de sus derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que sean incompatibles con el objeto de su*

¹⁰¹⁷ El Tribunal Constitucional ha señalado en su STC 42/1987, de 7 de abril, que *“la reserva de ley no excluye la posibilidad que las leyes contengan remisiones a las normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley”*.

¹⁰¹⁸ Vid. SERRANO PATIÑO, J.V.: *El sistema penitenciario militar español...cit.*, pág. 64.

detención, prisión o cumplimiento de la condena. Asimismo, velarán por el ejercicio del derecho al trabajo y a las prestaciones del Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y por el reconocimiento y respeto de cualesquiera otros que tuviera adquiridos”.

Junto con estos derechos los internos también tienen unos deberes que se recogen en el artículo 8 y es que están obligados a cumplir los preceptos reglamentarios y especialmente los de orden y disciplina, sanidad e higiene y corrección en sus relaciones, así como a conservar cuidadosamente las instalaciones del establecimiento y el utensilio y vestuario que les sea entregado.

A esto cabe añadir que el artículo 5 establece que el régimen de los establecimientos penitenciarios militares tendrá como finalidad conseguir una convivencia ordenada que permita el cumplimiento de los fines previstos por la legislación procesal penal para los detenidos y presos y llevar a cabo el tratamiento respecto a los penados y señala que *“los internos recibirán a su ingreso información escrita sobre el régimen del establecimiento, sus derechos y deberes, normas disciplinarias y los medios para formular peticiones, reclamaciones, quejas o recursos. A quienes no puedan entender la información por el procedimiento indicado les será facilitada por otro medio adecuado”.*

Los internos se alojan en una celda o habitación individual en la sección o unidad a la que pertenezcan, de conformidad al artículo 7¹⁰¹⁹. Este precepto reproduce prácticamente el artículo 19 de la Ley Penitenciaria¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁹ Artículo 7 RPM: *“Los internos ocuparan habitación o celda individual en la sección o unidad a que pertenezcan.*

Existirán celdas o secciones separadas de las demás para los recién ingresados en el establecimiento, para los preventivos incomunicados y para los sancionados con aislamiento. En todo caso, esas celdas o secciones serán de las mismas características que las del resto del establecimiento.

Cuando hayan de utilizarse habitación o dormitorios colectivos por insuficiencia de alojamientos individuales, o por indicación del médico o del Equipo de Observación y Tratamiento, se

Ahora bien, como hemos indicado, todas las actuaciones que supongan limitaciones de derechos fundamentales en el ejercicio de los derechos y deberes de los reclusos o en las actuaciones para el buen funcionamiento y régimen del establecimiento, deberán estar desarrolladas por una norma con rango adecuado, por lo que deberemos acudir a la Ley General Penitenciaria y su reglamento.

Vamos a analizar ahora el tema que nos ocupa. Esto es, cómo se debe llevar a cabo un registro en una celda de un interno; según acabamos de decir este extremo no se halla regulado en la normativa militar, por el rango normativo de la misma ya que se trata de un derecho fundamental, sino en la común, que pasamos a desarrollar.

La seguridad de los establecimientos penitenciarios es tal importancia¹⁰²¹ que el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, dedica el Capítulo VIII del Título II a este tema.

Dentro de la seguridad se distingue entre la seguridad exterior para evitar las fugas y salvaguardar al establecimiento de las agresiones exteriores, que se encomienda a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o a las Policías Autónomas¹⁰²², y la seguridad interior, para asegurar la presencia

cuidará muy especialmente la selección de los internos que hayan de ocuparlos, atendiendo al informe del mencionado equipo’.

¹⁰²⁰ Artículo 19 LOGP: “1. Todos los internos se alojarán en celdas individuales. En caso de insuficiencia temporal de alojamiento o colectivas. En estos casos, los internos serán seleccionados adecuadamente.

2. Tanto las dependencias destinadas al alojamiento nocturno de los reclusos como aquellas en que se desarrolle la vida en común, deberán satisfacer las necesidades de la higiene y estar acondicionadas de manera que el volumen de espacio, ventilación, agua, alumbrado y calefacción se ajuste a las condiciones climáticas de la localidad’.

¹⁰²¹ Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Registros y cacheos en el ámbito penitenciario...cit.*, pág. 1.

¹⁰²² Artículo 63 del RP: “La seguridad exterior de los establecimientos corresponde a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o, en su caso, a los cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas, los que, sin perjuicio de que se rijan por las normas de los cuerpos

física del interno y evitar que sus bienes jurídicos sean atacados o puestos en peligro en el interior del establecimiento, lo que se encomienda a los celadores¹⁰²³.

Los procedimientos para tratar de garantizar la seguridad y control en los centros penitenciarios para, entre otras cosas, tratar de evitar situaciones de riesgo derivadas de la posesión por parte de los internos de objetos prohibidos y peligrosos, se encuentran recogidos en el artículo 23 de la Ley General Penitenciaria¹⁰²⁴.

Las medidas que se preven son: cacheos en las personas de los internos, registros de sus pertenencias y locales que ocupen, recuentos de control de la población reclusa y requisas de las instalaciones del establecimiento. Estas actuaciones se llevarán a cabo con respeto a la dignidad de la persona, y con las garantías y periodicidad que reglamentariamente se determinen.

Es el Reglamento Penitenciario el que ha desarrollado este artículo. Esto se complementa con los criterios dados por las Circulares e Instrucciones de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. A este desarrollo alude el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valencia de 9 de junio de 2005¹⁰²⁵: *“En el caso que nos ocupa y vistas las manifestaciones del interno y los informes del Ministerio Fiscal y del Centro, se desestima la queja*

respectivos, en materia de seguridad exterior de los centros penitenciarios recibirán indicaciones de los directores de los mismos”.

¹⁰²³ Artículo 64 del RP: *“La seguridad interior de los establecimientos corresponde, salvo en los casos previstos en la disposición final primera de la Ley Orgánica General Penitenciaria, a los funcionarios de los Cuerpos de Instituciones Penitenciarias, con arreglo a los cometidos propios de cada uno y a la distribución de los servicios acordada por el Director del Establecimiento”.*

¹⁰²⁴ Artículo 23 de la LOGP: *“Los registros y cacheos en las personas de los internos, sus pertenencias y locales que ocupen, los recuentos, así como las requisas de las instalaciones del establecimiento, se efectuaran en los casos con las garantías y periodicidad que reglamentariamente se determinen y dentro del respeto a la dignidad de la persona”.*

¹⁰²⁵ Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Registros y cacheos en el ámbito penitenciario...cit.*, pág. 2.

interpuesta ya que, corresponde al recurrente la asunción de la relación jurídica especial que vincula al recurrente con la Administración Penitenciaria, en la que está integrada el Centro Penitenciario donde se encuentra internado, y en el que debe imperar la seguridad del mismo que debe ser garantizada por los funcionarios que lo integran y su dirección. Y a la par, deben ser garantizados los derechos fundamentales, de entre los cuales el interno se haya privado de uno, el de la libertad que viene restringida legal y reglamentariamente en aras a la seguridad del centro penitenciario y la normal y segura convivencia en el mismo. Por lo anterior, y en desarrollo de la Ley Orgánica General Penitenciaria, las normas reglamentarias desarrollan minuciosamente las normas relativas a la seguridad interior del establecimiento en los artículos 64 y siguientes del Reglamento Penitenciario, normas de seguridad que implican obligaciones del interno que pueden afectar a derechos civiles, derechos que por afectar al de la libertad restringida, se pueden situar en segundo plano respecto a los principios básicos de seguridad del Centro Penitenciario, considerando a éste último como un ente global y debidamente reglado”.

Los artículos 65¹⁰²⁶ y siguientes son los que desarrollan las medidas de seguridad interior; de acuerdo con estos preceptos son:

- Observación de los internos.
- Recuentos de la población reclusa.
- Registros.
- Cacheos.
- Controles.
- Intervenciones.

¹⁰²⁶ Artículo 65 del RP: “Las actuaciones encaminadas a garantizar la seguridad interior de los establecimientos consistirán en la observación de los internos, los recuentos de población reclusa, los registros, los cacheos, las requisas, los controles, los cambios de celda, la asignación adecuada de destinos y las actividades y cautelas propias de las salidas tanto fuera de los módulos como fuera del establecimiento”.

Los registros se desarrollan en el artículo 68, junto con los cacheos y requisas. Concretamente los apartados 1 y 5 de este precepto señalan: “1. Se llevarán a cabo registros y cacheos de las personas, ropas y enseres de los internos y requisas de las puertas, ventanas, suelos, paredes y techos de las celdas o dormitorios, así como de los locales y dependencias de uso común.

5. De los registros, requisas, cacheos y controles citados se formulará parte escrito, que deberá especificar los cacheos con desnudo integral efectuados, firmado por los funcionarios que lo hayan efectuado y dirigido al Jefe de Servicios”.

La profesora DE VICENTE MARTÍNEZ dice que por registro se entiende “el examen que con el fin de encontrar objetos o sustancias prohibidas por las normas de régimen interior, son sometidas las ropas y enseres que se encuentran en una celda o dependencia”¹⁰²⁷.

Los registros, por tanto, van encaminados tanto a inspeccionar ropas y enseres de los internos como las dependencias, comunes o incluso las celdas. Ahora bien, sólo se pueden realizar de forma excepcional, cuando concurra una causa concreta que lo justifique por motivos de seguridad. En este sentido encontramos el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 1 de Pamplona de 2 de octubre de 2006, que estimó el recurso de un interno por entender que no existía casusa que justificara el registro de la celda: “precisamente dado el carácter tan reducido del ámbito de lo íntimo en una prisión por las características que implica la ejecución de una pena de privación de libertad, se da la especial necesidad de preservar los ámbitos de intimidad no concernidos por la pena o la medida y por su ejecución, y de declarar ilegítimas, como violación de la intimidad y por eso también degradantes aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida de la prisión requiere. Sin embargo, no es un derecho absoluto, como no lo es

¹⁰²⁷ Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Registros y cacheos en el ámbito penitenciario...*cit., pág. 3.

ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionado para alcanzarlo. (...) Es lo que interesa resaltar aquí en relación al caso concreto, sobre la concurrencia de una causa justificativa, deberá recordarse que, obviamente, tal concurrencia o no vendría determinada por la previa existencia de esas posibles causas que en su caso pudieran motivar el registro, concurrencia ex ante y así motivadoras expresas de la orden, y que no pueden en modo alguno venir suplidas por un sobrevenimiento posterior, ex post, efectivo hallazgo de una eventual sustancia u objeto, que nunca podría suplir un registro radicalmente nulo en su origen”.

En este mismo sentido encontramos la STC 89/2006, de 27 de marzo, que concedió el amparo por entender que el registro no estaba debidamente justificado: *“la primera objeción que la demanda formula frente al registro impugnado se refiere a la necesidad del registro en sí, ante la ausencia de una finalidad que justificara la restricción del derecho fundamental a la intimidad que supone el registro. Es cierto, por una parte, que sin tal finalidad faltaría el presupuesto necesario para avalar la constitucionalidad de la medida (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 7; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 10; 11/2006, de 16 de enero, FJ 5), pues la restricción del derecho fundamental no podría obedecer, ya a limine, a la salvaguarda preferente de otro interés constitucional; además, si tal finalidad concurriera pero no fuera «penitenciaria», quedaría impedida la vía específica de limitación legítima de derechos que posibilita el artículo 25.2 CE. Procede también recordar al respecto que tal finalidad no puede justificarse como concurrente con la mera invocación abstracta de un interés general, «al que por definición ha de servir el obrar de la Administración (artículo 103.1 CE), pues bien se comprende, como se ha dicho en la STC 37/1989, fundamento jurídico 7, que si bastara, sin más, la afirmación de ese interés público para justificar el sacrificio del derecho, la garantía constitucional perdería, relativizándose, toda eficacia». En concreto, en relación con un supuesto de restricción de la intimidad de un preso,*

afirmábamos que «lo relevante a los fines de justificar una medida que limita el derecho constitucional reconocido en el artículo 18.1 CE es, por el contrario, que se hubiera constatado por la Administración Penitenciaria que tal medida era necesaria para velar por el orden y la seguridad del establecimiento en atención a la concreta situación de éste o el previo comportamiento del recluso».

Por tanto, no basta motivar la medida basándose en motivos generales de preservar el buen orden y la seguridad, sino que hay que emitir una razón más concreta en atención a las circunstancias específicas del establecimiento o del recluso.

Ahora bien, la legislación penitenciaria no especifica la forma de realizar estos registros, cuestión que ha tenido que ser concretada por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria¹⁰²⁸.

Llegados a este punto conviene recordar que las celdas no tienen la consideración de domicilio constitucionalmente protegido, como se explicó en el capítulo correspondiente al hablar del concepto de domicilio.

Así, por ejemplo, con carácter general no se exige una previa autorización judicial para llevar a cabo registros rutinarios; en cuanto al número de funcionarios que debe estar presente se ha considerado que deben ser dos, por analogía a la regulación prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que analizamos en el capítulo correspondiente; y la necesidad de levantar un acta.

Merece especial atención la cuestión de si el interno ha de estar presente durante el registro¹⁰²⁹. Esta cuestión no ha tenido una respuesta pacífica por parte de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria.

¹⁰²⁸ Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Registros y cacheos en el ámbito penitenciario...cit.*, pág. 5.

¹⁰²⁹ Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Registros y cacheos en el ámbito penitenciario...cit.*, págs. 6 y ss.

Así, hay jueces que consideran que la presencia del interno supone un reforzamiento de las garantías¹⁰³⁰, otros que dicen que es “aconsejable”¹⁰³¹ o que “aporta beneficios”¹⁰³².

Junto con estos pronunciamientos, otros Jueces de Vigilancia Penitenciaria consideran que las razones de seguridad deben primar y por tanto no es necesaria la presencia del recluso durante el registro. A este argumento añaden que, además, ni el artículo 23 de la Ley General Penitenciaria ni los artículos 65 y 68 del Reglamento Penitenciario exigen para

¹⁰³⁰ Vid. Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ciudad Real de 21 de enero de 1991: *“la presencia del interno cacheo de la celda supone sin duda un reforzamiento de la garantía de que esta diligencia se realizará en la forma debida y, sobre todo, conocerá de inmediato qué objetos le son retirados e incluso las razones de esta requisa”*.

¹⁰³¹ Vid. Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ciudad Real de 6 de octubre de 2006: *“no puede sostenerse que el registro de la celda sin la previa citación y presencia del interno, ni infrinja precepto alguno ni menoscabe el respeto a la dignidad de la persona, que es lo único que esencialmente exigen los preceptos invocados, aunque sea aconsejable la presencia del interno, como así fue, para que exista una mínima contradicción en caso de hallazgos que puedan tener consecuencias penales o disciplinarias, contribuyendo a evitar conflictos y denuncias infundadas contra funcionarios y reforzando el valor probatorio de lo, en su caso, encontrado”*.

¹⁰³² Vid. Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Burgos de 25 de octubre de 2005: *“no cabe duda que lo pretendido -y realizado- por la Administración era velar por el orden y seguridad del establecimiento penitenciario, evitando que puedan existir en el mismo -y por tanto con posibilidad de ser usados objetos peligrosos o prohibidos con riesgo evidente para la seguridad del centro o de la salud de las personas. Dicho extremo no se cuestiona, como tampoco la posibilidad de realizarse el registro de la celda. Sí, en cambio, la forma de efectuarlo: es decir, todo acto o resolución que limite derechos fundamentales debe asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido y debe atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halle aquél a quien se le impone, sin olvidarse, por supuesto, de las especiales circunstancias concurrentes. La presencia del interno al tiempo del registro en su celda aporta beneficios tanto para la Institución penitenciaria como para el recurrente: respecto de la primera, la favorece por cuanto garantiza el principio de legalidad evitando quejas -como la presente-, conflictos o posibles reclamaciones (daños,...), así como proporciona garantías para un probable expediente sancionador; respecto del interno, evita su presencia la indefensión. Ello no obsta, en modo alguno, que el centro tome las medidas de seguridad oportunas con respecto al interno para evitar incidencia alguna en el registro que se vaya a efectuar”*.

realizar un registro en el interior de una celda la citación del interno y su presencia durante la práctica¹⁰³³.

En las XVI reuniones celebradas por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria entre 1981 y 2007 llegaron al siguiente acuerdo al respecto de este tema: *“Presencia del interno en los registros en la celda. Salvo supuestos excepcionales, que deberán justificarse, la presencia del interno ha de ser la norma en los registros que se realicen en su celda (Aprobado por mayoría).*

Motivación: Consecuencia del principio celular es que la celda es, si no el domicilio, sí el mayor reducto de intimidad del interno. Intimidad que tutelan las normas penitenciarias (artículo 4, 2, b) y artículo 15.6 del Reglamento). La presencia del interno refuerza el respeto a su dignidad (artículo 23 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), permite una mínima contradicción en caso de hallazgos que pueden tener consecuencias penales o disciplinarias y contribuye a la evitación de conflictos y de denuncias infundadas contra los funcionarios”.

Por su parte, el supremo intérprete de la Constitución ha dicho en la STC 89/2006, de 27 de marzo, que *“ni la celda es domicilio protegido constitucionalmente (por lo que no cabe aplicar la normativa de los registros domiciliarios), ni la presencia de los internos en el registro es obligada (si bien es recomendable)”*.

¹⁰³³ Vid. Auto de la AP de Logroño de 14 de septiembre de 1993, Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 16 de enero de 2001 y Auto de la AP de Córdoba de 12 de noviembre de 2002.

En el mismo sentido el Auto de la AP de Madrid de 2 de abril de 2003 señala que *“el artículo 23 de la Ley Orgánica General Penitenciaria señala, que los registros en las personas de los internos, sus pertenencias y locales que ocupan se efectuaran dentro del respeto a la dignidad de la persona, ello no implica la obligatoriedad de que los reclusos estén presentes en el registro de las celdas, y, a tenor de lo expuesto, el registro así realizado no infringe derecho fundamental alguno del interno”*. No obstante añade que *“procede señalar que tanto para la Administración Penitenciaria como para el interno resulta conveniente su presencia durante el registro, que, por ello, sólo se eludirá (tal y como ha declarado la Audiencia Provincial de Madrid Sección 5ª) cuando sea imprescindible, y, en tal caso, su presencia será sustituida por la de otros testigos (internos) que estén presentes en el cacheo, como medio idóneo para preservar la prueba de la práctica de la diligencia y evitar suspicacias innecesarias”*.

Podemos concluir, que la regulación penitenciaria común sobre los registros es escasa y deja lagunas sin resolver, que han tratado de ser solventadas por los pronunciamientos judiciales. En consecuencia, las celdas no tienen la consideración de domicilio, pero los registros en ellas deben realizarse justificándose en una razón concreta, dentro del respeto a la dignidad de la persona, preservando en la medida de lo posible la intimidad del recluso teniendo en cuenta el criterio de la proporcionalidad y facilitando, en la medida de lo posible, la presencia del interno.

7.3.7. BREVE SÍNTESIS

En conclusión, y de acuerdo con la normativa y la jurisprudencia expuesta, en el ámbito castrense, en líneas generales, podemos encontrarnos ante los siguientes supuestos:

- VIVENDAS MILITARES

Constituyen domicilio de los militares que los ocupan, sea cual sea la tipificación de dichas viviendas.

- RESIDENCIAS MILITARES:

Las habitaciones asignadas a cada usuario gozan de la protección del domicilio.

Respecto a los espacios comunes y demás dependencias, se aplica lo visto respecto de las mismas en el capítulo relativo al concepto de domicilio.

- ALOJAMIENTOS COMPARTIDOS:

Aquí nos encontramos con el supuesto más problemático.

Podemos distinguir, a su vez:

- Alojamiento dividido en módulos compartidos por tres o cuatro residentes.

-Dormitorios comunes (“naves corridas”).

En nuestra opinión en ambos supuestos nos encontraríamos ante lugares subsumibles en el concepto de domicilio por las razones que hemos ido exponiendo.

Para entrar en todos estos lugares, ya sea para realizar una revista, una inspección o un registro en primer lugar se solicitará autorización del titular.

Si el titular consiente, se procederá a la apertura, levantándose acta en la que se consigne tal autorización, las razones del registro, personas intervinientes y resultado del mismo.

Si se niega, se precintará el mueble de que se trate y se solicitará autorización judicial para llevar a cabo el registro. Previamente, el titular podrá retirar los efectos que precise para su vida diaria.

En definitiva, lo que podemos concluir es que en el ámbito militar resultan totalmente aplicables los pronunciamientos del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional sobre qué lugares deben tener la consideración de domicilio protegido. Cuestión distinta es que el derecho a la intimidad domiciliaria, en ocasiones, se vea debilitado en atención a la relación de supremacía especial que une a los miembros de las Fuerzas Armadas con la Administración y a las funciones que tienen asignadas. Resulta claro que deben ponderarse valores como la disciplina, buen orden y seguridad que rigen en el ejército con el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad domiciliaria. Por este motivo, los militares que decidan vivir en alojamientos militares deben respetar la normativa específica de estos y permitir las correspondientes revistas y registros que se realicen en aras a la disciplina y seguridad de las instalaciones militares. Ello no significa que deba prescindirse de los requisitos legales para entrar en el domicilio de un militar, simplemente es que habrá supuestos que justifiquen la entrada en el domicilio de un miembro de las Fuerzas Armadas que no se justificaría si se tratase de un civil, pero los cauces legales deben ser seguidos en todo caso, ya que los bienes que se trata de

preservar (disciplina, jerarquía y seguridad) se salvaguardan igual si se respetan los supuestos previstos en la Constitución de entrada legítima en un domicilio: consentimiento del titular, resolución judicial y flagrante delito.

Por otra parte, también es cierto que la negativa sin un motivo justificado del usuario a permitir la entrada en el alojamiento ante un requerimiento ordenado por la autoridad competente y debidamente motivado podría dar lugar a una infracción de régimen disciplinario prevista en la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas¹⁰³⁴. Así, el artículo 6.12 tipifica como falta leve *“la inexactitud en el cumplimiento de las normas de seguridad y régimen interior”* y el artículo 6.35

¹⁰³⁴ La Ley Orgánica de Régimen Disciplinario separa formalmente los ámbitos sancionadores disciplinario y penal militares. Esta ley regula la responsabilidad disciplinaria de los miembros de las Fuerzas Armadas y su finalidad, expresada en su artículo 1, es garantizar la observancia de las reglas de comportamiento de los militares, en particular la disciplina, la jerarquía y la unidad que, de acuerdo con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, constituyen el código de conducta de los miembros de las Fuerzas Armadas.

De acuerdo con su artículo 2 la Ley de Régimen Disciplinario se aplica a: *“1. Están sujetos a lo dispuesto en esta ley los militares que mantienen una relación de servicios profesionales con las Fuerzas Armadas, mientras no pasen a alguna situación administrativa en la que tengan su condición militar en suspenso.*

2. A los reservistas les será de aplicación cuando se encuentren incorporados a las Fuerzas Armadas.

3. Los alumnos de los centros docentes militares de formación y los aspirantes a la condición de reservistas voluntarios en su periodo de formación militar están sujetos a lo previsto en esta ley. Las infracciones de carácter académico en la enseñanza de formación no están incluidas en el régimen disciplinario militar y se sancionaran de acuerdo con sus normas específicas.

4. Asimismo quedaran sujetos a esta ley quienes pasen a tener cualquier asimilación o consideración militar, de conformidad con la Ley Orgánica reguladora de los estados de alarma, excepción o sitio.”

Dicha ley ha sido recientemente reformada estando actualmente en vigor la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, que entró en vigor el 8 de marzo de 2015. La Exposición de Motivos señala la necesidad de elaborar una ley de reforma y adaptación de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas por *“el mandato de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, que establece como criterios a tener en cuenta la doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre derechos y garantías fundamentales del ejercicio de la potestad disciplinaria en el ámbito militar y la necesaria adaptación a la plena profesionalización de las Fuerzas Armadas, a la presencia de la mujer y a la organización y misiones que les vienen señaladas en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional. Asimismo debe incluir una regulación específica para las unidades y personal destacados en zona de operaciones, en los términos que para éstos contempla el artículo 16 de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional”*.

castiga “*las demás acciones u omisiones que, no estando comprendidas en los apartados anteriores de este artículo, supongan la inobservancia leve o la inexactitud en el cumplimiento de alguna de las obligaciones que señalan la Ley Orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y las demás disposiciones que rigen el estatuto de los militares y el funcionamiento de las Fuerzas Armadas. El precepto infringido debe constar en la resolución sancionadora.*” Las posibles sanciones por falta leve se recogen en el artículo 11: reprensión, sanción económica de uno a siete días y arresto de uno a catorce días¹⁰³⁵.

7.4. LA LEY ORGÁNICA 9/2011, DE DERECHOS Y DEBERES DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS

Finalmente sólo señalar que, en cumplimiento del mandato de la Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional, según las previsiones contenidas en el apartado IX del preámbulo de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, se promulgó la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. Con ello se actualiza la regulación del ejercicio de tales derechos por los miembros de las Fuerzas Armadas, teniendo en cuenta su condición de servidores públicos sometidos a disciplina militar. Señala la Exposición de Motivos que los miembros de las Fuerzas Armadas gozan de los derechos fundamentales y libertades públicas de aplicación general a todos los ciudadanos, y las limitaciones para su ejercicio deben ser proporcionadas y respetuosas con su contenido esencial.

Respecto a la materia objeto de nuestro análisis, es el artículo 10 de dicha ley el que reconoce el derecho a la intimidad y dignidad personal: “*El militar tiene derecho a la intimidad personal. En el ejercicio y salvaguarda de*

¹⁰³⁵ La Administración Militar es la única administración que puede imponer penas privativas de libertad en virtud de lo dispuesto en el artículo 25.3 de la CE: “*la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad*”.

este derecho se tendrán en cuenta las circunstancias en que tengan lugar las operaciones. También tiene derecho al secreto de las comunicaciones y a la inviolabilidad del domicilio, incluido el ubicado dentro de unidades, en los términos establecidos en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico”.

El apartado 2º aborda la cuestión de las revistas e inspecciones: *“Las revistas e inspecciones deberán respetar en todo caso los derechos contenidos en el apartado anterior. Como norma general, el registro personal de los militares, de sus taquillas, efectos y pertenencias que estuvieran en la unidad requerirá el consentimiento del afectado o resolución judicial. No obstante, cuando existan indicios de la comisión de un hecho delictivo o por razones fundadas de salud pública o de seguridad, el jefe de la unidad podrá autorizar tales registros de forma proporcionada y expresamente motivada. Estos registros se realizarán con la asistencia del interesado y en presencia de al menos dos testigos o sólo de éstos, si el interesado debidamente notificado no asistiera”.*

Como podemos observar, esta ley se hace eco de la problemática que hemos abordado respecto a la consideración de domicilio de aquellos alojamientos ubicados en el interior de las Unidades. Ahora bien, no desarrolla tal disposición, lo que puede llevar a seguir interpretando que esta norma no será de aplicación a los alojamientos compartidos, por entender que no son lugares aptos para el desarrollo de la vida privada, como ha venido haciendo la jurisprudencia mayoritaria. En consecuencia, bajo nuestro punto de vista, está dejando esta cuestión en manos de un desarrollo normativo posterior o de la jurisprudencia. Hasta la fecha, no se ha producido ni una cosa, ni la otra.

Respecto a las revistas e inspecciones, consideramos que, dada la trayectoria de la normativa que hemos expuesto, este apartado no soluciona la confusión que en sede de los mandos militares sigue existiendo, quienes pueden llegar a entender que siguen teniendo potestad para ordenar inspecciones y revistas en las instalaciones militares, entre las que pueden

encontrarse lugares que sirvan de alojamiento. Damos aquí por reproducidos los mismos argumentos expresados respecto a la necesidad de contar con el consentimiento del titular o autorización judicial para llevar a cabo tales revistas o inspecciones en el interior de lugares considerados domicilio, aunque sólo impliquen la entrada, ya que de lo contrario podríamos encontrarnos ante un delito de allanamiento. Entendemos que sólo podrán ser ordenadas en la medida que se trate de lugares de uso estrictamente laboral, de lugares comunes dentro de otros más amplios donde existan habitaciones que sirvan de residencia, o de taquillas y armarios destinados exclusivamente a guardar la ropa, material o equipo de los militares y ubicados en lugares de trabajo como vestuarios.

Por tanto, esta ley, en nuestra opinión, supone un importante avance en esta cuestión, habida cuenta que especifica que este derecho es aplicable a los domicilios ubicados en el interior de las Unidades, pero no resuelve la cuestión que más polémica ha causado, que es en relación con la determinación de los alojamientos que deben calificarse como domicilio. Así mismo, a nuestro parecer, no aclara suficientemente el alcance de las normas que pueden dictar los Jefes de las Unidades para llevar a cabo revistas e inspecciones.

La entrada en vigor de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, se produjo el día 1 de octubre de 2011, por lo que todavía no podemos apreciar las consecuencias prácticas de la misma.

Con anterioridad a esta ley, se aprobó la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil. Es en el artículo 5 donde reconoce el derecho a la intimidad y a la vida privada de sus miembros: *“1. Los miembros de la Guardia Civil tienen garantizados los derechos a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, en los términos establecidos en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico. A estos efectos el pabellón que tuviera asignado el Guardia Civil en su unidad se considerará domicilio habitual.*

2. *El jefe de la unidad, centro u órgano donde el Guardia Civil preste sus servicios podrá autorizar, de forma expresamente motivada, el registro personal o de los efectos y pertenencias que estuvieren en los mismos, cuando lo exija la investigación de un hecho delictivo. El registro se realizará con la asistencia del interesado y en presencia de, al menos, un testigo.*

3. *Los datos relativos a los miembros de la Guardia Civil estarán sujetos a la legislación sobre protección de datos de carácter personal”.*

Como podemos observar la redacción del artículo 10 de la Ley Orgánica 9/2011 es prácticamente idéntica al de este precepto, por lo que posiblemente se ha basado en él. Reproducimos, pues, las mismas críticas aquí a las efectuadas al comentar dicho artículo 10.

7.5. REQUISITOS PARA LA ENTRADA Y REGISTRO EN LOS ALOJAMIENTOS MILITARES

Como hemos indicado, el artículo 18.2 de la Constitución, tras declarar que el domicilio es inviolable, determina que ninguna entrada o registro podrá hacerse en domicilio ajeno, salvo en tres supuestos: uno, que el titular del domicilio otorgue su consentimiento a dicha entrada; dos, que exista una resolución judicial autorizando la misma; tres, cuando nos encontremos ante un delito flagrante. Por su parte, el artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal 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”*. El Convenio Europeo de Derechos Humanos desarrolla también en su artículo 8¹⁰³⁶ los casos en que los Poderes Públicos pueden vulnerar la inviolabilidad del domicilio.

¹⁰³⁶ Artículo 8 CEDH: *“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

2. No podrá haber ingerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta ingerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una

Esto ha sido afirmado por la doctrina del Tribunal Constitucional¹⁰³⁷, que señala: “...la norma de interdicción de entrada y de registro sólo admite unas excepciones muy determinadas: el consentimiento del titular, que según el texto del precepto no tiene que ser expreso; la existencia de una resolución judicial que lo autorice; y la producción de un delito flagrante, caso en el cual los perseguidores pueden continuar la persecución del domicilio de la persona afectada.” (STC 22/1984, de 17 de febrero).

Al igual que se ha analizado al hablar de la diligencia de entrada y registro, para entrar de manera legítima en determinados establecimientos militares que deban gozar de la consideración de domicilio, se tendrán que exigir también los requisitos señalados, de los que no está exenta la Administración Militar y que pasamos a recordar someramente, puesto que han sido debidamente desarrollados en el apartado correspondiente: el consentimiento del titular, flagrante delito o autorización judicial.

Vamos a detenernos brevemente en este último supuesto, tratando de determinar, dada la especialidad de la jurisdicción castrense, la autoridad judicial competente para dictar la autorización de entrada y registro.

7.5.1. CONSENTIMIENTO DEL TITULAR

El consentimiento consiste en el permiso de quien corresponda otorgarlo para entrar en la morada¹⁰³⁸. En este caso, en realidad, no se limita el derecho, sino que quien lo tiene lo está ejerciendo¹⁰³⁹.

sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

¹⁰³⁷ Vid. SSTC 22/1984, de 17 de febrero, 160/1991, de 18 de julio y 22/2003, de 10 de febrero.

¹⁰³⁸ El artículo 551 de la LECrim establece que “se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y el registro para que los permita,

Puesto que la autorización es voluntaria se puede retirar en cualquier momento, por lo que si se retira la autorización la permanencia en el domicilio no puede continuar, ya que de lo contrario se conculcaría el derecho a la inviolabilidad.

El titular del alojamiento es quien debe prestar el consentimiento, entendiendo por titular a la persona que ejerza su derecho a la intimidad en el lugar, que será quien habite efectivamente en ese alojamiento militar, tal y como indicábamos al hablar del sujeto pasivo en el delito de allanamiento. En el mismo sentido y tal y como expusimos, en caso de pluralidad de moradores, deben otorgarlo todos, ya que el derecho se ejerce individualmente¹⁰⁴⁰.

De la redacción del artículo 551 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de acuerdo con lo expuesto respecto al requisito del consentimiento al analizar el tipo básico del delito de allanamiento, se admitiría un consentimiento tácito, incluso presunto¹⁰⁴¹.

ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad...".

¹⁰³⁹ El Tribunal Supremo ha definido el consentimiento a estos efectos como “*un estado de ánimo concreto en virtud del cual la persona interesada, accede al registro porque soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente, que ese acto tenga lugar. Se trata en suma de una aprobación, una aquiescencia, un asentimiento, una licencia o una venia que soslaya cualquier otra exigencia procedimental*” (SSTS de 1 de abril de 1996, de 17 de enero de 1997, de 23 de enero de 1998, y de 4 de marzo de 1999).

¹⁰³⁹ Vid. BARRIENTOS PACHO, J.: *Entrada y registro en domicilio particular en La prueba en el proceso penal*, Manuales de Formación Continuada del CGPJ, Madrid, 2000, págs. 306 y ss.

¹⁰⁴⁰ La STS de 14 de noviembre de 2000 señala que “*la titularidad de un derecho constitucional como el de la inviolabilidad del domicilio se extiende a las dos personas que por razones familiares, de hecho o de derecho, convivan bajo un mismo techo. Se afirma que al no permitir la entrada a la patrulla policial la persona que se encontraba en la vivienda, el consentimiento dado por su pareja no habilita la realización de dicha diligencia violentamente, siendo lo más razonable la solicitud por medios urgentes de autorización judicial para ello.*”

¹⁰⁴¹ Esta postura es criticada por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, quien entiende que “*si el sujeto realiza actos exteriores reveladores del consentimiento y no invoca la inviolabilidad constitucional significa que consiente. No obstante, a pesar de su aparente sencillez, la idea subyacente no nos parece aceptable. Los derechos fundamentales no existen o desaparecen en función de que el ciudadano los invoque. Los derechos fundamentales no se rigen por el principio dispositivo. Al contrario, todos los poderes públicos deben respetarlos y defenderlos. Así pues, no es posible aceptar consentimientos tácitos o presuntos*”. Vid. LÓPEZ BARJA DE

Este consentimiento ha de emitirse libremente, esto es, sin vicios que lo invaliden. No será válido si se presta bajo amenaza, intimidación o simple presión psicológica ejercida por el mando militar y que pueda afectar la determinación de una persona¹⁰⁴². Así mismo, es necesario que el interesado haya sido informado de su derecho a negarse a la entrada y debe quedar constancia del mismo.

En síntesis, los requisitos¹⁰⁴³ que debe tener el consentimiento para que la entrada sea legítima se enumeran en la STS de 28 de octubre de 2010, que ya fueron citados y explicados, a saber:

- Otorgado por persona capaz.
- Otorgado consciente y libremente.
- Puede presentarse oralmente o por escrito.
- Debe emitirse expresamente, si bien la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la jurisprudencia admiten el consentimiento presunto.
- Se ha de conceder por el titular del domicilio, titularidad que puede venir de cualquier título legítimo.
- Debe ser otorgado para un asunto concreto, del que tenga conocimiento quien lo presta.
- No es necesaria la presencia del Secretario Judicial.

QUIROGA, J.: *Política criminal y reforma penal, Homenaje a la memoria del profesor Dr. D. Juan del Rosal Fernández*, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1993, pág. 763.

Por su parte, BARRIENTOS PACHO señala que “*tal consentimiento puede presentársenos como expreso y escrito, como ocurrirá en la mayor parte de las ocasiones en que los agentes obtienen directamente la autorización del titular del domicilio, o bien tácito, cuando en ausencia de una constancia documentada del consentimiento, el mismo ha de inferirse de los actos que lleve a cabo el titular del domicilio, fundamentalmente en forma de facilitación de las llaves o acceso al interior del domicilio*”. En este último caso el consentimiento deberá ser inequívoco, y en caso de duda debe resolverse de la forma más favorable a la protección del domicilio. Vid. BARRIENTOS PACHO, J.M.: *Entrada y registro en domicilio particular...cit.*, págs. 306 y ss; CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba penal...cit.*, pág. 1286.

¹⁰⁴² Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Política criminal y reforma penal...cit.*, pág. 763. Indica este autor que no podrá reputarse válido el consentimiento, por ejemplo, si la persona es detenida después de un tiroteo o debido a alguna promesa, como la puesta en libertad.

¹⁰⁴³ Vid. CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba penal...cit.*, págs. 1288 y ss.

7.5.2. DELITO FLAGRANTE

El ya analizado artículo 795.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dice que *“se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al 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 infraganti aquél a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él”*.

En términos generales podemos decir que es aquella situación de sorprender al delincuente en el momento de realizar la acción delictiva o en circunstancias inmediatas a su comisión, pero que se perciben previamente a la entrada en el lugar. No basta con que después de entrar se constate que el delito se está cometiendo, como en los supuestos de tenencia de drogas o armas¹⁰⁴⁴. Esta constatación sobrevenida no justifica una entrada en principio ilegítima. Es necesario que exista una evidencia delictiva, y que dicha evidencia requiera una intervención policial urgente, no bastando, pues las meras sospechas¹⁰⁴⁵.

Las notas que deben concurrir para considerar que estamos ante un delito flagrante, de acuerdo con el ATS de 6 de abril de 2006 y la STS de 28 de octubre de 2010, son las siguientes:

¹⁰⁴⁴ Los delitos contra la salud pública son los que plantean mayores problemas en esta cuestión. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como la STS de 16 de marzo de 2001, no se debe confundir la situación de tenencia de una sustancia estupefaciente como permanencia delictiva, con la flagrancia, que se entiende como un acto concreto que se está cometiendo o se acaba de cometer.

¹⁰⁴⁵ Vid. BARRIENTOS PACHO, J.M.: *Entrada y registro en domicilio particular...cit.*, pág. 308; CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba penal...cit.*, págs. 1310 y ss.

- Inmediatez de acción: que el delito se esté cometiendo o se halla cometido instantes antes.
- Inmediatez personal: presencia del delincuente en relación con el objeto o instrumento del delito. Es decir, que exista evidencia de que se ha cometido el delito y de que el sujeto ha participado en él. Esta evidencia ha de constatarse sensorialmente, sin necesidad de acudir a otros elementos de valoración¹⁰⁴⁶.
- Necesidad urgente de la intervención para evitar la consumación o el agotamiento del delito, o la desaparición de los efectos del mismo.

Respecto a qué debemos entender por delito flagrante a efectos del artículo 18.2 de la Constitución, resulta interesante la STS de 18 de septiembre del 2000, que señala: *“El artículo 18.2 C.E. contiene una rigurosa protección de la inviolabilidad del domicilio, estableciendo tres supuestos taxativos en que procederá la entrada o registro: consentimiento del titular, supuesto de flagrante delito y mediante resolución judicial. Nuestra Constitución, a diferencia de otras, agota en su propio texto, sin remitirse a leyes de desarrollo, las excepciones a la vigencia del derecho y, además, no concibe otra autorización distinta a la judicial, aún en caso de urgencia, lo que revela la íntima relación entre el presente derecho a la inviolabilidad del domicilio y el concerniente a la intimidad personal y familiar del apartado 1º, es decir, la posible colisión de intereses constitucionales y la decisión sobre su preferencia debe ser resuelta preventivamente por el Juez. (S.T.C. 160/1991, 18/7).*

La tantas veces citada STC 341/93, de 18/11, que declara la inconstitucionalidad del artículo 21.2 LOPC (Ley Orgánica de Protección Ciudadana), constituye el punto de partida para definir el alcance de la flagrancia como supuesto verdaderamente excepcional previsto en el artículo 18.2 C.E. en sede de inviolabilidad del domicilio, acudiendo a "la arraigada imagen de la flagrancia como situación fáctica en la que el delincuente es

¹⁰⁴⁶ Vid. STC 341/1993, de 18 de noviembre.

“sorprendido -visto directamente o percibido de otro modo- en el momento de delinquir o, en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito”, no asumiendo como definitivas las formulaciones legales presentes en nuestro ordenamiento hasta la LO 7/88, de 28/12, que suprimió la definición legal incorporada al artículo 779 LECrim., deduciéndose la presencia de las dos siguientes notas: evidencia del delito y urgencia de la intervención policial, cuidándose de matizar que esta última no es por sí sola flagrancia.

Pues bien, dicho alcance también está presente en el lenguaje común, no necesariamente técnico, y, así, el Diccionario de la RAE se refiere a lo flagrante como adjetivo que expresa "que se está ejecutando actualmente", "de tal evidencia que no necesita pruebas" y en flagrante como modo adverbial que quiere decir "en el mismo momento de estarse cometiendo un delito, sin que el autor haya podido huir". El Diccionario del Español actual se refiere a estarse "ejecutando en el momento en que se habla" y a ser "cosa muy evidente e innegable". En síntesis, actualidad e inmediatez del hecho y percepción directa y sensorial del mismo, lo que excluye la sospecha, conjetura, intuición o deducciones basadas en ello.

La jurisprudencia de esta Sala II constata esta línea doctrinal. Entre las más recientes, la de 7/3/00 se refiere a la doble inmediatez temporal y personal, y a la urgente necesidad de intervención inmediata de la policía, bien para poner fin al mal que la infracción conlleva, para detener al delincuente o para aprehender el objeto o los instrumentos del delito. La de 13/3/00 se refiere a delito flagrante como aquél que encierra en sí la prueba de su realización por existir una percepción sensorial directa del hecho delictivo. O la aún más reciente de 9/6/00 que sigue la misma línea. Los supuestos son sustancialmente análogos al presente: agentes policiales en funciones de vigilancia que desde el exterior del domicilio perciben directamente hechos presuntamente delictivos ejecutados en su interior (tráfico de droga).

El sustrato fáctico al que se aplica la flagrancia debe constar en el hecho probado, fruto de la valoración por el tribunal de instancia de las pruebas

practicadas ex artículo 741 LECrim., y de dicha constancia debe partirse para contrastar si se ha respetado o no la norma constitucional invocada (artículo 18.2 C.E.). La modificación de la premisa histórica requiere la apreciación del error de hecho (artículo 849.2 LECrim)".

Es preciso, por tanto, para entrar en un domicilio sin la debida autorización judicial, que la comisión del hecho delictivo sea evidente, es decir, patente y sin precisar deducción alguna, y que la intervención sea absolutamente necesaria.

Junto con esto, y como desarrollamos en el capítulo correspondiente, podemos citar otros supuestos especiales en los que se suspende el derecho a la inviolabilidad de domicilio¹⁰⁴⁷, y que justifican, por tanto, la entrada y registro:

Por un lado, el artículo 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁰⁴⁸ recoge aquellos casos en que los agentes policiales por propia autoridad pueden entrar en un domicilio ajeno.

Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana establece en su artículo 15 que *"1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sólo podrán proceder a la entrada y registro en domicilio en los casos permitidos por la Constitución y en los términos que fijen las Leyes. 2. Será causa legítima suficiente para la entrada en domicilio la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de*

¹⁰⁴⁷ El artículo 53 CE permite regular mediante ley el ejercicio de este derecho, siempre que se respete el contenido esencial. El artículo 55 CE permite suspender este derecho, cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o sitio.

¹⁰⁴⁸ Artículo 553 LECrim: *"Los agentes de policía podrán, asimismo proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa 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, así como al registro que, con ocasión de aquella, se efectúe 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".*

extrema y urgente necesidad. 3. Para la entrada en edificios ocupados por organismos oficiales o entidades públicas, no será preciso el consentimiento de la autoridad o funcionario que los tuviere a su cargo. 4. Cuando por las causas previstas en este artículo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad entren en un domicilio particular, remitirán sin dilación el acta o atestado que instruyan a la autoridad judicial competente”¹⁰⁴⁹.

La Ley Orgánica 4/81, de 21 de Junio, reguladora de los estados de Alarma, Excepción y Sitio, derivados del propio artículo 55 de la Constitución que establece como causa de suspensión del artículo 18.2, la declaración del estado de excepción o de sitio.

En materia de investigación de la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, materia ésta última desarrollada por la Ley Orgánica 4/88, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se permite la entrada y registro en casos de excepcional o urgente necesidad a los lugares donde se oculten o refugien presuntos terroristas o miembros de bandas armadas.

Pero no encontramos ninguna Ley Orgánica en similares términos para las Fuerzas Armadas.

Por tanto, y de acuerdo con los criterios que acabamos de exponer, tan solo estaremos ante un delito flagrante que permita la entrada en un alojamiento militar cuando algún militar perciba que se está cometiendo un hecho delictivo en el interior del alojamiento y su intervención sea urgente y necesaria, no pudiendo esperar a recabar autorización judicial porque de lo contrario se produciría la lesión del bien jurídico protegido.

¹⁰⁴⁹ Cabe remarcar que el artículo 21.1 de la Ley de Protección de Seguridad Ciudadana anterior fue declarado inconstitucional por STC 341/1993, de 10 de diciembre. El Tribunal Constitucional entendió que las expresiones “conocimiento fundado” y “constancia” que servían para justificar aquellos casos en que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del estado podían entrar en un domicilio ajeno, iban más allá de lo que debe entenderse por flagrancia.

El supuesto más problemático, a la par que habitual en el interior de los establecimientos militares, es el de los delitos contra la salud pública; en estos supuestos, tal y como indicamos en el capítulo referente a la entrada y registro en lugar cerrado, tan solo estaría legitimada la entrada en un alojamiento sin el consentimiento de su titular si existiera peligro o riesgo de hacer desaparecer los objetos del delito. Ante la mera sospecha de que se está cometiendo un delito de este tipo en el interior de un alojamiento, el mando militar no estaría legitimado (al igual que no lo están los agentes de policía) para entrar en la habitación sin el consentimiento de su titular, sino que habría que recabar la oportuna autorización judicial y únicamente podría adoptar las medidas necesarias para asegurar los elementos del delito, por ejemplo, bloqueando la entrada a la habitación.

7.5.3. RESOLUCIÓN JUDICIAL

Tal y como se ha expuesto al principio del presente capítulo, la Administración militar se encuentra constitucionalmente inhabilitada por el artículo 18.2 para autorizar la entrada en un domicilio, aunque sea en el ámbito castrense¹⁰⁵⁰; por ello, cuando el titular no presta su consentimiento, será necesaria una resolución judicial habilitante¹⁰⁵¹.

Los artículos 546 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁰⁵² reservan dicha atribución a los jueces y tribunales, tanto para la entrada y

¹⁰⁵⁰ Las órdenes de entrada evacuadas por los mandos militares a las que hemos hecho referencia en el presente capítulo son actos administrativos, que requieren de autorización judicial para ejecutarse en caso de que estemos ante un lugar que tenga la consideración de domicilio.

¹⁰⁵¹ Vid. SSTC 22/1984, de 17 de febrero, 2111/1992, de 30 de noviembre y 189/2004, de 8 de noviembre.

¹⁰⁵² Artículo 546 LECrim.: “El juez o tribunal que conociere de la causa podrá decretar la entrada y registro, de día o de noche, en todos los edificios y lugares públicos, sea cualquiera el territorio en que radiquen, cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación.”

registro en domicilios particulares como para los edificios y lugares públicos previstos en el artículo 547.1.

Por su parte, la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar otorga dicha competencia a los Jueces Togados Militares en el artículo 187¹⁰⁵³. Además, el artículo 185 establece la obligación de avisar a la autoridad o jefe del edificio, dependencia, buque o aeronave donde se vaya a realizar el registro, salvo en aquellos supuestos en que el imputado sea el propio jefe, en cuyo caso, cuando las circunstancias lo permitan, se avisará al superior inmediato. Respecto a esta singularidad del proceso penal militar se ha pronunciado PASCUAL SARRÍA¹⁰⁵⁴, señalando que tal requisito se justifica por las especiales funciones que tienen encomendadas las Fuerzas Armadas, lo que implica el manejo de material sensible, la existencia de zonas de acceso restringido o las medidas de seguridad interna de las Unidades que impiden el acceso al propio personal militar que no se encuentre autorizado por el mando superior.

Esta necesaria comunicación notificando la entrada, por tanto, no puede ser entendida como una limitación a la actuación de la autoridad judicial, sino como una vía para agilizar las actuaciones, removiendo obstáculos que en aras a la seguridad y custodia se pudieran producir, para colaborar y facilitar la labor judicial. Así mismo, a fin de preservar la seguridad, esta comunicación también servirá para que no quede a la vista aquel material clasificado si no fuera objeto de las actuaciones.

El artículo 547.1 establece que tendrán la consideración de lugares públicos “*los que estuvieren destinados a cualquier servicio oficial, militar o civil del Estado, de la Provincia o del Municipio, aunque habiten allí los encargados de dicho servicio o los de la conservación o custodia del edificio o lugar*”.

¹⁰⁵³ Artículo 187 Ley Procesal Militar: “*Podrá el Juez Togado acordar por medio de auto, que será notificado al Fiscal Jurídico Militar, el registro de un domicilio o local, y la retención, apertura y examen de la correspondencia privada, postal, telegráfica o grabada, relacionada con la investigación, que el procesado remitiere o recibiere, si hubiere posibilidad de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante para la causa.*”

¹⁰⁵⁴ Vid. PASCUAL SARRÍA, F.L.: *La entrada y registro en las instalaciones militares...*cit., págs. 109-173.

En ningún caso el Jefe de la Unidad podrá obstaculizar la labor del juez ni impedir la entrada, ya que en este supuesto podría incurrir en un delito contra la administración de justicia militar¹⁰⁵⁵ o de denegación de auxilio a la justicia¹⁰⁵⁶.

Por su parte, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, confiere la competencia para conceder la autorización para la entrada en el domicilio a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo *“siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración Pública”*.

En todo caso, el control corresponde al juez, que debe velar por la salvaguarda del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

Para determinar qué autoridad judicial es la competente en cada caso podemos distinguir los siguientes supuestos ya que, si bien, la entrada siempre va a ser en un alojamiento militar, la causa que motive la entrada va a determinar qué juez será el competente.

Así, por ejemplo, en el supuesto de hecho de la famosa STC 189/2004, de 2 de noviembre, no se trata de un registro, sino de una entrada necesaria para la ejecución forzosa de un acto de la Administración. Cuando nos encontremos ante este tipo de casos, en los que se trata de ejecutar un acto administrativo, la autorización judicial deberá recabarse de los Juzgados Contencioso-Administrativos.

Ahora bien, puede que la necesidad del registro venga provocada por la existencia de indicios de la comisión de un delito, en cuyo caso será necesario acudir a los Jueces del Orden Penal, entre lo que se encuentra el Juez Togado Militar. Aquí, a su vez, podemos distinguir varios casos diferentes:

¹⁰⁵⁵ Artículo 187 del Código Penal Militar.

¹⁰⁵⁶ Artículo 412 del Código Penal.

- Si el registro se solicita porque existen indicios fundados de la comisión de un delito común, como un delito contra la salud pública, será competente el Juez Penal de la Jurisdicción Ordinaria.
- Pero si estamos ante la supuesta comisión de un delito previsto en el Código Penal Militar la competencia corresponderá al Juez Togado. Por tanto, si este juez recibe una solicitud de entrada y registro respecto a un presunto delito de competencia de la Jurisdicción Ordinaria se inhibirá a favor del Juez Instructor competente.
- Finalmente, también puede suceder que ya exista un proceso penal en fase de sumario¹⁰⁵⁷, en cuyo caso, será el Juzgado Togado Militar que conozca de la causa el que mediante autor acuerde la entrada y registro¹⁰⁵⁸, siempre que lo estime necesario para esclarecer los hechos y no pueda conseguirlo por otros medios más garantistas de los derechos fundamentales.

Esta previa autorización judicial para la entrada y registro tiene por objeto garantizar la protección del derecho mediante el análisis de las razones que justifican su limitación, a fin de evitar arbitrariedades o intromisiones abusivas de la intimidad.

El Auto en el que se acuerde tal medida debe reunir los requisitos de validez, sustanciales y de forma necesarios, tal y como lo ha reconocido la STS de 12 de noviembre de 2005, de la Sala 5ª, que señala: *“el Auto acordando la entrada y registro reúne los requisitos de validez, sustanciales y de forma necesarios para justificar la intromisión en el ámbito de la intimidad que representa la entrada en el domicilio de una persona sometida a investigación judicial por hechos susceptibles de ser calificados como delitos graves sin que*

¹⁰⁵⁷ Artículo 146 Ley Procesal Militar: *“El sumario está constituido por las actuaciones y diligencias encaminadas al esclarecimiento y comprobación del delito, determinación de responsabilidades exigibles y adopción de medidas precautorias respecto a la persona y bienes del presunto culpable”*.

¹⁰⁵⁸ Artículo 187 Ley Procesal Militar.

pueda sostenerse que exista el derecho a que tal medida se acuerde siempre que el juez predeterminado y ello por las características propias de la instrucción penal, en el curso de la cual no cabe excluir la aparición de nuevos hechos punibles que alteren el inicial objeto del proceso”.

La resolución judicial debe adoptar la forma de Auto, que ha de estar motivado. Esta motivación no ha de ser genérica, sino específica y concreta¹⁰⁵⁹, justificando esta medida de acuerdo con el principio de proporcionalidad¹⁰⁶⁰.

Esto es, no es necesario que sea exhaustivo, pero sí que se acredite la necesidad de la entrada de manera que el juicio de proporcionalidad justifique la lesión del derecho fundamental. En este sentido, podemos encontrar Autos de los Juzgados Togados Militares territoriales denegando la entrada y registro por entender que la medida no es necesaria y no se respeta el principio de proporcionalidad, ya que existe posibilidad de sustituirla por otra menos grave.

Además, tiene que fijar lo más concretamente posible el contenido de la diligencia. Si durante el desarrollo del registro se encuentran hechos nuevos, deberá ponerse en conocimiento del juez, quien decidirá si extiende el mandato judicial y amplía el objeto del registro.

¹⁰⁵⁹ El Tribunal Constitucional, en la STC 14/2001, de 29 de enero, aclara que la motivación, para ser suficiente: *“debe aportar los elementos que permitan posteriormente realizar el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo”.*

¹⁰⁶⁰ Señala LÓPEZ BARJA DE QUIROGA que la resolución deberá indicar *“cuáles son los indicios en los que se basa y el razonamiento lógico que lleva a aceptar que la entrada y registro es necesaria, alejando así toda sombra de arbitrariedad. Evidentemente, la medida, en cuanto supone una injerencia en un derecho fundamental, habrá de ser proporcionada a lo que de ella se espera obtener.”*

En el mismo sentido afirma BARRIENTOS PACHO que un Auto falto de motivación o con motivación deficiente, según la doctrina constitucional *“ocasiona la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio debido a la ausencia de proporcionalidad del registro autorizado y vicia con nulidad todos los actos de ejecución de la orden judicial y los que de ella deriven”* (SSTC 8/2000 y 240/1999). Vid. BARRIENTOS PACHO, J.M.: *Entrada y registro en domicilio particular...cit.*, pág. 311.

El juez deberá comprobar que el fin perseguido es constitucionalmente legítimo, de justificada preeminencia sobre el que garantiza la inviolabilidad del domicilio, y que no existe otra vía menos lesiva¹⁰⁶¹.

Este Auto deberá indicar con precisión el lugar o edificio que ha de ser objeto de entrada, así como el tiempo y la autoridad o funcionario que lo deba llevar a cabo¹⁰⁶².

Los datos que necesariamente debe contener son los siguientes¹⁰⁶³:

- Ubicación del alojamiento que tiene la consideración de domicilio.
- Identidad del titular o titulares del mismo.
- Momento y tiempo para llevarlo a cabo.
- Los efectos para los que se autoriza la entrada.

Tal y como dispone el artículo 566 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se tiene que notificar al militar titular o titulares del domicilio afectado. Si no se hallase, a la persona de mayor edad que se encontrara en el domicilio, y si no se encontrase nadie, se hará constar la incidencia con la firma de los vecinos¹⁰⁶⁴, que en el caso de las residencias militares podrán ser los alojados en las habitaciones aledañas.

En cuanto al tiempo, la entrada puede realizarse tanto de día como de noche¹⁰⁶⁵, con la única limitación de que, para que se realice de noche, ha de

¹⁰⁶¹ Vid. BARRIENTOS PACHO, J.M.: *Entrada y registro en domicilio particular...*cit., pág. 309.

¹⁰⁶² Artículo 558 LECrim.: “El auto de entrada y registro en el domicilio de un particular será siempre fundado, y el juez expresará en él concretamente el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse, si tendrá lugar tan solo de día y la autoridad o funcionario que los haya de practicar”.

¹⁰⁶³ Vid. MAGRO SERVET, V.: *Casuística sobre el concepto penal de domicilio en la diligencia de entrada y registro...*cit., pág. 1769; BARRIENTOS PACHO, J.M.: *Entrada y registro en domicilio particular...*cit., pág. 311; CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba penal...*cit., págs. 1249 y ss.

¹⁰⁶⁴ Vid. BARRIENTOS PACHO, J.M.: *Entrada y registro en domicilio particular...*cit., pág. 315.

¹⁰⁶⁵ Artículo 546 LECrim.: “El juez o tribunal que conociere de la causa podrá decretar la entrada y registro, de día o de noche...”.

existir una razón de urgencia que lo justifique¹⁰⁶⁶. Así, el artículo 570 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que *“cuando el registro se practique en el domicilio de un particular y expire el día sin haberse terminado, el que lo haga requerirá al interesado o a su representante, si estuviere presente, para que permita la continuación durante la noche. Si se opusiese, se suspenderá la diligencia, salvo lo dispuesto en los artículos 546 y 550, cerrando y sellando el local o los muebles en que hubiere de continuarse, en cuanto esta precaución se considere necesaria para evitar la fuga de la persona o la sustracción de las cosas que se buscaren”*.

El lugar es el domicilio. Nos remitimos aquí íntegramente al capítulo dedicado a la noción de domicilio.

Finalmente, las personas¹⁰⁶⁷ que intervienen en la diligencia de entrada son:

- El Juez: la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la redacción de los artículos relativos a la entrada y registro, parece suponer que el juez que dicta el Auto deberá estar presente durante la ejecución de la misma. Ahora bien, estos mismos artículos también reflejan la idea de que esté presente un “delegado”, que puede ser otro juez, cualquier autoridad o agente de la policía judicial, si bien no especifica quién debe ser ni cómo se debe nombrar¹⁰⁶⁸.
- El titular del domicilio: si no pudiera, podrá nombrar un representante. Si no lo hiciera, deberá estar presente un individuo de la familia mayor de edad o dos testigos.
- Testigos: podrían ser miembros de la policía militar.

¹⁰⁶⁶ Artículo 550 LECrim.: *“Podrá asimismo el Juez Instructor ordenar en los casos indicados en el artículo 546 la entrada y registro, de día o de noche, si la urgencia lo hiciere necesario...”*.

¹⁰⁶⁷ Vid. BARRIENTOS PACHO, J.M.: *Entrada y registro en domicilio particular...cit.*, págs. 314 y ss.

¹⁰⁶⁸ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Política criminal y reforma penal...cit.*, págs. 771 y ss.

- Funcionarios de policía.
- Secretario Judicial: el artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que el registro se hará en presencia del Secretario, que también puede ser sustituido, como indicamos.

En caso de que no haya resolución judicial o ésta sea insuficiente por faltar alguno de los requisitos expuestos, se lesionaría el derecho a la inviolabilidad del domicilio¹⁰⁶⁹ y serían nulos todos los actos que se deriven de la entrada y registro efectuado sin la correspondiente autorización judicial¹⁰⁷⁰, además de poderse exigir las correspondientes responsabilidades penales. Ahora bien, este extremo no debe confundirse con la existencia de irregularidades concretas que hayan podido producirse en la práctica de la diligencia, ya que en este caso los defectos sólo afectarán a la validez y eficacia de los medios de prueba, sin trascender a la esfera de la constitucionalidad. Estas irregularidades se mueven en el plano de la legalidad ordinaria, y sus efectos se producen exclusivamente en el ámbito de la validez y eficacia de los medios de prueba; así mismo, estos efectos no se extienden a las pruebas derivadas de éstas¹⁰⁷¹.

7.6. CONSECUENCIAS DE UNA ENTRADA ILEGÍTIMA

Dada la complejidad del tema, podemos encontrarnos ante entradas y registros llevadas a cabo por miembros de las Fuerzas Armadas en alojamientos militares que tengan la consideración de domicilio fuera de los supuestos previstos en el artículo 18.2 de la Constitución.

¹⁰⁶⁹ La ausencia de este requisito daría lugar a la valoración del acto de entrada y registro como una prueba ilegalmente obtenida por vulneración de derechos fundamentales y, por tanto, conforme al artículo 11.1 de la LOPJ, no podría surtir efecto alguno.

¹⁰⁷⁰ Vid. MAGRO SERVET, V.: *Casuística sobre el concepto penal de domicilio en la diligencia de entrada y registro...*cit., pág. 1769.

¹⁰⁷¹ Vid. BARRIENTOS PACHO, J.M.: *Entrada y registro en domicilio particular...*cit., págs. 320 y ss.

En primer lugar, las pruebas que se obtengan serán nulas. Para que la diligencia de entrada y registro tenga el valor de prueba preconstituida es necesario que se hayan recogido con estricto respeto a los derechos fundamentales, con intervención de la autoridad judicial y posibilidad de contradicción, y respetando los derechos de defensa.

Tal y como indica el Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona, JESUS MARÍA BARRIENTOS PACHO, “...*toda actividad investigadora, tanto policial como judicial, en cuyo desarrollo tenga lugar la recogida de pruebas que pretendan ser utilizadas en el definitivo enjuiciamiento como elemento incriminatorio, si las mismas proceden del ámbito domiciliario de la persona, han de partir del conocimiento y observancia inexcusables de un principio rector de formulación constitucional y rango fundamental, en función del cual el domicilio de las personas es inviolable, tal y como así resulta proclamado en el artículo 18.2 de la Constitución...*”¹⁰⁷². Por tanto, dada la especial protección que recibe el domicilio en la Constitución, cualquier invasión del mismo, incluso en el seno de una investigación delictiva, está sometida a unos rigurosos criterios de validez.

En consecuencia, no podrán valorarse ni las pruebas obtenidas directamente del registro, ni las que puedan derivarse como consecuencia de éstas¹⁰⁷³ y respecto de las cuales pueda establecerse una conexión de antijuridicidad¹⁰⁷⁴. La nulidad afecta a todo el acervo probatorio nacido de la diligencia del registro. Esto es lo que se llama la famosa doctrina de los “frutos del árbol envenenado”¹⁰⁷⁵, que ya ha sido comentada en el capítulo correspondiente.

¹⁰⁷² Vid. BARRIENTOS PACHO, J.M.: *Entrada y registro en domicilio particular en La prueba en el proceso penal...*cit., págs. 300 y ss.

¹⁰⁷³ El artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prohíbe valorar las “...*pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”.

¹⁰⁷⁴ Vid. BARRIENTOS PACHO, J.M.: *Entrada y registro en domicilio particular...*cit., págs. 320 y ss.

¹⁰⁷⁵ Vid. CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba penal...*cit., págs. 1272 y ss.

En este caso cabría apreciar un delito de allanamiento de morada del código penal común, ya que el Código Penal Militar no prevé este tipo de conductas. Como analizaremos en el siguiente capítulo, el código castrense tipifica un delito de allanamiento de base militar, donde lo que se protege no es la intimidad domiciliaria, sino la seguridad y la defensa nacional. Por tanto, si nos encontramos ante un supuesto en el cual un militar entra o registra un domicilio de otro, estaría incurriendo en un delito de allanamiento de morada. Se aplicaría el tipo cualificado del artículo 204 del código penal, ya que los miembros de las Fuerzas Armadas son funcionarios públicos.

Como hemos visto al analizar este tipo penal, es irrelevante que tal hecho se produzca por desconocimiento de la legislación y la persona que lo cometa crea que está amparada por el cumplimiento de una orden, ya que el allanamiento no requiere un dolo específico de atentar contra la intimidad, por lo que basta con la entrada en un domicilio fuera de los casos permitidos por la ley. Ahora bien, podemos plantearnos la existencia de una eximente o una atenuante. Al respecto, el artículo 21 del Código Penal Militar establece que *“serán de aplicación las causas eximentes de la responsabilidad criminal previstas en el código penal. No se estimará como eximente ni atenuante el obrar en virtud de obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes o usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución”*. De acuerdo con el presente artículo, en principio, y en términos generales, no cabría ni eximente ni atenuante. No obstante, al hablar este precepto de actos que sean “manifiestamente contrarios”, puede entenderse que en caso de que la orden no sea manifiestamente constitutiva de delito, sí podría aplicarse esta circunstancia¹⁰⁷⁶. Ahora bien, no se puede establecer que en nuestro sistema penal existan mandatos antijurídicos obligatorios, tampoco en el ámbito

¹⁰⁷⁶ Vid. BLECUA FRAGA, R., RODRÍGUEZ VILLASANTE, J.L.: *Comentarios al Código Penal Militar*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 419 y ss.

castrense¹⁰⁷⁷, ya que ello en un estado de derecho resulta antinómico y contradictorio. Por tanto, hemos de distinguir diversos supuestos.

Si la acción es consecuencia de una orden legítima sí estaría justificada por el cumplimiento de un deber. Por ejemplo, si estamos ante una situación que pueda calificarse de delito flagrante.

El problema es cuando nos encontramos ante mandatos que no evidenciando ilicitud conducen a la ejecución de un delito. Este supuesto en la materia objeto de análisis es relativamente fácil de apreciar, ya que en muchas ocasiones a los miembros de las Fuerzas Armadas no les queda clara la regulación sobre la misma. Como acabamos de apuntar, no existe obligación de acatar la orden ilícita, aunque tenga apariencia de licitud¹⁰⁷⁸, por lo que en este caso la conducta no estaría amparada por una causa de justificación, sino de exculpación, con base en el error, que debe tener unos márgenes más amplios que en otras esferas¹⁰⁷⁹. En efecto, la obediencia no puede, en ningún caso, justificar conductas delictivas derivadas del cumplimiento de órdenes ilícitas no evidentes, pero sí existen argumentos para exculparlas. En primer lugar, en base a las exigencias propias de la estructura y funcionamiento de las Fuerzas Armadas y en atención a las misiones que deben cumplir, la obediencia del inferior ha de ser pronta y exacta, siendo necesaria además la confianza en el superior y el hábito de obedecer. Además el subordinado no tiene el deber de examinar la juridicidad de la conducta que le es ordenada. Si bien es cierto que si la orden es manifiestamente ilegal o se percata de ello no tiene obligación de cumplirla, en muchas ocasiones al subordinado le pueden faltar los elementos de juicio necesarios para juzgar la ilicitud.

¹⁰⁷⁷ Vid. COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 485 y ss; BLECUA FRAGA, R., RODRÍGUEZ VILLASANTE, J.L.: *Comentarios al Código Penal Militar...cit.*, págs. 420 y ss; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: *La obediencia debida en el Derecho Penal Militar*, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 3, Madrid, 1957, págs. 33 y 34.

¹⁰⁷⁸ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: *La obediencia debida en el Derecho Penal Militar...cit.*, pág. 74.

¹⁰⁷⁹ Vid. BLECUA FRAGA, R., RODRÍGUEZ VILLASANTE, J.L.: *Comentarios al Código Penal Militar...cit.*, pág. 420.

Por tanto, cabría aplicar el error en algunos supuestos. Por ejemplo, si el autor considera que el lugar no tiene la consideración de morada, sería error de tipo¹⁰⁸⁰. Si cree que está obrando legalmente y no es así, sería error de prohibición; esto es, si el militar cree que concurre una causa de justificación (cumplimiento de un deber, si obedece una orden, o ejercicio legítimo de derecho...), en este caso sería un error de prohibición, con pena inferior si es vencible en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 del código penal.

A su vez, y dentro de esta circunstancia, podemos a grandes rasgos, distinguir los siguientes casos cuando estemos ante el cumplimiento de una orden. Puede que el superior sepa que es ilícita pero el inferior crea en su licitud; aquí el superior respondería como autor mediato, y al inferior podría aplicársele el error. Si el superior cree que la orden está justificada y arrastra en su equivocación al inferior, se apreciaría que concurre error de prohibición.

Finalmente, sólo apuntar que si se da el caso de que el superior cree en la licitud de la orden pero al subordinado le consta la ilicitud, CALDERÓN SUSÍN apunta que puede llegar a entenderse que no existe responsabilidad si apreciásemos que hay coacción y que al inferior le puede venir un mal igual o mayor que el que se produce por cumplir el mandato¹⁰⁸¹.

Por otra parte no podemos olvidar la ya aludida Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, ya que esta ley prevé como falta disciplinaria grave en su artículo 7.31 *“el incumplimiento de las normas y procedimientos que regulan los registros personales de los*

¹⁰⁸⁰ A partir de la teoría restringida de la culpabilidad, mayoritaria en la doctrina española, quien se equivoca respecto a una circunstancia de la que depende el injusto de su conducta no sabe lo que hace y obra sin dolo. *Vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *El error sobre elementos normativos del tipo penal...*cit., págs. 170 y ss.

¹⁰⁸¹ *Vid.* BLECUA FRAGA, R., RODRÍGUEZ VILLASANTE, J.L.: *Comentarios al Código Penal Militar...*cit., pág. 425.

*militares y las revistas, inspecciones y registros de sus taquillas, efectos y pertenencias*¹⁰⁸².

Las Orientaciones para la aplicación de esta ley publicadas en la intranet del Ministerio de Defensa, respecto a esta falta aclaran que *“el derecho a la intimidad personal del militar y a la inviolabilidad del domicilio se reconoce en el ámbito castrense en el artículo 10 de la Ley Orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. El militar tiene derecho a la intimidad personal y tiene derecho a la inviolabilidad del domicilio, incluido el ubicado dentro de unidades, en los términos establecidos en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico. En el tipo se sanciona el incumplimiento de la normativa y procedimientos que regulan los registros personales, las revistas e inspecciones. El procedimiento se regula en la Ley Orgánica de derechos y deberes, señalando que como norma general, el registro personal de los militares, de sus taquillas, efectos y pertenencias que estuvieren en la unidad requerirá del consentimiento del afectado o resolución judicial. No obstante, cuando existan indicios de la comisión de un hecho delictivo o por razones fundadas de salud pública o de seguridad, el jefe de la unidad podrá autorizar tales registros de forma proporcionada y expresamente motivada. Estos registros se realizarán con la asistencia del interesado y en presencia de al menos dos testigos o sólo de éstos, si el interesado debidamente notificado no asistiera”*.

Así mismo se establece la concordancia de este artículo, estableciéndose que debe relacionarse con los artículos 18. 1 y 2 CE, 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 204 y 534 del código penal, 187 LPM, 546 LECrim; 40 y 41 CC; y 6.1 regla 5ª y 10 Ley Orgánica de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

¹⁰⁸² Esta falta puede sancionarse con sanción económica de ocho a quince días, arresto de quince a treinta días o pérdida de destino, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11.2 de la referida ley.

Por tanto, tendremos que analizar el caso concreto, y ver si los hechos son subsumibles en un delito de allanamiento de morada, en cuyo caso se castigaría la conducta conforme al código penal, de acuerdo con lo que hemos expuesto en los párrafos precedentes. Si la conducta no integrase el tipo penal, estaríamos ante una falta grave, que deberá sancionarse conforme a lo dispuesto en la Ley de Régimen Disciplinario.

Merece hacer ahora una pequeña reflexión para resolver la siguiente cuestión: en caso de que el hecho se tipifique y castigue como delito de allanamiento de morada, ¿cabría también sancionarlo como falta grave de la Ley de Régimen Disciplinario? Esto es, ¿cabría doble sanción?

Pues bien, el artículo 3 de la Ley Disciplinaria Militar prevé que *“el régimen disciplinario regulado en esta ley se entiende sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal en la que puedan incurrir los miembros de las Fuerzas Armadas, así como del ejercicio de las potestades disciplinarias judiciales, que se harán efectivas en la forma prevista por las normas que las regulan”*.

Esto no supone la vulneración del principio *non bis in idem*, tal y como se recoge en la Exposición de Motivos y en el artículo 4 de la Ley, puesto que sólo podrá recaer sanción penal y disciplinaria sobre los mismos hechos cuando no hubiere identidad del bien jurídico protegido. Y, en todo caso, se reconoce que la declaración de hechos probados contenida en una resolución judicial vinculará a la Administración.

El artículo 4 dispone lo siguiente: *“1. La iniciación de un procedimiento penal no impedirá la incoación y tramitación de expedientes disciplinarios por los mismos hechos. No obstante, la resolución definitiva del expediente sólo se podrá producir cuando fuese firme la dictada en aquel procedimiento, cuya declaración de hechos probados vinculará a la Administración.*

2. Sólo podrá recaer sanción penal y disciplinaria sobre los mismos hechos cuando no hubiere identidad de bien jurídico protegido.

3. *El tiempo transcurrido desde el inicio de un procedimiento penal hasta la comunicación a la autoridad disciplinaria de su resolución firme no se computará para la prescripción de la infracción disciplinaria*".

La STC 234/1991, de 10 de diciembre, se pronuncia sobre la vulneración del *principio non bis in idem*. Dice el Tribunal Constitucional que para que exista violación del principio *non bis in idem* es necesario que las dos sanciones recaigan sobre el mismo sujeto y tengan el mismo objeto y el mismo fundamento, en ningún caso puede entenderse que la dualidad de normas implica la existencia de dos distintos fundamentos. Y aclara que *"para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado. (...) Para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección"*.

En el caso de que nos encontrásemos ante un delito de allanamiento de morada, entendemos que sí existiría identidad de bien jurídico protegido, ya que lo que se protege con esta falta disciplinaria prevista en el artículo 7.31 es, sin duda, la intimidad personal y la inviolabilidad del domicilio del militar, no pudiendo entender, a nuestro juicio, que lo que se proteja sea la disciplina o la imagen de las Fuerzas Armadas, o la seguridad y la defensa nacional, como sí ocurre en otros tipos disciplinarios.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que se tipifica como falta muy grave en el artículo 8.14 *"haber sido condenado por sentencia firme en aplicación de leyes distintas al Código Penal Militar, a pena de prisión por un delito doloso o a pena de prisión superior a un año por delito cometido por imprudencia, en cualquiera de los casos cuando afecte al servicio, a la imagen*

pública de las Fuerzas Armadas, a la dignidad militar o cause daño a la Administración". Por tanto, y con independencia de lo anterior, si un militar es condenado a pena de prisión por un delito de allanamiento de morada por entrar en un alojamiento que tenga la consideración de domicilio, en este caso sí podrá ser sancionado puesto que el bien jurídico protegido en este caso es la imagen pública de las Fuerzas Armadas, la dignidad militar y la integridad de la Administración, mientras que en el allanamiento de morada es la intimidad domiciliaria¹⁰⁸³. Al no existir identidad de bien jurídico protegido sí será posible la doble sanción. Esta falta puede acarrear la baja en el ejército, ya que de acuerdo con el artículo 11, las posibles sanciones por falta grave son¹⁰⁸⁴:

¹⁰⁸³ Respecto as la vulneración del principio *non bis in idem* para esta falta en concreto es interesante reseñar la STS de la Sala de lo Militar de 22 de noviembre de 2012, donde se señala: *"es constante jurisprudencia de esta sala (por todas las sentencias de fecha 21 de diciembre de 1988; 15 de septiembre y 18 de diciembre de 1989; 19 de diciembre de 1991; 23 de junio y 13 de julio de 1992 y 27 de junio de 1997; 19 de septiembre de 2000; 15 de enero de 2001 y 12 de junio de 2000; que la causa de incoación de esta clase de expedientes gubernativos y, por tanto, de la imposición, en su caso, de una sanción disciplinaria, no son los hechos que dieron lugar al procedimiento penal sino, precisamente, la sentencia firme condenatoria en aplicación de disposiciones distintas del Código Penal Militar por un delito cometido con dolo que lleve aparejada la pena de prisión. Y ello es así porque el legislador disciplinario entiende que, en virtud de la relación de especial sujeción que une a los militares con el estado, y como consecuencia de los específicos deberes y obligaciones que se derivan de la pertenencia a las Fuerzas Armadas, además de la pena que por el hecho delictivo corresponde, que es consecuencia de la responsabilidad contraída frente a la sociedad en general, la propia declaración judicial de que los hechos que se estiman probados son constitutivos de un ilícito penal con trascendencia delictiva da lugar a que emerja una responsabilidad de otro carácter, en este caso disciplinaria, que tiene su razón de ser en ese plus de moralidad y eticidad a que retiradamente se ha referido la citada sala y que es exigible a todo militar en razón a las propias disposiciones contenidas en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, anteriormente en las aprobadas por la Ley 85/1978 y actualmente por el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, que consagran el sentimiento del honor y la recta conciencia, es decir, la honradez, como virtudes propias de todos los militares, y les impone el deber de velar por el prestigio de la colectividad militar y por el suyo propio, en cuanto miembro de ella."*

¹⁰⁸⁴ A la hora de aplicar una u otra sanción, se deberá atender a los criterios de individualización y proporcionalidad de las sanciones, previstos en el artículo 22 de la Ley Orgánica 8/2014, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas: *"1. La imposición de las sanciones disciplinarias se individualizará conforme al principio de proporcionalidad, guardando la debida adecuación con la entidad y circunstancias de la infracción, las que correspondan a los responsables, la forma y grado de culpabilidad del infractor y los factores que afecten o puedan afectar a la disciplina y al interés del servicio, así como la reiteración de la conducta sancionable, siempre que no se hayan tenido en cuenta por la ley al describir la infracción"*

arresto de treinta y uno a sesenta días, suspensión de empleo, separación del servicio o resolución de compromiso.

Indican las Orientaciones para la aplicación de la ley a las que no hemos referido antes que *“según señala la jurisprudencia¹⁰⁸⁵, la condena penal por delito puede constituir la falta muy grave (antes causa de sanción disciplinaria extraordinaria), siempre que afecte al servicio, a la imagen pública de las FAS, a la dignidad militar, o cause grave daño a la Administración, resultando indiferente que la pena impuesta sea grave, menos grave o leve (artículo 33 CP) siempre y cuando sea dolosa; requiriendo la imposición de una pena*

disciplinaria, ni sean de tal manera inherentes a la falta que sin la concurrencia de ellos no podría cometerse.

2. La condición de alumno y el desarrollo de sus actividades en centros docentes militares de formación y en otras unidades, centros u organismos donde se encuentren completando su formación, serán tenidos especialmente en consideración en la aplicación de los preceptos de esta ley, teniendo en cuenta el valor formativo de las advertencias o amonestaciones verbales.

3. La sanción de arresto prevista en la presente ley para las faltas leves sólo podrá imponerse cuando se haya visto afectada la disciplina o las reglas esenciales que definen el comportamiento de los miembros de las Fuerzas Armadas. La resolución sancionadora deberá ser motivada.”

Respecto a esta falta, ha señalado la Sala 5ª del Tribunal Supremo que *“resultaran determinantes en el ámbito de las Fuerzas Armadas para escoger, entre las diferentes sanciones que ofrezca la norma sancionadora, los criterios que ofrece el artículo 6 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, que regula su régimen disciplinario, y que establece que “las sanciones que se impongan en el ejercicio de la potestad disciplinaria militar guardaran proporción con los hechos que las motiven y se individualizaran atendiendo a las circunstancias que concurren en los autores y a las que afecten o pueda afectar al interés del servicio”. Y en este caso, cuando la condena penal por delito trasciende al ámbito disciplinario y la base del reproche reside en la afectación de los deberes de honradez y probidad, exigibles a los miembros de las Fuerzas Armadas por su condición de militares, resulta evidente que para elegir la sanción a imponer resultan decisivas la naturaleza y la gravedad del delito y de los hechos que dieron lugar a la condena”.*

Como se puede ver esta sentencia es sobre un caso enjuiciado conforme a la Ley Disciplinaria anterior, ya que todavía no hay jurisprudencia referente a la nueva ley, pero puesto que la redacción de los artículos a los que se refiere esta sentencia es prácticamente igual, entendemos que resulta válido el criterio jurisprudencial expuesto.

¹⁰⁸⁵ La Sentencia del Tribunal Militar Central de 1 de febrero de 1999 señala que *“pena y sanción disciplinaria no se encuentran en una relación jerárquica de mayor a menor gravedad, sino que tutelan y persiguen objetivos diversos, por lo que es perfectamente posible que la represión causada por la vía administrativa suponga un mayor contenido aflictivo que la impuesta en la vía penal. (...) La proporcionalidad de la sanción no viene determinada por los hechos delictivos sancionados en la sentencia penal, sino por la condena en sentencia firme.”*

superior a un año de prisión si es por delito culposo (artículo 12 CP). Para determinar si el delito afectó o causó daño, será necesario valorar la clase de delito y el relato de hechos probados de la sentencia penal desde la perspectiva disciplinaria. Deberá de ser una condena por delito que no sea del Código Penal Militar. No se conculca el principio que prohíbe el bis in ídem, la doble sanción por unos mismos hechos, por lo que no se impide la imposición de una sanción disciplinaria con base en una condena penal.”

Los elementos necesarios para apreciar esta falta son, en conclusión, los siguientes:

1. Lo primero que se exige es que se trate de una condena por sentencia firme, esto es, que la condena dictada sea jurídicamente inatacable, bien por no haberse interpuesto recurso en plazo, bien por haberse agotado esta vía.
2. Que la sentencia se haya dictado en aplicación de disposiciones distintas al Código Penal Militar, es decir, por aplicación del código penal común u otras leyes penales especiales, como es el caso del delito de allanamiento de morada. La razón estriba en que cuando la sentencia se imponga por aplicación del Código Penal Militar, el órgano jurisdiccional castrense aplicará las penas accesorias y demás efectos que imponga la pena principal.
3. Que se trate de condena impuesta por delito cometido con dolo y la pena sea de prisión, o delito cometido por imprudencia y la pena sea superior a un año de prisión.
4. Finalmente se exige que el hecho afecte al servicio, a la imagen pública de las Fuerzas Armadas, a la dignidad militar o cause daño a

la Administración. Esto es una novedad de la ley, ya que la redacción anterior de esta falta no contenía esta coletilla¹⁰⁸⁶.

Por lo que respecta a la Guardia Civil, la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil también señala como falta muy grave en el artículo 7.13 *“cometer un delito doloso condenado por sentencia firme, relacionado con el servicio, o cualquier otro delito que cause grave daño a la Administración, a los ciudadanos o a las entidades con personalidad jurídica”*. Las sanciones que pueden imponerse por la comisión de falta muy grave, de acuerdo con el artículo 11, son la separación del servicio, la suspensión de empleo desde tres meses y un día hasta un máximo de seis años y la pérdida de puestos en el escalafón.

El régimen disciplinario de la Guardia Civil no prevé ninguna falta disciplinaria relativa al incumplimiento de las normas que regulan los registros, aunque sí lo hace para el supuesto de instalación y utilización de videocámaras o medios técnicos análogos de captación de imágenes¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸⁶ El artículo 17.6 de la Ley de Régimen Disciplinario anterior estaba redactado de la siguiente manera: *“Haber sido condenado por sentencia firme en aplicación de disposiciones distintas al Código Penal Militar, por un delito cometido con dolo que lleve aparejada la pena de prisión o cuando la condena fuera superior a un año de prisión, si hubiese sido cometido por imprudencia.”*

¹⁰⁸⁷ El artículo 8 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, tipifica como faltas graves: *“Son faltas graves, siempre que no constituyan delito o falta muy grave:*

16. Instalar u ordenar la instalación de videocámaras fijas o medios técnicos análogos para fines previstos por la ley, sin cumplir todos los requisitos legales.

17. Incumplir las condiciones o limitaciones fijadas en la resolución por la que se autorizó la obtención de imágenes y sonidos por el medio técnico autorizado.

18. Utilizar u ordenar la utilización de videocámaras móviles, sin cumplir todos los requisitos exigidos por la ley.

19. Conservar las grabaciones lícitamente efectuadas con videocámaras o medios técnicos análogos por más tiempo o fuera de los casos permitidos por la ley, o cederlas o copiarlas cuando la ley lo prohíbe.

20. Cualquier otra infracción a la normativa legal sobre utilización de medios técnicos de captación de imágenes y sonidos por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos.”

Por su parte, en virtud del artículo 7, son faltas muy graves: *“19. Alterar o manipular los registros de imágenes o sonidos obtenidos con videocámaras.*

20. Permitir el acceso de personas no autorizadas a las imágenes o sonidos obtenidos por cualquier medio legítimo o utilizar aquéllas o éstos para fines distintos de los previstos legalmente.

21. Reproducir las imágenes y sonidos obtenidos con videocámaras para fines distintos de los previstos legalmente.

22. Utilizar los medios técnicos regulados en la normativa legal sobre videocámaras para fines distintos de los previstos en ésta.”

CAPÍTULO VIII: ALGUNAS NOTAS SOBRE EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE BASE, ACUARTELAMIENTO O ESTABLECIMIENTO MILITAR Y VULNERACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

El delito de allanamiento de base, acuartelamiento o establecimiento militar se halla tipificado en el artículo 61 del Código Penal Militar bajo la rúbrica de “Atentados contra los medios o recursos de la defensa nacional”, del Capítulo IV del Título II “Delitos contra la seguridad nacional y la defensa nacional”.

Artículo 61: *“El que allanare una base, acuartelamiento o establecimiento militar, o vulnerase las medidas de seguridad establecidas para su protección, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión.”*

Como podemos observar en dicho precepto se sancionan en realidad dos conductas distintas: por un lado, el allanamiento propiamente dicho de una base, acuartelamiento o establecimiento militar; y por otro, la simple vulneración de las medidas de seguridad para su protección.

El precedente de este artículo lo encontramos en el artículo 408 del Código de Justicia Militar de 1945, que se integraba bajo la rúbrica de “Contra los intereses del ejército”, que correspondía al Título XIII del Tratado 2º de aquel código.

Artículo 408: *“El que contra la voluntad del jefe o encargado de un centro, dependencia o establecimiento militar penetrase en los mismos, será castigado con la pena de prisión hasta tres años”.*

La incorporación de esta disposición se justificó entonces¹⁰⁸⁸, según la Exposición de Motivos, en que “*a los intereses y seguridad de los ejércitos convenía la institución de esa modalidad delictiva, sobre todo en consideración a la frecuencia con que actualmente existen dependencias de la indicada clase instaladas en edificios destinados parcialmente a fines particulares y que normalmente no tienen protección o vigilancia armada*”.

De acuerdo con los comentarios de la época recogidos por QUEROL Y DE DURÁN respecto a esta regulación¹⁰⁸⁹, podemos hacer varias apreciaciones.

En primer lugar, no se distinguía entre el allanamiento simple y el allanamiento con violencia o intimidación, lo que sí hacía el código penal común. Así mismo, abordaba la cuestión relativa a si cometía este tipo de allanamiento el que había entrado ilícitamente en un centro o dependencia militar y se negaba a salir habiendo sido debidamente requerido. Este autor entendía que no, ya que el precepto sólo habla de entrar, no de mantenerse, ello sin perjuicio de que en tal supuesto pudiera apreciarse otro ilícito penal como el de desobediencia o resistencia a agentes de la autoridad o fuerza armada. Respecto a la “voluntad del jefe o encargado”, consideraba que podía ser tanto expresa como tácita. Finalmente, en cuanto al dolo, se apunta que no es necesario un dolo específico, bastando la simple voluntariedad y siendo el móvil irrelevante, siempre que el sujeto activo no crea de buena fe o por error de hecho que obra lícitamente.

La STS de la Sala 5ª de 27 de noviembre del 2000 se refiere a este precepto al analizar el vigente artículo 61 del Código Penal Militar actual. Señala como diferencia importante respecto al actual delito de allanamiento de base, que con el artículo 408 “*el solo hecho de penetrar, contra la voluntad*

¹⁰⁸⁸ Vid. BLECUA FRAGA, R., RODRÍGUEZ VILLASANTE, J.L.: *Comentarios al Código Penal Militar*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 731; QUEROL Y DE DURÁN, F.: *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, Madrid, 1948, pág. 626.

¹⁰⁸⁹ Vid. QUEROL Y DE DURÁN, F.: *Principios de Derecho Militar Español...cit.*, págs. 626-627.

expresa o tácita del jefe, en un centro, dependencia o establecimiento militar (como entonces se consignaba en la descripción típica) afectaba a esos intereses que se protegían, y acercaban el tipo al concepto penal de delito formal”.

MILLÁN GARRIDO¹⁰⁹⁰ ha analizado la cuestión de la necesidad de que la ley penal militar tipifique esta conducta, ya que fue planteada tras el debate parlamentario de la Ley 9/1980, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar. En este debate, el Grupo Parlamentario Socialista propuso que se limitase el precepto a tiempos de guerra, por considerar que este artículo no presentaba especialidad alguna en relación al delito común de allanamiento de morada, entonces regulado en los artículos 490 y siguientes del código penal común vigente en ese momento. Esta enmienda fue rechazada.

Señala ese autor que “a la ley penal militar corresponde regular fundamentalmente aquellas conductas que, afectando a los intereses propios de las Fuerzas Armadas, no se encuentran tipificadas en la legislación común (delitos exclusivamente militares) o lo están sin ser tomados en consideración los bienes estrictamente militares que resultan afectados (delitos militares pluriofensivos)”.

Por lo tanto, habrá que valorar si el allanamiento de dependencia militar es reconducible al allanamiento de morada del código penal común. Este autor lo hace a la luz del entonces vigente artículo 490 del código penal común, examinando si el concepto de morada del precitado artículo podía comprender los centros oficiales, como son las dependencias militares. Llega a la conclusión de que la protección del artículo 490 no alcanzaba al allanamiento de dependencia militar, ya que la morada protegida en este precepto *“deberá hallarse destinada al desarrollo de actividades que domésticas o no, pertenezcan a la esfera de la vida privada de la persona, con lo que quedan excluidos de la protección de los artículos 490 y siguientes del código penal los*

¹⁰⁹⁰ Vid. BLECUA FRAGA, R., RODRÍGUEZ VILLASANTE, J.L.: *Comentarios al Código Penal Militar...cit.*, págs. 731 y 732.

edificios públicos y, en lo que aquí nos interesa, los centros, dependencias y establecimientos militares”. Ahora bien, añade que “una eventual prevención legislativa que ampliase a los edificios públicos el ámbito de protección del delito común de allanamiento, plantearía lógicamente la cuestión en términos diversos”¹⁰⁹¹.

Pero la situación legislativa es diferente desde la promulgación del Código Penal de 1995¹⁰⁹², ya que recoge un tipo de allanamiento en el artículo 203 consistente en entrar contra la voluntad del titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público, fuera de las horas de apertura. El apartado segundo de este artículo sanciona entrar en esos lugares con violencia o intimidación, o mantenerse en ellos contra la voluntad de su titular. Hay que tener en cuenta que lo que se protege con este tipo es la intimidad domiciliaria de las personas jurídicas.

Por su parte, el actual artículo 61 del Código Penal Militar, tiene como bien jurídico protegido la seguridad y defensa nacional. Como hemos apuntado, la ley penal militar se configura como un código complementario de tipo general¹⁰⁹³ que tipifica en la parte especial como delitos militares aquellas conductas que lesionan un bien jurídico de trascendencia castrense, que pueden ser cometidos por militares y, excepcionalmente, por civiles. Partiendo de esto, la existencia del delito de allanamiento de dependencia militar del artículo 61 del Código Penal Militar estaría justificada en aras a la protección de

¹⁰⁹¹ Vid. BLECUA FRAGA, R., RODRÍGUEZ VILLASANTE, J.L.: *Comentarios al Código Penal Militar...cit.*, pág. 734.

¹⁰⁹² Vid. PÉREZ ESTEBAN, F.: *La naturaleza de los delitos de allanamiento de bases, acuartelamientos y establecimientos militares y vulneración de sus medidas de seguridad*, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 77, 2001, págs. 179-181.

¹⁰⁹³ Vid. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L.: *El Código Penal Militar en el sistema Penal Español. Principio de especialidad y concurso de leyes*, en *Estudios de Derecho Judicial del CGPJ, El Derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes*, 1996, págs. 21-88.

la seguridad y la defensa nacional, constituyendo un ejemplo de la complementariedad que acabamos de mencionar¹⁰⁹⁴.

Antes de pasar a analizar este tipo penal debemos señalar que actualmente el Código Penal Militar está siendo objeto de reforma. De acuerdo con el preámbulo del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal Militar, la necesidad de promulgar un nuevo código no sólo se deriva del tiempo transcurrido desde su entrada en vigor y del mandato establecido en el apartado tercero de la Disposición Final 8ª de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, sino de su naturaleza de ley penal especial que debe acoger en su articulado únicamente los preceptos que no tienen cabida en el texto común o, aún teniéndola, requieren alguna previsión singular que justifique su incorporación a la ley militar dentro del ámbito estrictamente castrense que preside su reconocimiento constitucional. La idea que ha presidido la redacción de este proyecto es que los bienes jurídicos protegidos por la norma penal han de ser estrictamente castrenses en función de los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas, de los medios puestos a su disposición para cumplir sus misiones y del carácter militar de las obligaciones y deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito militar.

Por lo que respecta al delito que nos ocupa, éste se recoge en el Capítulo IV (“Atentados contra los medios o recursos de la seguridad o defensa nacionales”) del Título I (“Delitos contra la seguridad y defensa nacionales”), del Libro II (“Delitos y sus penas”) del proyecto, con el siguiente texto: *“Artículo 29: El que penetrare o permaneciere en un centro, dependencia o establecimiento militar contra la voluntad expresa o tácita de su jefe, o vulnerare las medidas de seguridad establecidas para la protección de aquellos, será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión”*.

¹⁰⁹⁴ Este argumento es apuntado en la STS de la Sala 5ª de 27 de noviembre del 2000, en el Fundamento de Derecho 2º.

Como vemos, se siguen manteniendo las dos conductas de allanamiento propiamente dicho y de vulneración de medidas de seguridad, si bien se modifica la redacción de la primera de ellas asemejándose a la del delito de allanamiento de morada del código penal común. En cuanto a la penalidad, se aumenta la pena máxima de tres a cuatro años de prisión.

No obstante este proyecto aún se encuentra en tramitación parlamentaria, por lo que deberemos esperar a la formulación de enmiendas y demás trámites para tener un texto definitivo.

8.1. NATURALEZA JURÍDICA

En cuanto a la naturaleza de este tipo penal, es un delito de peligro abstracto¹⁰⁹⁵. Como es sabido, los delitos de peligro corresponden a una categoría que se opone a los llamados delitos de lesión, estableciéndose como elemento de diferenciación la lesividad o afectación del bien jurídico protegido. Dichos delitos suponen un adelantamiento de la barrera penal a los momentos previos a la lesión; así, mientras que en los delitos de lesión se produce un menoscabo u ofensa del bien jurídico, en los delitos de peligro se produce su puesta en riesgo como resultado jurídico.

En la actualidad se ha visto un notable crecimiento de este tipo de delitos. El avance de la modernidad ha provocado un aumento considerable de los delitos de peligro, como consecuencia de los caracteres propios de la sociedad contemporánea, denominada “sociedad del riesgo”¹⁰⁹⁶. Así, el aumento de los riesgos junto con el creciente sentimiento de inseguridad, han incidido en la expansión del moderno derecho penal, que ve reforzado su

¹⁰⁹⁵ Vid. SSTS, Sala 5ª, de 21 de noviembre de 2000, de 11 de diciembre de 2000 y de 16 de mayo de 2001.

¹⁰⁹⁶ Como denominó Ulrich Bech a la sociedad surgida de los avances tecnológicos producidos en las últimas décadas. Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 20 y ss.

carácter preventivo a través del adelantamiento de las barreras de punición¹⁰⁹⁷, apareciendo así esta clase de delitos. Esto se ha visto reforzado por la creación de nuevos bienes jurídicos de carácter colectivo¹⁰⁹⁸, existiendo un estrecho vínculo entre ambas situaciones¹⁰⁹⁹, ya que muchos de los delitos de peligro buscan la protección de estos nuevos intereses de la “sociedad del riesgo”¹¹⁰⁰. En efecto, la naturaleza de estos bienes jurídicos admite muchas veces como única forma idónea de afectación el peligro. Como es sabido, dentro de los delitos de peligro podemos distinguir dos clases: los de peligro concreto y los de peligro abstracto. En los primeros, se requiere la concreta puesta en peligro del bien jurídico protegido; el resultado típico es el peligro concreto. Existe, por tanto, una situación de peligro separada de la conducta. En los delitos de

¹⁰⁹⁷ Ahora bien, sólo aquellas conductas que afecten a un valor esencial para la convivencia y que no puedan ser evitadas por otros medios menos lesivos podrán ser objeto de sanción por vía penal, debiendo dejar fuera, por tanto, aquellas conductas que supongan violación de reglas ético-sociales o que puedan sancionarse como ilícitos administrativos. Vid. TORÍO LÓPEZ, A.: *Los delitos de peligro hipotético*, A.D.P.C.P., 1981, págs. 827 y ss.

¹⁰⁹⁸ La protección de estos bienes resulta necesaria para asegurar a los ciudadanos el funcionamiento eficaz de las instituciones a fin de que puedan ejercitar normalmente sus derechos individuales en la colectividad social. Vid. PÉREZ ESTEBAN, F.: *La naturaleza de los delitos de allanamiento de bases, acuartelamientos y establecimientos militares y vulneración de sus medidas de seguridad...cit.*, pág. 176.

¹⁰⁹⁹ Vid. CORCOY BIDASOLO, M.: *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 22 y 372. Defiende esta autora que sólo está legitimada la previsión legislativa de un delito de peligro cuando con su creación se pretenda la protección de un bien jurídico penal supraindividual, con autonomía propia, por encarnar un interés esencial para el desarrollo del hombre como ser social.

¹¹⁰⁰ Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993, págs. 223 y ss. En este sentido, señala MAQUEDA ABREU que “el temor que a menudo despierta la protección de bienes colectivos sólo resulta justificado en realidad cuando el legislador recurre a modelos de tipificación incompatibles con las exigencias mínimas de un derecho penal garantista: falta de precisión en la descripción del objeto de tutela o de la conducta prohibida, insuficiente relevancia del bien jurídico cuya protección se pretende, lejanía excesiva de su lesión o escasa gravedad del peligro que el comportamiento tipificado representa para prevenir el ataque”. Vid. MAQUEDA ABREU, M.L.: *La idea de peligro en el moderno Derecho penal (Algunas reflexiones a propósito del proyecto de Código penal de 1992)*, en *Actualidad Penal*, 1994, pág. 493. Vid., al respecto también, CARBONELL MATEU, J.C.: *Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad*, en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Doctor Marino Barbero Santos, Vol. I*, Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, págs. 137 y ss; y HASSEMER, W.: *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, en *Pena y Estado*, nº 1, 1991, págs. 30 y ss.

peligro abstracto lo que se castiga es una acción típicamente peligrosa¹¹⁰¹, sin exigir que en el caso concreto se haya puesto en peligro el bien jurídico. Ahora bien, esto ha dejado abierta la cuestión, que luego abordaremos, acerca de si requieren una acción peligrosa como elemento del tipo¹¹⁰².

La existencia de estos tipos de delito puede provocar que el derecho penal cumpla funciones exclusivamente simbólicas; está claro que la ley penal desempeña una función simbólica, el problema lo encontramos cuando cumple únicamente esta misión¹¹⁰³. Por tanto, la consideración de una conducta como potencialmente peligrosa puede llevar al legislador a tipificarla como delito, pero ello no justifica, por sí solo, la punición de una acción concreta. Es necesario, por tanto, que el juzgador realice un juicio sobre la afectación del bien jurídico que se protege¹¹⁰⁴. En los delitos de peligro concreto el peligro está incluido en los elementos típicos del delito, pero no ocurre así en los de peligro abstracto. Por tanto, estos tipos, no requieren sólo que el hecho sea subsumible en la acción típica, sino que además debe verificarse la peligrosidad de la acción para el bien jurídico¹¹⁰⁵. En consecuencia, si en un caso concreto no puede afirmarse que la acción es idónea para producir el riesgo que “normalmente” debe producir, no podrá imputarse a su autor, por no estar afectado el objeto de protección. En cada supuesto será necesaria la acreditación del peligro potencial susceptible de ser causado con la conducta respecto del bien jurídico. Se exige, pues, un resultado, pero será un resultado de peligro.

¹¹⁰¹ Aparecen descritos como fórmulas de mera actividad. La realización de la conducta comprende tanto los casos en que su ejecución acarrea un real riesgo de afectación del bien jurídico, como aquellos en los que ello no sucede. Vid. CEREZO MIR, J.: *Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo*, en RDPC, nº 10, 2002, pág. 47.

¹¹⁰² Vid. TORÍO LÓPEZ, A.: *Los delitos de peligro hipotético...cit.*, pág. 827.

¹¹⁰³ Esto ha provocado que se haya llegado a proponer que se prescindiera de este tipo de delitos, lo que en opinión de TORÍO LÓPEZ debería matizarse. Vid. TORIO LÓPEZ, A.: *Los delitos de peligro hipotético...cit.*, págs. 828 y ss.

¹¹⁰⁴ Vid. PÉREZ ESTEBAN, F.: *La naturaleza de los delitos de allanamiento de bases, acuartelamientos y establecimientos militares y vulneración de sus medidas de seguridad...cit.*, pág. 183.

¹¹⁰⁵ Vid. TORÍO LÓPEZ, A.: *Los delitos de peligro hipotético...cit.*, págs. 829 y 838.

En efecto, el ejercicio del *ius puniendi* del estado está supeditado a la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos por una acción exterior, lo que se encuentra vinculado al principio de legalidad consagrado en el artículo 25 de la Constitución¹¹⁰⁶ y con la proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos proclamada en el artículo 9¹¹⁰⁷ de la norma fundamental.

En conclusión no hay delito sin lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

8.2. EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE BASE, ACUARTELAMIENTO O ESTABLECIMIENTO MILITAR

Es la primera de las conductas que recoge el artículo 61 del Código Penal Militar.

8.2.1. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

El artículo 61 establece “*el que allanare...*”, por tanto, sujeto activo puede ser cualquier persona, no siendo necesario que se trate de un militar. Hay un número reducido de delitos en el Código Penal Militar que pueden ser cometidos por civiles y que siguen siendo competencia de la jurisdicción militar, entre los que se encuentra el presente tipo penal¹¹⁰⁸. El criterio personal no es fundamental para determinar el ámbito estrictamente castrense, ya que lo básico es la conexión directa entre el bien jurídico protegido con las misiones

¹¹⁰⁶ Artículo 25 : “*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*”.

¹¹⁰⁷ De este principio se deduce la imposibilidad de que el legislador pueda tipificar delitos para la protección de una forma de comportamiento social. *Vid.* PÉREZ ESTEBAN, F.: *La naturaleza de los delitos de allanamiento de bases, acuartelamientos y establecimientos militares y vulneración de sus medidas de seguridad...*cit., pág. 175.

¹¹⁰⁸ *Vid.* LÓPEZ SÁNCHEZ, J.: *Protección penal de la disciplina militar*, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 203; HERNÁNDEZ MUNTIEL, A., FERRER BARQUERO, R.: *Manual práctico de la jurisdicción militar*, Editorial Práctica del Derecho, Valencia, 1998, pág. 94.

propias de las Fuerzas Armadas. La condición militar del sujeto activo es, pues, un elemento relevante, pero no determinante, ya que el fundamento de la especialidad del derecho militar se encuentra en la peculiaridad de los bienes protegidos. Ahora bien, la Sala 5ª del Tribunal Supremo establece que los tipos penales que admiten como sujeto activo a un civil deben interpretarse restrictivamente¹¹⁰⁹.

Sujeto pasivo es el estado, *“cuyo potencial bélico se ve afectado a través de la lesión que con esta conducta se infiere a la eficacia de las Fuerzas Armadas, para las que resulta esencial la seguridad de sus centros y dependencias, como recursos indispensables en la defensa nacional que constitucionalmente tienen encomendadas”*¹¹¹⁰.

8.2.2. CONDUCTA

La acción consiste en “allanar” una base, acuartelamiento o establecimiento militar. Según el Diccionario de la Real Academia allanar significa *“entrar a la fuerza en casa ajena y recorrerla contra la voluntad de su dueño”*. Por tanto es necesario entrar, introducirse, pasar de fuera adentro; no basta asomarse por una ventana ni subir un muro si no se llega a traspasar.

La conducta típica consiste por tanto en entrar, por cualquier medio, dentro de los límites espaciales de la dependencia militar. A diferencia de lo que sucede en el código penal común no se castiga el hecho de permanecer, por lo que esta acción no será punible. En todo caso, sería reconducible a la modalidad prevista en este mismo artículo de vulnerar las medidas de seguridad¹¹¹¹.

¹¹⁰⁹ Vid. STS, Sala 5ª, de 13 de diciembre de 1993.

¹¹¹⁰ Vid. BLECUA FRAGA, R., RODRÍGUEZ VILLASANTE, J.L.: *Comentarios al Código Penal Militar...cit.*, pág. 736.

¹¹¹¹ Vid. BLECUA FRAGA, R., RODRÍGUEZ VILLASANTE, J.L.: *Comentarios al Código Penal Militar...cit.*, pág. 736.

Es un delito de simple actividad, si bien, por tener la naturaleza de delito de peligro abstracto, tal y como acabamos de apuntar en el apartado anterior, es necesario que se corrobore que dicha acción es adecuada para generar una situación de peligrosidad potencial para la seguridad y defensa nacional.

Así lo establece la STS de la Sala 5ª de 11 de abril de 2003, en la que se recuerda que el bien jurídico tutelado es la seguridad y defensa nacional, mediante el atentado a sus medios o recursos, que se configuran y encuentran en los establecimientos militares, lo que *“hace que nos encontremos ante los delitos denominados de peligro abstracto, que implican un riesgo para el bien jurídico tutelado, aunque no sea exigible que ese peligro sea real y concreto en relación a bienes determinados, bastando que sea potencial. Los elementos del tipo entonces comprenderán la entrada en el establecimiento tutelado con intención de acceder al mismo y conocimiento de que se trata de una base, acuartelamiento o establecimiento militar y de que existe una interdicción de acceso al mismo, sin que sea necesario acreditar riesgo concreto y bastando el aludido peligro abstracto. Sin embargo, la simple entrada no es suficiente para la tipificación del delito, puesto que ha de quedar probada la afección del bien jurídico tutelado, que debe completar el hecho de introducirse subrepticamente en la zona”*. En este caso la Sala entendió que sí existió un peligro en abstracto, ya que los actores entraron de forma subrepticia a través de una ventana, alrededor de las dos de la madrugada y utilizaron una cámara de vídeo con la que habían estado filmando en el interior del acuartelamiento, sin que pueda determinarse en qué grado dichas filmaciones pudieran haber sido utilizadas con posterioridad en orden a perturbar o provocar posibles afectaciones de la seguridad de la instalación. De ello se deduce que sí existió un peligro potencial para la seguridad.

En el mismo sentido encontramos la STS de la Sala 5ª de 27 de noviembre del 2000, que señala: *“la necesaria afección de esos bienes jurídicos para la consumación del delito, lo configura dentro de los que la doctrina penal califica como de peligro abstracto. (...).En los de peligro abstracto a que nos referimos, el legislador, ante el peligro potencial que una*

acción lleva consigo de vulneración de un bien jurídico, tipifica esa acción como delito para proteger ese bien, y, por eso, se ha hablado también de peligro presunto o, incluso, hipotético. En el caso que estamos examinando, el bien jurídico tutelado (la seguridad nacional y la defensa nacional) es de tal importancia que ha llevado al legislador a incluir en el catálogo de delitos que lo tutelan aquellas acciones típicas que representan generalmente un peligro abstracto para esos valores constituidos en bien jurídico protegible. No se trata, pues, de un delito de los llamados formales.” Una vez el tribunal aclara que estamos ante un delito de peligro abstracto continúa diciendo que “en los delitos de esta clase, aunque no es preciso acreditar ningún riesgo concreto sí puede en cambio, desvirtuarse la concurrencia del peligro que normalmente se asocia a la acción típica a través de determinados datos que el juzgador puede estimar acreditados y de los que deduce la inexistencia de ese riesgo abstracto que es la base de la punición del hecho”. Los hechos enjuiciados en este caso eran los siguientes: un grupo de diez personas traspasó la valla del acuartelamiento de Aizoáin (Navarra) y encaramándose al tejado de un hangar desplegó pancartas de apoyo al movimiento de objeción de conciencia, realizando pintadas y coreando consignas contra la prestación del servicio, procediéndose por la guardia de seguridad a avisar a las Fuerzas de Orden Público a las que se entregaron esas personas de forma pacífica y sin más resistencia que la meramente pasiva. Ante este supuesto aclara la sala que “aunque es cierto, como señala el Ministerio Fiscal, que no han de confundirse los móviles con la intención o dolo del autor y también que basta el dolo genérico para la perfección del tipo (aunque hay que señalar que es elemento imprescindible del dolo el conocimiento de la significación antijurídica de la conducta, es decir, en este caso, del hecho típico que comporta peligro para el bien jurídico tutelado), no es menos exacto que esos móviles pueden tenerse en cuenta para negar la concurrencia de ese abstracto riesgo, de tal manera que este tribunal de casación entiende que, en los concretos hechos que examinamos, en virtud de las circunstancias que concurrieron en ellos, la decisión del tribunal de instancia de entender inexistente ese abstracto riesgo para la seguridad y defensa nacionales, (tanto en el allanamiento propiamente

dicho, como en relación a la otra forma en que se tipifica el delito, consistente en la vulneración de la medida de seguridad que representaba la valla delimitadora del recinto militar que fue traspasada por los procesados), se encuentra ajustada a derecho, porque todos esos datos y circunstancias ponen de relieve que no existió, en este caso concreto, ese peligro para tan importantes bienes jurídicos que, en principio, y salvo prueba en contrario, debe estimarse implícito en la acción típica descrita en el precepto. En consecuencia, no apareciendo los hechos constitutivos del delito militar”.

En un asunto análogo se pronuncia en similares términos la Sala 5ª en la STS de 11 de diciembre del 2000, que hace referencia a que la perfección de este delito no requiere de la lesión efectiva del bien jurídico ni la concreción del peligro, sino que basta *“con que mediante la acción se realice la potencial afección al interés protegido por la norma; ello no es óbice para sostener que cuando del comportamiento de los sujetos activos se excluya, por sí mismo y desde el principio, cualquier peligrosidad en tal caso la acción resulta atípica y por tanto impune. No existe delito sin lesión o puesta en peligro del bien protegido”*. Aquí se absolvió a los acusados. Los antecedentes de hecho fueron los siguientes: un grupo reducido de personas se presentaron ante la verja exterior de la Comandancia de Navarra, en Pamplona, y usando máscaras de cara de simio primero escalaron y rebasaron la verja accediendo al recinto interior de la Comandancia, donde treparon a un árbol en que se instalaron, mientras desde la vía pública recibían apoyo del grupo de acompañantes, al parecer pertenecientes al llamado movimiento de objeción de conciencia, que desplegaron pancartas antimilitaristas. El propósito de los autores era llevar a cabo un acto propagandístico de su ideología antimilitarista, sin que les animara ninguna otra intención que pueda conectarse a la afección del bien jurídico que se protege con el delito de allanamiento de morada, es decir, la seguridad nacional y la defensa nacional mediante el atentado a determinados medios o recursos, entre los que se encuentran los acuartelamientos, establecimientos y bases militares. Entiende, por tanto, el tribunal que *“un acto preordenado a testimoniar determinadas convicciones acerca del servicio*

militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, que no comprende otras actuaciones exteriorizadas que saltar la valla exterior de un acuartelamiento y encaramarse a un árbol contiguo del recinto interior, aguardando el único final previsible que es la intervención policial, carece de la menor lesividad para la seguridad y la defensa nacional, aunque el riesgo se prevea sólo en potencia”.

También resulta interesante la STS de la Sala 5ª de 14 de mayo de 1998, en la que se condenó como autor de un delito de allanamiento previsto en el artículo 61 al actor por los siguientes hechos: tras aproximarse a la barrera principal de acceso al sector oeste de la base militar de Cerro Muriano (Córdoba) y ser advertido de que debía detenerse por diferentes señales, hizo caso omiso de todas ellas y aprovechando la circunstancia de estar levantada la barrera, aceleró su vehículo y a elevada velocidad se introdujo en el interior de la base. En este caso sí se apreció la comisión del delito de allanamiento de base.

Finalmente a este respecto es interesante reproducir el informe del Fiscal Jurídico Militar del Tribunal Militar Territorial Primero de 22 de enero de 2004, respecto a unas Diligencias Previa del Juzgado Togado Militar Territorial nº 13 de Valencia. Este informe se emitió como consecuencia de unos hechos que tienen lugar prácticamente todos los años en el acuartelamiento Jaime I sito en Bétera (Valencia), donde se halla ubicado el Cuartel de la Fuerza de Acción Rápida de la OTAN. Concretamente los hechos objeto de las Diligencias eran los siguientes: un grupo de unas 21 personas pertenecientes a una asociación antimilitarista se introdujo en el interior del Campo de Instrucción y Maniobras del Cuartel de la Fuerza de Acción Rápida de la OTAN, disfrazándose de payasos y desplegando dos pancartas con textos antibelicistas. Dicho acceso se produjo tras cortar y derribar dos mástiles de hierro que sujetaban el alambre de espino del vallado perimetral.

El Fiscal Militar, al informar estas Diligencias Previa del Juzgado Togado Militar Territorial nº 13 de Valencia, siguiendo la jurisprudencia de la Sala 5ª del Tribunal Supremo que acabamos de exponer, estima que tales

actos “no son constitutivos de ilícito penal militar alguno, toda vez que los mismos no pueden quedar subsumidos en el tipo delictivo contemplado en el artículo 61 del Código Penal Militar (allanamiento de base, acuartelamiento o establecimiento militar) pues no guiaba a sus autores otro propósito que el de realizar un acto propagandístico de su reconocida ideología antimilitarista, no quedando vulnerado el bien jurídico que, en definitiva, protege el tipo penal antes citado, que no es otro que la seguridad y defensa nacional”.

Matiza que cuestión distinta son los daños producidos en la instalación militar y que, en su caso, pudieran integrar alguno de los delitos o faltas recogidas en el código penal común, para cuyo conocimiento aparecería como competente, en aplicación de lo establecido en el artículo 12.1 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, la Jurisdicción Militar.

Resulta claro, por tanto, que el juzgador, además de comprobar que los hechos se ajustan a la conducta descrita en el tipo penal, deberá constatar si con la acción del sujeto activo se genera una situación susceptible de producir un riesgo para la seguridad y defensa nacional, ya que de lo contrario no podremos apreciar la comisión de este delito.

La entrada tiene que ser a una “base, acuartelamiento o establecimiento militar”. Resulta necesario, por tanto, delimitar el objeto del delito. Estos términos pueden reconducirse conceptualmente al de establecimiento militar, que además debe entenderse en sentido amplio. Quedarán incluidos, por tanto, los buques y aeronaves militares, así como cualquier edificio, local, depósito, almacén, etcétera, siempre que esté afecto a las Fuerzas Armadas y destinado a fines militares¹¹¹².

No tendrán tal consideración los centros de las Fuerzas Armadas destinados a fines sociales o recreativos (como residencias militares, clubs

¹¹¹² Vid. BLECUA FRAGA, R., RODRÍGUEZ VILLASANTE, J.L.: *Comentarios al Código Penal Militar...cit.*, pág. 736.

deportivos, etcétera), ni las viviendas militares siempre que se hallen enclavadas fuera de los acuartelamientos. Los ataques a estos lugares deberán ser reconducidos, por tanto al delito común de allanamiento de morada previsto en los artículos 202 y siguientes del código penal.

Sobre este tema se ha pronunciado la STS de la Sala 5ª, de 13 de diciembre de 1993. En ella se recurre a las definiciones de acuartelamiento y establecimiento militar que se plasman en los artículos 8, 9 y 10 de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra¹¹¹³.

Artículo 8: *“Se denomina Base al área militar que comprende un conjunto de instalaciones diversas donde se alojan, con carácter permanente o temporal, una o varias unidades o centros, que dispone orgánicamente de servicios de apoyo al personal y a los medios, y cuenta con campos o zonas militares para la instrucción, adiestramiento y enseñanza”.*

Artículo 9: *“El Acuartelamiento es un recinto militar de entidad inferior a una base donde se alojan normalmente con carácter permanente, una o varias unidades o centros”.*

Artículo 10: *“Recibe la denominación genérica de establecimiento el conjunto de locales e instalaciones que, sin ser utilizados prioritariamente para el alojamiento de tropas, está al servicio de un organismo. Puede estar ubicado en una base o acuartelamiento.”*

Se analiza en esta sentencia si se puede subsumir en el tipo penal que nos ocupa la conducta de unos pastores consistente en llevar a sus rebaños a pastar en el campo nacional de tiro y maniobras de San Gregorio en Zaragoza. En este supuesto tampoco se entiende realizado el tipo penal por entender que con esta conducta no se vulnera el bien jurídico protegido. Pero además, la sala establece que *“dando por supuesto que el campo de referencia no puede*

¹¹¹³ Actualmente estos artículos se hallan vigentes con rango de Orden Ministerial en virtud de la Disposición Derogatoria Única del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

ser tenido por acuartelamiento o establecimiento, porque a ello se opondrían las más elementales reglas de la hermenéutica, hay que decir que tampoco el mismo responde a la definición que de la base se nos ofrece en el artículo 8° de las citadas Reales Ordenanzas. No es, evidentemente, el campo «un conjunto de instalaciones diversas donde se alojan, con carácter permanente o temporal, una o varias unidades o centros, que dispone orgánicamente de servicios de apoyo al personal y a los medios, y que cuenta con campos o zonas militares para la instrucción, adiestramiento y enseñanza». El campo de San Gregorio sirve, sin duda alguna, para la instrucción, adiestramiento y enseñanza de la tropa en tanto está destinado a la realización de maniobras y prácticas de tiro, pero este destino no lo convierte en base militar, porque le falta el elemento esencial de ser alojamiento, permanente o temporal, de una o varias unidades o centros. Una prueba indirecta de que, en general, no pueden ser incluidos los campos de maniobras o tiro en la categoría de las bases la tenemos en la clasificación de «las zonas de seguridad de las instalaciones militares» que se hace en el artículo 8° del Reglamento de ejecución de la Ley 8/1975, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, publicado por Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, en cuyo artículo y a los efectos de este Reglamento (por eso lo hemos denominado «prueba indirecta») se clasifican las instalaciones militares en cinco grupos, incluyéndose las «bases» en el primero y los «campos de instrucción y maniobras y los polígonos o campos de tiro o bombardeo» en el quinto».

Si bien estamos de acuerdo con el tribunal en que no cabe un delito de allanamiento de base por no afectar la conducta de los actores a la seguridad ni a la defensa, no lo estamos respecto a que un campo de maniobras no tenga la consideración de base militar, ya que de acuerdo con el precitado artículo 8 se considera base el área militar que comprende instalaciones diversas “y cuenta con campos o zonas militares para la instrucción, adiestramiento y enseñanza”. A nuestro parecer, resulta obvio que un campo de maniobras es una “zona militar para la instrucción”, máxime cuando se trata del de San Gregorio, que se encuentra anexo a la Academia General Militar de

Zaragoza, sirviendo como lugar de instrucción, además de a cualquier unidad de las Fuerzas Armadas, especialmente a los alumnos de la academia. Por tanto, sí debería considerarse como lugar protegido por el artículo 61.

Otra sentencia de la Sala 5ª al respecto es la STS de 8 de mayo de 1995, en la que se plantea si la zona denominada “de piscinas” del acuartelamiento Campolongo, en La Coruña, puede tener la consideración de base, acuartelamiento o establecimiento militar protegido a efectos del precepto que estamos estudiando. Aclara el tribunal que *“como se viene repitiendo y argumenta el Sr. Fiscal Togado, aquella «zona de piscinas» forma parte de las unidades, centros o establecimientos que se alojan en un acuartelamiento militar, tal y como se define en el artículo 9.º de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, estando cobijadas con la denominación genérica de establecimiento que da el artículo 10 de las mismas, al decir que recibe dicha denominación el conjunto de locales e instalaciones que, sin ser utilizadas prioritariamente para el alojamiento de tropas, está al servicio de un organismo, pudiendo estar ubicado en una base o acuartelamiento; por lo que el hecho de introducirse subrepticamente en dicha zona vulnerando su sistema de seguridad, supone necesariamente un atentado contra la seguridad de dicha instalación (el acuartelamiento)”*.

Por tanto, respecto a determinadas instalaciones que en principio, por su naturaleza no estarían afectas a funciones militares, hemos de concluir que sí serán lugares protegidos a efectos de este precepto si las mismas se hallan ubicadas en el interior de una base, acuartelamiento o establecimiento militar mayor, que en su conjunto sí sirve a misiones militares.

Además este tipo penal exige que la entrada se realice “contra la voluntad del jefe o encargado del mismo”. Esta voluntad puede ser expresa o tácita, si bien en este último caso deberá deducirse de actos indubitados¹¹¹⁴. No es necesario que se aprecie una resistencia material por parte del jefe o

¹¹¹⁴ Vid. BLECUA FRAGA, R., RODRÍGUEZ VILLASANTE, J.L.: *Comentarios al Código Penal Militar...cit.*, pág. 736.

encargado, basta con que la entrada se produzca vulnerando la prohibición de acceso al establecimiento.

8.2.3. ANTIJURIDICIDAD

La antijuridicidad se excluiría ante una causa de justificación¹¹¹⁵.

Es difícil imaginarse un supuesto de legítima defensa, ya que requeriría que el allanamiento fuera el medio necesario para impedir o repeler una agresión que venga del propio establecimiento militar, lo que es difícil de imaginar; ahora bien, sí podría imaginarse, por ejemplo, si el sujeto huye porque le persiguen para matarle, y salta la valla del cuartel para defenderse.

Cabría apreciar estado de necesidad cuando se entrara en el establecimiento para evitar un mal grave a sí mismo o a las personas que se hallasen dentro, con los requisitos que impone la ley penal.

Podríamos también encontrarnos ante la causa de obrar en cumplimiento de un deber cuando la persona que entra contra la voluntad del jefe o encargado lo hace para prestar un servicio al que viene legalmente obligado. Imaginemos por ejemplo, el caso de las Fuerzas de Seguridad del Estado que tengan la orden de detener a una persona que se encuentra dentro de un establecimiento militar.

También será relevante la obediencia debida dentro de los límites establecidos por el artículo 21 del Código Penal Militar: cuando se trate de una orden que *“entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes o usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución”*, ya que en este caso no existirá eximente.

¹¹¹⁵ Vid. BLECUA FRAGA, R., RODRÍGUEZ VILLASANTE, J.L.: *Comentarios al Código Penal Militar...cit.*, pág. 737.

8.2.4. ASPECTO SUBJETIVO

La culpabilidad exige el conocimiento de esta voluntad contraria a la que acabamos de aludir que se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando la entrada se efectúe oculta o clandestinamente¹¹¹⁶.

Merece especial atención la cuestión del dolo en los delitos de peligro abstracto. Como hemos indicado, la esencia de este tipo de delitos es la peligrosidad en abstracto de la acción, normalmente idónea para poner en peligro el bien protegido. Por tanto, el dolo tendrá que comprender la idoneidad de la acción para producir la situación de peligro¹¹¹⁷. El sujeto ha de ser consciente de que su acción es idónea para poner en peligro un bien jurídico. Si el agente cree con seguridad que su conducta no es idónea para crear esa peligrosidad, no se podrá estimar que ha habido dolo.

Resulta lógica esta consecuencia ya que, si en términos generales para que una acción sea delito es preciso que se afecte un bien jurídico, sería contradictorio con ese principio no exigir en los delitos de peligro abstracto que el autor tenga conocimiento de esa peligrosidad.

La culpabilidad en estos delitos radica, pues, en el riesgo que el autor asume con su acción, generalmente peligrosa en relación con una posible lesión del bien jurídico. Si no asume peligro alguno, quedaría excluido el propio tipo del injusto¹¹¹⁸.

En conclusión, en el delito de allanamiento de base, acuartelamiento o establecimiento militar, el dolo ha de comprender el conocimiento por parte del

¹¹¹⁶ El conocimiento del autor tendrá que abarcar la posibilidad de peligro en el caso concreto de la acción llevada a cabo. Vid. BLECUA FRAGA, R., RODRÍGUEZ VILLASANTE, J.L.: *Comentarios al Código Penal Militar...cit.*, pág. 737.

¹¹¹⁷ Vid. PÉREZ ESTEBAN, F.: *La naturaleza de los delitos de allanamiento de bases, acuartelamientos y establecimientos militares y vulneración de sus medidas de seguridad...cit.*, pág. 185.

¹¹¹⁸ Vid. PÉREZ ESTEBAN, F.: *La naturaleza de los delitos de allanamiento de bases, acuartelamientos y establecimientos militares y vulneración de sus medidas de seguridad...cit.*, págs. 186 y 187.

autor de que su actividad, coincidente con la descripción legal del ilícito, afecta negativamente a la seguridad y defensa nacional en cuanto genera una situación de peligrosidad para los medios o recursos de esa defensa nacional descritos en la norma¹¹¹⁹. Basta la conciencia de potencial riesgo, sin que quepa excluir el dolo si ésta aparece como consecuencia posible y aceptada de la acción idónea.

El juzgador deberá inferir el dolo en cada caso concreto de los hechos objetivos que hayan sido acreditados. Se podrá desvirtuar si se acredita que el agente no tenía conocimiento de la idoneidad de su acción para producir riesgo.

Es posible la comisión imprudente, ya que así se prevé expresamente en el artículo 62 del Código Penal Militar¹¹²⁰. Apreciaremos que existe imprudencia cuando el sujeto, por falta de diligencia, no tenga conciencia de la situación de peligrosidad en que pone al bien jurídico, o si, teniendo representación de la posibilidad de esa situación, confíe infundadamente que no se ha de producir.

8.2.5. FORMAS DE APARICIÓN

El delito se consuma con la entrada del sujeto activo en la base, acuartelamiento o establecimiento militar.

Cabe la tentativa cuando el actor, después de realizar algún acto orientado a entrar en el establecimiento militar no lo consiga porque es detenido antes¹¹²¹.

¹¹¹⁹ Vid. PÉREZ ESTEBAN, F.: *La naturaleza de los delitos de allanamiento de bases, acuartelamientos y establecimientos militares y vulneración de sus medidas de seguridad...*cit., pág. 192.

¹¹²⁰ Artículo 62 Código Penal Militar: “Cuando los delitos de este capítulo fueren cometidos por imprudencia serán castigados con la pena inferior en grado a la señalada en cada caso.”

¹¹²¹ Vid. BLECUA FRAGA, R., RODRÍGUEZ VILLASANTE, J.L.: *Comentarios al Código Penal Militar...*cit., pág. 738.

Por lo que respecta a la autoría y participación cabe la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad. Es posible el encubrimiento en los términos del artículo 23.3.b del Código Penal Militar¹¹²².

Artículo 23: *“Se castigará con la pena inferior en uno o dos grados a la respectiva señalada para su autor al que, conociendo la comisión de un delito militar, y sin haberse concertado previamente con sus autores o cómplices, intervenga con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos siguientes:*

3º) Ayudando a los presuntos responsables del delito a eludir la investigación de los agentes de la autoridad o a sustraerse a su busca y captura, siempre que concorra alguna de las circunstancias siguientes:

b) Cuando el encubridor obre con abuso o quebranto de las funciones públicas.”

Si el allanamiento se comete como medio para perpetrar otro delito puede darse un concurso medial que se regirá por el artículo 71 del código penal.

En ocasiones este delito puede cometerse en concurso real con otros, por ejemplo, en caso de insulto o amenaza a la autoridad o sus agentes o al centinela, que sean cometidos para llevar a cabo el allanamiento (también cabrían lesiones, homicidio, etcétera)¹¹²³. Como muestra la STS de 14 de mayo de 1998 se condenó al autor por un delito de allanamiento del artículo 61 en concurso real con el de desobediencia a orden de centinela.

¹¹²² Vid. BLECUA FRAGA, R., RODRÍGUEZ VILLASANTE, J.L.: *Comentarios al Código Penal Militar...cit.*, pág. 738.

¹¹²³ Vid. BLECUA FRAGA, R., RODRÍGUEZ VILLASANTE, J.L.: *Comentarios al Código Penal Militar...cit.*, pág. 737.

8.3. EL DELITO DE VULNERACIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

El artículo 61 del Código Penal Militar tipifica, junto con el allanamiento de base, acuartelamiento o establecimiento militar, la vulneración de medidas de seguridad. Respecto a esta modalidad podemos hacer las siguientes matizaciones.

Al igual que sucede con el allanamiento estamos ante un delito de peligro abstracto, por lo que no basta con la conculcación de las medidas de seguridad, sino que es necesario que de dicha acción sea idónea para crear una situación de peligro respecto al bien jurídico protegido¹¹²⁴. Sobre este extremo se pronuncia la Sala 5ª del Tribunal Supremo en la STS de 16 de mayo de 2001, donde señala que para la comisión del ilícito penal, en virtud del principio de lesividad, es necesaria la afección negativa de los bienes jurídicos tutelados. Aclara la sala que estamos ante un delito de peligro abstracto y *“en las infracciones de esta naturaleza la acción descrita en el tipo implica, normalmente, una situación peligrosa para el bien jurídico tutelado en la norma, aunque no se exija un peligro real y concreto en relación a bienes determinados, como ocurre en los delitos de peligro concreto. En los de peligro abstracto a que nos referimos, el legislador, ante el peligro potencial que una acción lleva consigo de vulneración del bien jurídico, tipifica esa acción como delito para proteger ese bien y, por eso, se ha hablado también de delitos de peligro presunto o, incluso, hipotético”*. Ahora bien, continúa diciendo que *“por un lado no es preciso acreditar la existencia de ningún riesgo real y efectivo, pero, por otro, se puede, en cambio, descartar la concurrencia de la situación de peligrosidad, que podemos llamar potencial, y que normalmente se asocia a la acción típica, a partir de determinados datos que el juzgador estime acreditados y de los que deduce la inexistencia en el caso concreto de ese*

¹¹²⁴ Vid. PÉREZ ESTEBAN, F.: *La naturaleza de los delitos de allanamiento de bases, acuartelamientos y establecimientos militares y vulneración de sus medidas de seguridad...*cit., pág. 182.

riesgo abstracto que es la base de la punición, como necesaria exigencia del principio de culpabilidad’.

En este supuesto la sala entiende que de los antecedentes de hecho no aparece recogida situación de peligrosidad alguna respecto al bien jurídico. En este caso se trataba de un grupo de personas que protagonizaron unos hechos incardinados en un conjunto de actuaciones del llamado movimiento de insumisión con asistencia de prensa. En el desarrollo de esta situación un grupo de unos veinte individuos, que pretendían estar disfrazados de abeja, intentaron escalar el muro y valla de protección del acuartelamiento “Juan de Garay”, sito en Bilbao, logrando penetrar en el recinto alguno de ellos, quienes se negaron a abandonarlo. En este tipo de situaciones, como ocurre respecto al allanamiento de dependencias militares, si bien es cierto que se lleva a cabo la acción descrita en el tipo, como nos encontramos ante un delito de peligro abstracto, es necesario que la conducta pueda causar un peligro potencial para la seguridad y defensa nacional, cosa que no podemos apreciar aquí, ya que estas personas únicamente trataban de demostrar sus ideas.

8.3.1. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

No existe ninguna especialidad respecto al allanamiento de base.

Sujeto activo, por tanto puede ser cualquier persona, ya que estamos ante un delito militar en el que es irrelevante la condición del sujeto activo¹¹²⁵.

Sujeto pasivo es el estado, que para cumplir las misiones que tiene constitucionalmente encomendadas ha de preservar la seguridad de sus establecimientos.

¹¹²⁵ Vid. BLECUA FRAGA, R., RODRÍGUEZ VILLASANTE, J.L.: *Comentarios al Código Penal Militar...cit.*, pág. 738.

8.3.2. CONDUCTA

La acción típica consiste en transgredir, quebrantar, violar o infringir alguna de las normas de seguridad que rigen en los establecimientos militares. Resulta indiferente el modo de quebrantar tales normas.

Es necesario precisar el concepto de “medidas de seguridad”, que son aquellas tendentes a evitar peligros, daños o riesgos en los establecimientos militares, ya sean generales o particulares¹¹²⁶. Lo que se requiere es que hayan sido legalmente adoptadas y sean exigibles en el caso concreto. Por tanto hay que determinar la medida de seguridad que se ha vulnerado y en qué norma determinada aplicable al caso concreto se encontraba recogida. Sobre esta cuestión se pronuncia la STS de la Sala 5ª de 16 de mayo de 2011, que entiende que el concepto de medidas de seguridad únicamente puede referirse a las concretamente establecidas para el acuartelamiento de que se trate. Aclarando que *“por consiguiente, no basta para la apreciación de esta específica figura delictiva la realización de cualquier actividad que pueda afectar a esa seguridad y mucho menos que, subjetivamente, inquiete a quienes tienen a su cargo mantenerla, si su peligrosidad no es consecuencia de la infracción de esas determinadas medidas”*.

El objeto sobre el que recae la conducta es una base, establecimiento o acuartelamiento militar, por lo que debemos precisar qué debe entenderse por estos lugares, lo que hemos hecho al examinar el delito de allanamiento de base.

8.3.3. ANTIJURIDICIDAD

La antijuridicidad quedará excluida cuando concurra alguna causa de justificación como: la legítima defensa; el estado de necesidad; ejercicio

¹¹²⁶ Vid. BLECUA FRAGA, R., RODRÍGUEZ VILLASANTE, J.L.: *Comentarios al Código Penal Militar...cit.*, pág. 738.

legítimo de un derecho o cumplimiento de un deber, y siempre que concurren los requisitos previstos en la ley penal.

8.3.4. ASPECTO SUBJETIVO

En el tipo doloso se exige el conocimiento del sujeto de la medida de seguridad que está siendo vulnerada.

Es posible la comisión imprudente, por establecerlo expresamente el artículo 62.

8.3.5. FORMAS DE APARICIÓN

El tipo se consume cuando se infringe la medida pudiendo crear con ello una situación de peligro potencial respecto a la seguridad.

Se puede cometer en grado de tentativa, por ejemplo cuando el sujeto activo trata de cometer el delito y se lo impiden los servicios de seguridad del acuartelamiento.

Es aplicable lo dicho respecto al allanamiento de base. Cabe la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad, siendo posible el encubrimiento¹¹²⁷.

¹¹²⁷ Vid. BLECUA FRAGA, R., RODRÍGUEZ VILLASANTE, J.L.: *Comentarios al Código Penal Militar...cit.*, pág. 739.

CAPÍTULO IX: CONCLUSIONES

Con el presente trabajo se han tratado de resolver cuestiones controvertidas sobre la protección penal del domicilio, fundamentalmente el concepto de éste, analizando aquellos aspectos que suscitan dudas en su aplicación, así como los pronunciamientos jurisprudenciales en la materia. Para ello hemos hecho un recorrido tanto por la legislación histórica como por el derecho sobre este tema en otros países y apuntado algunas notas acerca de la protección del domicilio en la Constitución Española y en el código penal actual. También hemos examinado cómo se debe llevar a cabo la diligencia de entrada y registro y las consecuencias de la prueba irregular o, en su caso, ilegalmente obtenida. Nos hemos centrado en el estudio y resolución de aquellas situaciones problemáticas que se plantean en la práctica fundamentalmente en el ámbito de las Fuerzas Armadas, dadas las especiales características de los alojamientos castrenses, cuales son en particular las limitaciones al derecho a la intimidad de los militares, la consideración de domicilio a la hora de llevar a cabo un registro en los distintos tipos de alojamientos que podemos encontrar, la forma de efectuar una entrada y registro en estos lugares, la normativa militar específica relativa a esta última cuestión...temas que siguen siendo objeto de debate y que no se han zanjado todavía. Finalmente, hemos abordado brevemente el delito específico recogido en el Código Penal Militar de allanamiento de base, establecimiento o acuartelamiento militar, delito cuyo bien jurídico protegido es otro distinto al que se protege en el allanamiento de morada regulado en el código penal común. Tras ello podemos apuntar las siguientes conclusiones:

1º. Por lo que respecta a la evolución histórica de la protección penal del domicilio, comprobamos que el origen se remonta al Derecho Romano. Ahora

bien, anteriormente dentro del Derecho Mesopotámico, el Código de Hamurabi castigaba determinados ataques contra la propiedad privada, no para preservar la intimidad de las personas, sino porque en el derecho babilónico la propiedad tenía carácter absoluto reconocido por la ley, por lo que se otorgaba la protección de la misma al propietario frente a injerencias externas. Así, el apartado IX-21, establecía que “*si un señor abre brecha en una casa, delante de la brecha se le matará y se le colgará*”. También preveía que si un oficial o un especialista (militar), se ausentaba de su campo, huerto o casa, y otra persona se hacía cargo de sus propiedades, si el oficial o militar regresaba antes de un año le sería devuelto.

En cuanto al Derecho Romano, a pesar de no existir este delito tal y como lo concebimos hoy en día, como según ha mantenido un sector doctrinal, lo cierto es que encontramos formulaciones de la inviolabilidad de domicilio dentro del delito de “iniuria” de la Ley Cornelia. En esta ley es donde se castiga por primera vez la entrada violenta en la casa de otro, acción que se recoge como una modalidad de injurias. Posteriormente, el derecho público de los pretores castigó como *dammun iniuria datum* (daño injustamente causado), los ataques contra los intereses del propietario o poseedor, y como *furtum* el apoderamiento ilícito y clandestino de una cosa ajena.

Es en la Edad Media cuando aparece la idea de que las leyes deben tutelar casi absolutamente al individuo cuando éste es perturbado en su morada. Así, encontramos en los Fueros numerosas normas tendentes a proteger la morada que fijaban el bien jurídico en la idea de seguridad personal.

En el derecho codificado, el delito de allanamiento de morada se regula desde el Código Penal de 1822. Y es que, la Constitución de 1812 ya recogía el derecho a la inviolabilidad de domicilio; para proteger dicho derecho, este texto punitivo contempló en su artículo 234.4 el delito de allanamiento de morada, que castigaba al juez o funcionario público que allanare la casa (no utiliza el término morada) de un español, sin hacerlo en la forma o los casos previstos en el código, o por alguna causa prevista en la ley. Este precepto

limitaba mucho el tipo penal, ya que el sujeto activo sólo podía ser juez o funcionario, y sujeto pasivo, únicamente un español.

El Código Penal de 1848 prevé el allanamiento de morada dentro de los delitos contra la libertad y la seguridad, en los artículos 404 y siguientes. El tipo básico consiste en entrar en morada ajena contra la voluntad de su morador. Junto a él se recoge un subtipo agravado para los casos en que la conducta típica se lleve a cabo con violencia o intimidación. Todavía no se contempla la modalidad pasiva de mantenerse en la morada, por lo que estos supuestos quedarían impunes. Ya se establece como requisito típico que la acción se lleve a cabo contra la voluntad del morador. Se contiene como causa de justificación en el artículo 405, la entrada para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, o para prestar algún servicio a la humanidad o a la justicia. Quedan excluidos los lugares abiertos al público, y así el artículo 406 dispone que *“lo dispuesto en este capítulo no tiene aplicación respecto de los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas, mientras estuvieran abiertas.”*

La reforma de 1850 así como el Código de 1870 mantuvieron la misma ubicación sistemática y e igual regulación del delito, cambiando sólo la numeración de los preceptos y elevando la pena de multa.

El Código Penal de 1928 lo reguló con gran detalle, tratando de corregir aquellos aspectos que habían sido denunciados por la doctrina respecto a los códigos anteriores. En primer lugar, se recogen estos tipos bajo la rúbrica “Delitos contra la inviolabilidad de domicilio”. Otra novedad importante es la introducción de la conducta pasiva. Aparece el subtipo agravado de cometer el delito “haciendo uso de fuerza en las cosas”. Así mismo, se exige para su persecución denuncia del agraviado.

El Código Penal de 1932 vuelve a la regulación contenida en el de 1870: de nuevo se inscribe bajo la rúbrica de “Delitos contra la libertad y seguridad”, pero ya no contempla la conducta pasiva ni el subtipo agravado de cometer el delito ejerciendo fuerza en las cosas.

El Código Penal de 1944 sigue la línea del anterior respecto al allanamiento, no advirtiéndose novedades significativas.

En las reformas posteriores, es de destacar la introducción nuevamente de la conducta pasiva llevada a cabo por Ley de 7 de abril de 1952, la protección de la inviolabilidad de lugar sagrado o edificio religioso (reforma de 1958), y la creación por la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983 (PANCP), de un Título VII dedicado a los Delitos contra la intimidad. El proceso de transición democrática debería haber ido acompañado de un nuevo Código Penal, pero éste no vio la luz hasta 1995.

Por tanto, la protección penal del domicilio para salvaguardar la inviolabilidad de éste no aparece hasta el Código Penal de 1822, manteniéndose en los códigos posteriores, si bien la cuestión del bien jurídico protegido ha sido objeto de debate hasta nuestros días.

2º. El allanamiento de morada es sancionado en los ordenamientos jurídicos de nuestros países vecinos, si bien existen diferencias en cuanto a su ubicación sistemática, el bien jurídico protegido, el objeto, el modo de ejecución, la conducta típica y quién puede ser sujeto activo.

Alemania reconoce en su Ley Fundamental para la República Federal Alemana (*Grundgesetz*) de 1949 el derecho a la inviolabilidad del domicilio, dentro de los derechos fundamentales. Desde el punto de vista penal, el domicilio se protege mediante el delito de allanamiento de morada tipificado en el Código Penal Alemán de 1871 (*Stafgesetzbuch, StGB*). Este delito se inscribe en la Sección Séptima de la Parte Especial, que lleva por rúbrica “Delitos contra el orden público” (*Straftaten gegen dieoffentliche ordnung*), castigando la violación del derecho del propietario o morador, que puede permitir o denegar la entrada. Se recoge un tipo básico en el artículo 123 y uno agravado en el artículo 124.

El bien jurídico protegido en esas figuras es el “derecho a la vivienda” (*Hausrecht*), entendida como un espacio concreto de libertad, o un bien

personal determinado de especial naturaleza. En efecto, no se concibe como “libertad plena para deambular por el domicilio o sus dependencias”, sino en el sentido más específico de “no ser molestado por los otros” y de mantener un espacio físico protegido respecto de injerencias exteriores, incluyendo el derecho a decidir quién puede penetrar en este lugar y quién no.

En cuanto al objeto sobre el que recae la conducta típica, se protegen más lugares que en el ordenamiento español. Así, se tutela el domicilio, el establecimiento comercial, la propiedad privada de otro, y espacios acotados que estén destinados al servicio o tráfico público. Como nota común, todos estos espacios tienen una territorialidad física asegurada, o, al menos, una cuya delimitación espacial se pueda acotar.

En lo que atañe a la conducta típica, se castiga tanto penetrar como permanecer en el lugar tras el requerimiento de abandonarlo por parte del titular. En ambos casos subyace la idea de duración temporal delictual para que concorra el delito. La entrada supone una invasión corporal, bastando con que se utilice sólo una parte del cuerpo, siempre que sea útil para la permanencia de las personas.

El tipo se comete cuando el hecho se realiza contra la voluntad del propietario, lo que se produce cuando el autor penetra en el espacio protegido sin un permiso expreso o escrito.

El beneficiario de este derecho es aquel que tiene la posibilidad de negar la entrada de terceros, no tan solo los propietarios sino también los poseedores inmediatos, siempre que esa tenencia se haya extendido en el tiempo mediante comportamientos inequívocos, de manera que sea reconocible el derecho.

La doctrina alemana establece como causa de justificación el llamado “consentimiento de emergencia”, que faculta al tercero, en determinadas circunstancias, y siempre que medie una especial situación que requiera una actuación rápida, a penetrar en el inmueble.

El elemento subjetivo requiere un propósito: es necesario el conocimiento del autor de que su entrada se efectúa en contra de la voluntad del propietario, no realizándose el tipo cuando se haya producido por error.

En cuanto a la autoría, no es un delito especial propio, produciéndose el desvalor de la conducta cuando alguien contra la voluntad del propietario penetra en el inmueble.

A diferencia de lo que sucede en el derecho español, no se distinguen dos conductas en función de que el sujeto sea particular o funcionario público.

Este delito sólo es perseguible a instancia de parte por el poseedor del derecho de vivienda.

Se recoge un tipo agravado en el artículo 124 que nace cuando se reúne públicamente una multitud y penetra con la intención de cometer hechos de violencia contra personas o cosas en los lugares objeto de protección.

Por lo que respecta al derecho francés, el 1 de marzo de 1994 entró en vigor el actual Código Penal Francés, texto que vino a sustituir al código napoleónico de 1810, que a lo largo de su dilatada vigencia sólo experimentó reformas parciales. Dentro del Título II “Infracciones contra la persona humana”, la Sección Primera (“De los delitos contra la intimidad”) del Capítulo VI (“De los delitos contra a personalidad”), tipifica el allanamiento de morada en los artículos 226-4-5-7. El Libro IV recoge el delito de allanamiento de morada cometido por funcionario público, en el artículo 438-8. Como vemos, el Código Penal Francés sí distingue entre la conducta de introducción en un domicilio ajeno cometida por un particular y la llevada a cabo por un funcionario público, castigando esta última con penas más severas. Además, en este caso se exige que el funcionario actúe en el ejercicio o con ocasión del ejercicio de sus funciones.

El artículo 226-4 sanciona a quien se introduzca o permanezca en el domicilio de otro mediante estratagemas, amenazas, maltrato o intimidación, excepto en los casos en los que la ley lo permite. Se castiga la tentativa con la misma pena.

El objeto sobre el que recae esta conducta es más restringido que en el Código Penal Alemán, limitándose al domicilio, que debe entenderse como morada, esto es, el espacio donde la persona desarrolla su vida privada al margen de las convenciones sociales. La jurisprudencia constitucional francesa muestra la voluntad de proteger un espacio en sentido amplio: tanto el lugar principal de la residencia como los lugares de residencia de carácter ocasional (hoteles, caravanas,...).

Poco importa el título jurídico del ocupante, que puede ser indistintamente propietario, inquilino, titular precario o incluso ocupante sin título, siempre que habite, de hecho, en el local en cuestión.

Se castiga tanto entrar (conducta activa) como permanecer (conducta pasiva). Además es necesario que esa entrada se realice mediante estratagemas, amenazas, maltrato o intimidación, y contra la voluntad del morador. También se requiere un elemento subjetivo del injusto.

La protección penal del domicilio en el Código Penal Italiano de 19 de octubre de 1930 se recoge dentro del Capítulo III, del Título XII “De los delitos contra las personas” del Libro II.

En Italia, el Código Penal Italiano distingue en función de la condición del sujeto activo, según sea particular o funcionario público. En nuestro código penal, si bien también se recoge el delito de allanamiento de morada cometido por funcionario público, éste se contiene en un Título distinto.

Así, el artículo 614 castiga al que se introduce o permanece en la habitación (domicilio) de otro, o en otro lugar de la morada privada o sus dependencias, contra la voluntad expresa o tácita de quien tiene el derecho de exclusión, o se introduce clandestinamente o con engaño. Se requiere denuncia de la persona ofendida.

Nuestro código penal distingue la modalidad violenta de la no violenta, mientras que este artículo contiene un subtipo agravado cuando el delito se comete con violencia contra las personas o cosas, o si el delincuente está claramente armado.

Por su parte, el artículo 615 sanciona al funcionario público que, abusando de las facultades inherentes a sus funciones, se introduce o permanece en los sitios mencionados en el artículo anterior.

Lo que se protege con estos tipos penales es lo que tradicionalmente se conoce como “paz doméstica”, esto es, la tranquilidad y la seguridad del lugar donde se desarrolla la vida privada.

Como hemos señalado anteriormente, el objeto de protección en los textos latinos es más reducido que en el sistema penal germánico. Así, el Código Penal Italiano protege el domicilio (habitación), otro lugar de la morada privada o sus dependencias.

En cuanto a las modalidades de conducta, al igual que sucede en el código penal español, se castiga tanto la conducta activa, introducirse, como la pasiva, permanecer.

Basta con que se realice en contra de la voluntad, expresa o tácita, del morador, o de forma engañosa o clandestinamente.

En cuanto al elemento subjetivo del injusto, la doctrina y la jurisprudencia consideran que basta el dolo genérico, esto es, la conciencia y voluntad de introducirse o permanecer en la vivienda, u otros lugares protegidos, en contra de la voluntad del titular.

Por lo que respecta al derecho anglosajón, existen grandes diferencias entre los principios que rigen este sistema penal y el continental.

Tanto el ordenamiento inglés como el norteamericano carecen de un delito autónomo de allanamiento de morada. Sin embargo, sí podemos encontrar tipos que protegen ciertos lugares conectados con el desarrollo de la privacidad del individuo. Estos tipos son el “*burglary*”, que es el robo con escalamiento, y el “*criminal trespass*”. Ambos requieren que el sujeto activo entre en un edificio o parte de él como intruso, y el objeto material es un edificio o parte de él. Aquí el bien jurídico protegido no es la inviolabilidad del domicilio, sino que es mucho más amplio.

El “*burglary*” consiste en entrar en un edificio o parte de él con la intención de cometer alguna de estas acciones: robo, lesiones corporales graves, ocasionar un daño en el edificio o en alguna cosa dentro del edificio. Se prevé un subtipo agravado si la conducta se lleva a cabo en un edificio que tenga la consideración de vivienda.

El “*criminal trespass*” castiga a quien, a sabiendas, entra o permanece ilegalmente en un edificio (*building*) o en un bien inmueble cercado o dispuesto de manera que muestra la intención de excluir a terceros.

La diferencia fundamental que encontramos respecto del “*burglary*” reside en el objeto material que es mucho más amplio. Por otra parte, no se requiere que la conducta se realice con la intención de cometer un delito. En cuanto a la gravedad de los delitos, se considera más grave el “*burglary*” que el “*criminal trespass*”.

Un aspecto importante a tener en cuenta es que la legislación norteamericana establece como causa de justificación el uso de la fuerza física para prevenir o evitar la comisión de estos delitos, cuando razonablemente se prevea que se pueden cometer, permitiendo incluso el uso de fuerza letal para prevenir o evitar la comisión de “*burglary*” cuando este delito se comete contra una vivienda o un edificio ocupado.

3º. El Código Penal de 1995, para tutelar el derecho a la inviolabilidad del domicilio ha tipificado el delito de allanamiento de morada dentro del Título X del Libro II, bajo la rúbrica “Delitos contra la intimidad” (siguiendo la línea doctrinal que ya se marcaba en el PANCP de 1983). Concretamente estos tipos penales se hallan recogidos en el Capítulo II, en los artículos 202 y siguientes.

Esta nueva ubicación constituye un cambio sistemático respecto a la regulación anterior, en la que estos delitos se encuadraban en el Título relativo a los “Delitos contra la libertad y la seguridad”. Junto con esto, cabe destacar la novedosa incorporación al Código Penal de 1995 del allanamiento de domicilio de persona jurídica, así como del allanamiento cualificado por la condición de

autoridad o funcionario público, cuando actúe fuera de los casos permitidos en la ley y sin mediar causa por delito. Por lo que respecta al tipo básico y a la agravación cuando el hecho se ejecuta con violencia o intimidación, apenas sufren modificaciones, si bien se endurecen las penas. El elemento esencial y común a todas las modalidades de allanamiento es la entrada o el mantenimiento contra la voluntad de su titular en una morada, domicilio o establecimiento ajenos.

La determinación del bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada no ha sido una cuestión pacífica en la doctrina. Si bien, como es sabido, la ubicación sistemática de un tipo no determina su objeto de tutela, en esta ocasión veremos que sí ha contribuido a determinar el bien jurídico protegido, que no es otro que la intimidad domiciliaria. De esta manera el código penal ha dado respaldo legal a las propuestas de un sector mayoritario de la doctrina tendente a vincular la inviolabilidad de domicilio con la intimidad. La Constitución reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar en su artículo 18 apartado 1. Este derecho se concibe como el derecho a mantener ámbitos de reserva de los que se excluye a otras personas. El Tribunal Constitucional establece que el derecho a la intimidad personal implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana. Por su parte, el Tribunal Supremo señala como bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada la intimidad de los moradores de la vivienda, como reducto íntimo de la vida personal y lugar de desarrollo de la vida familiar con exclusión de terceros. La intimidad, por tanto, viene a constituir una dimensión de la libertad personal, de forma que el domicilio delimita una parcela de este bien jurídico que es el soporte donde se localizan las manifestaciones de la vida privada.

En el tipo básico del apartado 1 del artículo 202 el sujeto activo es un particular, siempre que no habite en la morada ni sea funcionario público. En este último caso, si actúa fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa legal por delito, se le aplicará el delito especial impropio del artículo 204;

cuando “medie causa por delito y sin respetar las garantías constitucionales” un funcionario entre en un domicilio sin el consentimiento del morador se regirá el artículo 534.1. Sujeto pasivo es el morador, con independencia de cuál sea el título por el que mora: propietario, inquilino, o mero morador de hecho.

El legislador ha previsto dos modalidades de conducta en régimen de alternatividad: una de naturaleza activa (entrar en morada ajena) y otra de carácter omisivo (mantenerse en la morada sin habitar en ella). Esta última es de carácter subsidiario, por lo que no se trata de delitos acumulables. Entrar equivale a penetrar en algún espacio integrante de la morada por cualquier medio, siempre que se trate de la introducción del cuerpo entero, resultando atípica la introducción de aparatos como teleobjetivos, sin perjuicio de su enclave en otras figuras. Se consuma instantáneamente, ya que es un delito de mera actividad, por lo que cabe la tentativa.

Respecto a la modalidad omisiva, requiere un previo consentimiento de entrada y una posterior cesación del mismo, siendo necesaria una mínima permanencia en el interior de la morada una vez recibida la petición de salir.

La voluntad contraria del morador se configura como un requisito típico. Ha de ser clara, aunque se admite que sea tácita, e incluso ha llegado a aceptarse la presunta. No parece acertado, en nuestra opinión, admitir una voluntad presunta, ya que mientras la voluntad tácita existe, porque la revelan los hechos realizados, la presunta no existe, sino que se considera existente. Al exigir el código penal que los hechos se lleven a cabo “contra la voluntad del morador”, se está requiriendo una oposición real a la entrada, y esto no lo puede satisfacer una voluntad presunta. Por lo tanto, incluirla junto con la voluntad expresa y tácita parece excesivo.

Para que la conformidad del sujeto pasivo convierta en atípica la conducta será necesario que tenga capacidad para consentir. El consentimiento ha de ser actual y no tiene que haber sido revocado. Además ha de ser válido, por lo que no podemos admitir el consentimiento obtenido

mediante violencia o intimidación, ya que la voluntad que se obtiene de este modo convertiría en típica la conducta.

En los supuestos de pluralidad de moradores pueden surgir problemas en orden a determinar la voluntad que debe prevalecer entre las expresadas por aquéllos, ya que cada uno goza de plena capacidad para aceptar o rechazar la presencia de terceros en el ámbito espacial protegido. Aunque en la doctrina española podemos encontrar autores que atienden a la existencia de una relación jerarquizada entre los moradores para tratar de solucionar esta cuestión, la doctrina mayoritaria, considera que debe prevalecer el veto sobre el consentimiento. Esta última postura es la que parece más adecuada y acorde a la realidad de nuestros días, en la que ya no cabe hablar de una convivencia familiar jerarquizada en la que el *pater familias* goza de preeminencia respecto al resto. Si a esto añadimos que lo que se trata de proteger es la intimidad de las personas que habitan en la morada y que estamos ante una cuestión de hecho, hay que concluir que basta con que resulte afectada la intimidad de uno solo de los moradores que habitan en un domicilio para entender que se ha cometido el delito. En consecuencia y siguiendo este planteamiento, bastará con la voluntad contraria de uno para evitar la entrada.

El párrafo segundo del artículo 202 contiene el tipo cualificado cuando el hecho se ejecuta con violencia o intimidación. Estas han de encontrarse en una relación de medio a fin con la conducta de entrar o mantenerse en morada ajena. Si bien la mayoría de la doctrina entiende que la violencia o intimidación ha de proyectarse sobre las personas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha extendido la aplicación del tipo agravado a los supuestos de fuerza en las cosas, como por ejemplo, la ruptura de la puerta de entrada. El tribunal entiende equiparable la violencia o intimidación en las personas con la ejercida "*in rebus*". Respecto a esta cuestión opinamos que resulta más acertada la postura de la doctrina, pues es cierto que a lo largo del código penal se menciona expresamente tanto la violencia sobre las cosas como sobre las personas cuando el legislador ha querido sancionar o agravar ambas

conductas. Ahora bien, por otra parte entendemos que sería más acertado en aras a una mayor protección de la intimidad domiciliaria, que se introdujera en la agravación la fuerza ejercida sobre las cosas, lo que podría haberse hecho aprovechando la reforma operada mediante la Ley Orgánica 1/2015.

En cuanto a la exigencia de un dolo específico de allanar, frente a posturas mayoritarias en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que coinciden en que de la redacción del precepto no se infiere tal exigencia, existe la contraria, refrendada por algunas sentencias del Tribunal Supremo, que exigen la demostración de un dolo específico de violar el domicilio. En nuestra opinión resulta acertada la tesis mayoritaria seguida por la doctrina y la jurisprudencia de no exigir un dolo específico, ya que el allanamiento se configura de una manera objetiva, en tanto el tipo únicamente requiere la entrada o mantenimiento en morada ajena, contra la voluntad del morador. Así, el delito se realiza cuando el sujeto activo entra en una morada sabiendo que es de otro y contra la voluntad del morador, de forma que el injusto de esta figura delictiva queda constituido sin referencia a ningún *animus* o intención específica. Esta conducta, por tanto, hace innecesario que se aprecie una intención determinada para apreciar el delito.

El Código Penal de 1995 ha optado por extender la tutela penal y otorgar las referidas facultades de exclusión en el domicilio de personas jurídicas o en establecimientos abiertos al público, por constituir éstos contextos espaciales en los que también pueden proyectarse manifestaciones de la intimidad personal relativas a personas que trabajan o desarrollan su profesión en esos espacios. Así el artículo 203 castiga el allanamiento de morada de las personas jurídicas, despachos profesionales o establecimientos abiertos al público. Este conjunto de espacios cerrados constituyen un contexto en el que también se proyecta la intimidad de las personas, si bien es cierto que la intensidad de la proyección del bien jurídico es menor que en los domicilios particulares de las personas físicas, de ahí que la penalidad sea menor.

Este artículo ha sido recientemente modificado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Con la redacción anterior se contemplaban dos modalidades para proteger dichos espacios:

- Entrar contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura.

- Entrar o mantenerse, con violencia o intimidación, contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.

Tras la reforma, el apartado segundo pasa a ser el apartado tercero y se introduce un nuevo apartado segundo con la siguiente redacción: “2. *Será castigado con la pena de multa de uno a tres meses el que se mantuviere contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.*”

Por tanto, el artículo 203 recoge ahora tres modalidades para tutelar esos espacios:

- Entrar contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura.

- Mantenerse, contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.

- Entrar o mantenerse, con violencia o intimidación, contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.

Con el nuevo párrafo introducido, se soluciona el problema que existía al ser la conducta pasiva constitutiva de falta y no de delito. Ahora bien, a pesar de la reforma continúa siendo atípico entrar o permanecer durante las horas de apertura, lo que podría haberse solucionado también con la reforma.

Como podemos observar la estructura y las modalidades típicas que prevé son idénticas a las del artículo 202.

En el artículo 204 el legislador castiga el allanamiento de morada u otro tipo de establecimientos perpetrado por autoridad o funcionario público fuera de los casos permitidos por la ley siempre que no medie una causa legal por delito. Esta modalidad cualificada del allanamiento con base en la condición del sujeto activo es una novedad importante del Código Penal de 1995. Quedan fuera de este precepto aquellos atentados a la inviolabilidad domiciliaria que se lleven a cabo por autoridad o funcionario en el ámbito de una investigación penal, que encuentran respuesta en el artículo 534 del código penal. Para aplicar este precepto es necesario que el allanamiento aparezca directamente vinculado con las diligencias investigadoras de un delito.

Estamos ante un delito especial impropio, al castigar con las penas previstas en los números anteriores en su mitad superior, y además inhabilitación especial, a la autoridad o funcionario público que realizase cualquiera de las conductas descritas prevaliéndose de su cargo, fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito. En nuestra opinión, tal y como apunta algún autor, no era necesaria la regulación específica de este tipo, ya que en el supuesto de hecho que se acaba de exponer si lo que se pretendía era imponer una penalidad mayor por el carácter de funcionario público del sujeto activo, bastaba con aplicar la agravante genérica de prevalerse del carácter público del culpable prevista en el artículo 22.7 del código penal.

4º. Ahora bien, el objeto sobre el que recaen estas conductas es la morada, por lo que resulta fundamental delimitar este concepto. El Código

Penal de 1995 no proporciona una definición en el marco de los artículos 202 y siguientes. Pero, aun cuando nuestro ordenamiento jurídico no la define, sí utiliza otros conceptos como el de domicilio que podría identificarse con ella. Por otra parte, no existe una noción única de domicilio, ya que cada disciplina tiene una visión propia del mismo.

La doctrina penal mayoritaria defiende un concepto amplio de domicilio, que no coincide con el civil o procesal, pero sí con el proporcionado por la jurisprudencia constitucional. Esos autores consideran más apropiada esta interpretación puesto que la finalidad que persigue el allanamiento de morada es tutelar la inviolabilidad de domicilio, que es una garantía jurídica fundamental y una manifestación concreta de la intimidad personal, de manera que todos los lugares de residencia, sea o no habitual, en cuanto sirven para preservar la intimidad y permiten el desarrollo de la libre personalidad, están comprendidos en el término de domicilio a efectos del delito de allanamiento de morada.

Para determinar el significado de domicilio protegido por el derecho a la inviolabilidad domiciliaria proclamada en el artículo 18.2 de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha atendido a los precedentes legislativos y a la tradición jurídica, así como a los intereses objeto de protección. Conforme a esta interpretación, el tribunal da una noción muy amplia por remisión a la privacidad o intimidad, ya que relaciona la vida privada con la protección del domicilio. Así, el domicilio al que se refiere el artículo 18.2 es cualquier lugar donde el individuo desarrolle su vida privada, con independencia de que resida habitualmente en el mismo. Además no es preciso que se trate de un inmueble, basta que sea un espacio en que el individuo pueda desarrollar una actividad privada, y con independencia del título en que se posea. Respecto al domicilio de las personas jurídicas, podemos afirmar que éstas, en tanto titulares de ciertos espacios que por la actividad que en ellos se realiza requieren una protección frente a la intromisión ajena, sí gozan de la protección del domicilio. Ahora bien, el contenido de este derecho no es idéntico respecto al de las personas físicas. En atención a la naturaleza y la especificidad de los fines de

dichas personas, ha de entenderse que la tutela constitucional del domicilio de las personas jurídicas sólo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento, que quedan vedados al conocimiento de terceros. En conclusión, la noción constitucional de domicilio tiene perfiles propios, que la hacen diferente del concepto de domicilio en el campo civil, procesal o administrativo. Son dos notas fundamentales las que lo determinan: espacio físico y vida privada. El criterio esencial para calificar como domicilio un determinado espacio es que sirva de manera habitual y efectiva como residencia, o aunque su uso sea ocasional, su destino específico sea servir a dicho fin. Ello supone que deben considerarse incluidos habitáculos que, aunque inicialmente no tengan como finalidad habitual servir de residencia, cumplan de manera efectiva dicha función, como los automóviles, habitaciones de hotel, etcétera.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado en la línea mantenida por el Tribunal Constitucional ratificando que el domicilio a efectos penales se define mediante una situación de hecho de desarrollo de la vida privada en un habitáculo determinado, separado del mundo exterior, que puede ser cualquier espacio, incluso una construcción provisional.

A nuestro juicio, por tanto, a la hora de aplicar el delito de allanamiento de morada, hay que mantener un concepto amplio de domicilio, ya que lo que se protege es la intimidad domiciliaria, y ésta se puede desarrollar en cualquier espacio apto para ejercer la vida privada, con independencia de su configuración, habitualidad de uso,... Por morada debe entenderse un espacio generalmente cerrado, separado del mundo exterior, donde el morador desarrolla su libertad más íntima, con posibilidad de exclusión de terceros, y sin estar sujeto a los usos y convenciones sociales. Se incluyen también las dependencias o aledaños que constituyan el entorno de la vida privada de los

moradores, en tanto se encuentren conectadas con la misma. Si mantenemos esto, el concepto de la morada puede abarcar multitud de lugares, por lo que no se puede establecer una definición estricta de la misma, sino que esa acepción debe ser amplia, coincidiendo con la noción constitucional de domicilio.

5º. Además, nuestra legislación establece unos requisitos para proceder a realizar una entrada y registro en un lugar cerrado, especialmente en un domicilio, protegido por el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio reconocido por el artículo 18.2 de la Constitución.

Este derecho no es absoluto, sino que la propia Constitución establece tres casos en que se puede limitar: consentimiento del titular, resolución judicial y flagrante delito.

Se ha planteado si tales supuestos son taxativos, y por tanto de interpretación restrictiva, o si, por el contrario, cabrían otros. En este sentido el Tribunal Constitucional ha considerado que pueden existir otros límites, a saber: aquellas hipótesis que generan causas de justificación, como puede ocurrir con el estado de necesidad y el de aquellos otros casos en que tal medida se encuentre expresamente establecida por una ley, como el de los estados de alarma, excepción y sitio, regulados por Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, en los supuestos de investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, desarrollado por Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, y de acuerdo con la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, en situaciones de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otras semejantes de extrema y urgente necesidad.

Estos casos excepcionales, han de ser interpretados restrictivamente y no están exentos de la intervención judicial, ya que el juez deberá comprobar la legalidad de la entrada y registro, si bien ésta se produce a posteriori.

La entrada y el registro domiciliario constituyen medidas que afectan a la inviolabilidad del domicilio, ya que suponen una intromisión en este derecho fundamental. Se trata de actuaciones diferentes, ya que mediante la entrada únicamente se penetra en el domicilio. Con el registro, se buscan, además, datos para la investigación y elementos de prueba. El registro siempre presupone una entrada previa e implica un plus a esa injerencia domiciliaria, mientras que la entrada no necesariamente se produce siempre para proceder al registro.

Es evidente, pues, que dado el carácter de derecho fundamental que tiene la inviolabilidad del domicilio, es necesario encontrar el justo equilibrio entre el deber de los poderes públicos de perseguir los delitos y hacer cumplir la legalidad vigente, y el respeto a ese ámbito de privacidad que representa este derecho para los ciudadanos. En cierta medida, ese equilibrio cobrará realidad siempre y cuando la entrada y registro se lleve a efecto con gran cautela y rodeándola de las garantías necesarias. Para ello habrá que atender a lo dispuesto al respecto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que regula la entrada y registro en lugar cerrado dentro del 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”, en los artículos 545 a 572.

6º. En principio, en los sistemas penales europeos rige el principio de libre valoración de la prueba, pero esta ponderación no es absoluta e ilimitada, sino que ha de hacerse conforme a la sana crítica, motivando la relación que existe entre los hechos que se estimen probados y los medios de prueba de los que se desprenden, y siempre de acuerdo con las normas relativas al uso de la prueba que nos llevan a rechazar aquellas pruebas ilegalmente obtenidas.

En la literatura encontramos distinta terminología para tratar este último tema; así, hay autores que hablan de prueba ilegalmente obtenida, otros de prueba ilícita, otros de ilícitamente obtenida, otros de prohibiciones probatorias, otros de prueba ilegal, y otros de prueba prohibida. Cómo nos refiramos a la

prueba tiene importancia y matizaciones, ya que una prueba puede ser ilícita por haber sido ilícitamente obtenida, lo que determina su ilegalidad, mientras que en otros casos, una prueba siempre es ilícita en sí misma por decirlo así la ley, con independencia de cómo se halla llegado a ella.

Así, podemos distinguir entre aquellos supuestos en los que se obtiene una prueba vulnerando los requisitos constitucionales exigidos para transgredir un derecho, como puede ser el caso del derecho a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el artículo 18.2 de la Constitución, de aquellos otros en los que, existiendo un elemento legitimador y, por ende, sin causar lesión alguna a un derecho constitucional, se realiza la prueba incumpliendo las normas procesales reguladoras de la misma, que en el caso de las entradas y registros son las contenidas en los artículos 545 a 572 de la LECrim. Si nos encontramos ante el primer supuesto hablaremos de prueba ilegal, y en el segundo de prueba irregular.

La diferencia es de suma importancia, ya que las consecuencias son radicalmente diferentes.

En el primer caso, ausencia de resolución judicial habilitante para la entrada y registro, el acto es nulo de pleno derecho, e ilícitas son las pruebas obtenidas que traigan causa del mismo (por ejemplo, la testifical de los agentes que practicaron el registro), en virtud de la doctrina de los frutos del árbol envenenado que ha sido acogida, con matices, en España con el nombre de conexión de antijuridicidad.

Sin embargo, si la prueba se ha obtenido, en principio, respetando los requerimientos constitucionales, esto es, por ejemplo, con la oportuna orden judicial de entrada y registro, pero es irregular por estar afectada de infracciones de legalidad ordinaria (por ejemplo, si no asiste el secretario judicial o los intervinientes no firman el acta), el juez puede decretar la nulidad de la entrada y registro y la prueba preconstituida no accederá a la vista oral, si bien cabe acreditar el mismo hecho por otros medios, usualmente la testifical de los intervinientes en el registro, o sanar tal irregularidad. En estos

supuestos, en función del incumplimiento legal, el acto será nulo de pleno derecho e insubsanable, o, por el contrario, estará afectado de nulidad relativa y cabrá su subsanación posterior

7º. En cuanto a la prueba que se ha obtenido con vulneración de un derecho reconocido constitucionalmente, esta cuestión fue en parte resuelta por el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que dispone: “1. *En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.*”

Este artículo trae causa de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional (entre otras, en las SSTC 13/1981, de 28 de julio, 55/1982, de 25 de julio y 114/1984, de 29 de noviembre) de considerar admisible rechazar la prueba ilícitamente obtenida, por no poder ser apreciada por el órgano judicial sentenciador, doctrina que fue seguida también por el Tribunal Supremo.

El antedicho precepto ha sido interpretado por la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, a fin de determinar qué debemos entender por las pruebas obtenidas violando indirectamente los derechos fundamentales. De acuerdo con la doctrina de estos órganos, serían nulas tanto las pruebas directamente obtenidas como aquellas otras obtenidas indirectamente siempre que exista una conexión de antijuridicidad, que exige el análisis desde una doble perspectiva: interna (o de conexión causal) y externa (entidad de la vulneración del derecho fundamental). Ahora bien, en nuestra opinión, y en aras a la garantía del respeto a los derechos fundamentales, debería prescindirse del segundo análisis, puesto que, el estudio desde la perspectiva externa supone examinar la entidad de la vulneración de un derecho fundamental, lo cual supone restringir la conexión causal en atención a circunstancias ajenas a la violación indirecta de los derechos fundamentales, que es lo que debe analizarse. No tiene nada que ver en qué medida se ha

producido la violación del derecho, ni mucho menos que quien actúa lo haga por error o imprudencia.

Una de las cuestiones más controvertidas y donde podemos encontrar más cambios en la línea jurisprudencial, es respecto a la conexión o desconexión de las confesiones del acusado cuando la prueba originaria ha sido declarada inconstitucional y, por ende, nula. De acuerdo con la última doctrina jurisprudencial mayoritaria mantenida desde 2011 que nos parece acertada, no se puede dar una respuesta general y unitaria para todos los casos, sino que habrá que analizar cada supuesto concreto para ver si la confesión está conectada a la prueba ilegalmente obtenida, y ello en atención a los siguientes criterios:

1º) Que la declaración se preste de forma libre, sin vicios del consentimiento, siempre que previamente el sujeto haya sido informado de sus derechos y esté siendo asistido de letrado.

2º) Se le tiene que haber informado de sus derechos, fundamentalmente del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pero también se requiere una información cualificada, esto es, que se puede declarar la nulidad de la prueba originaria por ser ilegal la diligencia de que se trate (entrada y registro, intervención de las comunicaciones...)

3º) Que la confesión se produzca o, al menos, reitere en el acto del juicio oral.

4º) Que no se haya decretado el secreto de las comunicaciones.

8º. En las diligencias que suponen limitación de derechos fundamentales rige el principio de especialidad, en virtud del cual debe existir una identidad entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se está investigando. De este modo se impide conceder autorizaciones en blanco para limitar los derechos fundamentales de las personas.

Ahora bien, muchas veces en la práctica, mientras se está ejecutando una de estas medidas, se descubren indicios de delitos diferentes a aquél que inicialmente se está investigando; esto ha dado lugar a la doctrina de los hallazgos casuales. Por hallazgos o descubrimientos casuales debemos entender la aparición de hechos delictivos nuevos en el curso de la investigación de un ilícito penal, no incluidos en la resolución judicial que habilita una medida restrictiva de derechos, o de sujetos inicialmente no investigados, y que salen a la luz cuando se está ejecutando tal medida; es decir, cuando al investigar lícitamente unos determinados hechos delictivos, se descubren por casualidad otros distintos o aparecen otros sujetos implicados

La diligencia de entrada y registro, precisamente, está ligada a algunos de los tipos delictivos más frecuentes en la práctica, como los delitos contra la salud pública, receptación y tenencia de armas, en los que es también bastante común que se produzcan hallazgos casuales.

No existe ningún precepto legal acerca de cómo actuar ante estos casos, por lo que es necesario acudir a los pronunciamientos jurisprudenciales.

Los requisitos que exige el Tribunal Supremo para dar licitud a los hallazgos casuales son: 1º) que las pruebas se refieran a otro delito grave que justificaría autónomamente la concesión de una autorización de entrada y registro; 2º) que exista una resolución judicial que autorice la entrada y registro, con lo que se cumplen los presupuestos constitucionales para legitimar la intromisión en un domicilio ajeno; 3º) que se cumplan las previsiones legales en su práctica.

El tribunal también ha indicado como criterio que debe analizarse si los delitos son o no conexos, y si procede ampliar el objeto del mandamiento judicial con la adopción, en su caso, de las prevenciones que fueran aconsejables en derecho.

Así mismo, la jurisprudencia ha señalado que si nos encontramos ante un supuesto de flagrancia delictiva, podría quedar legitimada la actuación policial ante un hallazgo casual: las entradas y registros se caracterizan por su

realización en unidad de acto, lo que implica el descubrimiento flagrante de posibles delitos diferentes al investigado, derivados del hallazgo de objetos que pueden constituir pruebas o el cuerpo del delito, de nuevos ilícitos penales. En este caso no sería necesaria la autorización judicial, siempre que la intervención policial fuera necesaria de modo inmediato, de manera que no pudiera esperarse a obtener dicha resolución.

Por tanto, nos parece que no se puede negar la evidencia de un hallazgo fortuito y, por tanto, la evidencia material de la comisión de un ilícito penal, ya que esto iría en contra del principio de persecución de hechos criminales y el interés general de evitar la impunidad de las conductas delictivas.

En nuestra opinión, hay que partir de si existía o no una base legal previa que justificara el hallazgo casual, esto es, si existía previamente una habilitación legal para llevar a cabo esa diligencia, de modo que el conocimiento de las pruebas de un nuevo hecho delictivo se produce de manera sobrevenida en el transcurso de la práctica de ésta. Si la diligencia inicial para investigar un hecho delictivo era lícita, no debe rechazarse a priori la validez de los posibles hallazgos casuales de otro tipo penal, ya que esta diligencia inicial, en un primer momento, da cobertura suficiente a la quiebra del derecho fundamental, como la inviolabilidad domiciliaria, intimidad de las comunicaciones,....

Ahora bien, una vez descubierto el hallazgo casual hay que respetar al máximo las garantías de los derechos en juego. Así, pensamos que quien esté realizando la diligencia debe suspenderla, adoptando las medidas de aseguramiento de los efectos del delito que resulten convenientes, y solicitar del juez la oportuna ampliación de la autorización inicial para proseguir con la diligencia con relación a los nuevos elementos hallados, si estamos ante un supuesto de conexión, o bien solicitar una nueva autorización judicial si los delitos son totalmente independientes. Sólo en el caso de que existiera un riesgo real de desaparición de los efectos del delito si se procediese de este modo, la actuación de las personas que prosiguieran con la diligencia podría quedar amparada por la flagrancia delictiva.

9º. Una vez sentada la protección otorgada por el ordenamiento penal al domicilio, nos centramos en el ámbito castrense. En este contexto abordamos un tema importante que se plantea en la práctica: la licitud de las labores de control o inspección, así como la ejecución de actos de la Administración, que pueden implicar la vulneración de derechos fundamentales y concretamente del derecho a la intimidad domiciliaria cuando para llevar a cabo dichas acciones se hace necesaria la entrada en determinados lugares del ámbito militar que pueden tener la consideración de domicilio. En consecuencia, podríamos encontrarnos ante un delito de allanamiento si resultasen violados tales derechos.

Hay que tener en cuenta que los derechos reconocidos por la Constitución no son absolutos ni ilimitados. Debido a su coexistencia con otros derechos e intereses protegidos por la norma fundamental, pueden establecerse límites a su ejercicio, siempre y cuando se establezcan por ley, se justifiquen en la protección de un derecho, bien o interés constitucional, respeten su contenido esencial y sean adecuados y proporcionados para garantizar dicha protección. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el derecho a la inviolabilidad del domicilio no es absoluto, y limita con los demás derechos y con los derechos de los demás; por ello su protección constitucional puede ceder en determinadas circunstancias como son el consentimiento del titular, estar cometándose un delito flagrante y la autorización judicial.

A esto cabe añadir que determinados ciudadanos, en atención a la relación de supremacía especial que les une con la Administración, pueden padecer restricciones específicas respecto de determinados derechos. Este es el caso de los miembros de las Fuerzas Armadas. En atención, por tanto, a razones como la extraordinaria relevancia de las funciones que les encomienda la Constitución y la Ley de Defensa Nacional, su derecho a portar armas, así como los valores que inspiran su actuación en aras a la consecución de tales

finés, deben estar sometidos a una restricción de sus derechos, que se justifica por la necesidad de proteger ciertos fines o intereses constitucionalmente reconocidos, ello, con las debidas garantías.

10°. Por lo que respecta al derecho a la intimidad, el artículo 18 de la Constitución reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar. La intimidad se encuadra dentro de los llamados derechos de la personalidad, derivados de la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 de la Constitución. Se considera como tal el reducto más privado de la vida del individuo, como el espacio que el sujeto reserva para sí y excluye del conocimiento de terceras personas. Por su parte, el artículo 18.2, tras declarar que el domicilio es inviolable, determina que ninguna entrada o registro podrá hacerse en domicilio ajeno, salvo en tres supuestos. La morada o domicilio es, precisamente, una de las expresiones más importantes del ámbito de la intimidad personal o familiar, razón por la que es objeto de especial protección constitucional y penal. La inviolabilidad del domicilio se concibe, por tanto, como una garantía de la vida privada y como una concreción del derecho a la intimidad domiciliaria. Pero además esta garantía aparece reforzada por nuestra norma fundamental al prohibir cualquier tipo de entrada o registro, salvo en los casos previstos expresamente en su texto: consentimiento del titular, resolución judicial o flagrante delito.

El consentimiento consiste en el permiso de quien corresponda otorgarlo para entrar en la morada. En este caso, en realidad, no se limita el derecho, sino que quien lo tiene lo está ejerciendo. Puesto que la autorización es voluntaria se puede retirar en cualquier momento, por lo que si se retira la permanencia en el domicilio no puede continuar.

En cuanto a la flagrancia delictiva, en términos generales podemos decir que es aquella situación de sorprender al delincuente en el momento de realizar el delito o en circunstancias inmediatas a su comisión, pero que se perciben previamente a la entrada en el lugar. No puede justificar

posteriormente una entrada en principio ilegítima. Es necesario que exista una evidencia de la comisión de un delito, y que dicha evidencia requiera una intervención policial urgente, no bastando, pues, las meras sospechas.

Salvo que exista consentimiento del titular del domicilio o apreciemos flagrante delito, sólo se permite la entrada en morada ajena si media resolución judicial, que ha de adoptar la forma de Auto, y además ha de estar motivado. Esta motivación no ha de ser genérica, sino específica y concreta, justificando esta medida de acuerdo con el principio de proporcionalidad. El Auto deberá indicar con precisión el lugar o edificio que ha de ser objeto de entrada, así como el tiempo y la autoridad o funcionario que lo deba llevar a cabo.

11º. En el ámbito castrense estos aspectos devienen especialmente problemáticos. Los miembros de las Fuerzas Armadas, debido a la singularidad de las misiones que tienen atribuidas y a los principios de disciplina y jerarquía a los que se hallan sometidos, están sujetos a una gran movilidad geográfica, lo que supone que han de cambiar de localidad con frecuencia, y por tanto residir fuera de su domicilio familiar. Esto provoca la presencia de los militares en establecimientos de naturaleza castrense fuera de las horas de trabajo, en espacios habilitados en las propias Unidades, en buques militares, en alojamientos compartidos (las antiguamente llamadas “naves corridas”), incluso en barracones, corimecs o tiendas de campaña, cuando se hallan desarrollando ejercicios tácticos o desplazados fuera del territorio nacional, lugares todos ellos en los que desarrollan su privacidad. En ocasiones, ocupan habitaciones en residencias militares, ubicadas fuera de las Unidades donde realizan su actividad laboral, pero gestionadas por otros militares y dependientes del Ministerio de Defensa. Así mismo, los alumnos de los Centros Militares de Formación, durante el tiempo en que dura dicho periodo de instrucción, residen en el centro, sometidos a disciplina y normativa militar, en habitaciones, en la mayoría de ocasiones compartidas.

Esto, unido a las facultades de autotutela de la Administración, ha planteado y plantea numerosos problemas en la práctica en aras a determinar si estos lugares podemos considerarlos encuadrados dentro del concepto de domicilio constitucionalmente protegido, a efectos de la entrada en los mismos. Esta cuestión es de gran importancia, y ha suscitado una notable preocupación al respecto por parte de las autoridades y mandos militares, sobre todo a partir de la importante STC 189/2004, de 2 de noviembre, en la que el Tribunal Constitucional concedió el amparo al recurrente por entender que las habitaciones en las residencias militares sí tienen la consideración de domicilio. Antes de este pronunciamiento jurisprudencial y a la luz de la normativa aplicable en el ámbito de las Fuerzas Armadas, los mandos militares estaban “acostumbrados” a entrar en dichos lugares para realizar revistas e inspecciones, para garantizar el mantenimiento de la disciplina y buen orden en el interior de los establecimientos militares, sin tener en cuenta muchas veces que, ante la negativa del interesado, podrían estar conculcando su derecho a la intimidad domiciliaria. Toda esta situación ha provocado multitud de consultas en las Asesorías Jurídicas de las Fuerzas Armadas acerca de si era posible o no entrar o efectuar registros en determinados lugares.

En el ámbito castrense, en líneas generales, podemos encontrarnos ante los siguientes supuestos:

- VIVENDAS MILITARES

Podemos establecer tres categorías:

- Viviendas de representación: asignadas a los mandos y autoridades militares que, por razón de su cargo, las deben utilizar obligatoriamente, mientras lo desempeñan, como domicilio oficial y de representación social.
- Viviendas de servicio: asignadas a determinados miembros de las Fuerzas Armadas que, en atención a su destino, se considera que deben vivir en el interior o proximidad de una dependencia, por lo

que su ocupación es obligatoria mientras se permanezca en ese puesto.

- Viviendas disponibles: adjudicadas a aquellos que las soliciten por haber sido destinados a una Unidad y no disponer de vivienda de su propiedad en la localidad donde radique el destino.

La Sala 5ª del Tribunal Supremo señala que la calificación de oficial de una vivienda no es suficiente para que se convierta a todos los efectos en medios o recursos oficiales, por lo que en principio, toda vivienda construida o habilitada para que en ella habite un militar con su familia, está destinada a un uso particular, porque no cabe un ámbito más particular o privado que aquel en el que la persona satisface sus necesidades de vida doméstica.

Por tanto, sea cual sea la tipificación de dichas viviendas éstas constituyen domicilio de los militares que las ocupan.

- RESIDENCIAS MILITARES:

Las habitaciones de las residencias militares deben tener la misma consideración que las habitaciones de los hoteles, y por tanto, gozan de la consideración de domicilio.

No obstante, esto no ha sido así en la práctica, lo que llevó a plantear un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que resolvió esta cuestión en la célebre STC 189/2004, de 2 de noviembre.

En ella el Tribunal Constitucional otorgó el amparo a un Suboficial del Ejército de Tierra que había sido desalojado, en su ausencia, de la habitación que ocupaba en una residencia militar. A dicho Suboficial se le ordenó que desalojase la habitación por el impago de las mensualidades, en virtud de la resolución dictada por el Coronel Director de la residencia en aplicación de las Normas de Régimen Interior. Tras reiterados apercibimientos para que abandonase la habitación a los que el usuario hacía caso omiso, dicho Director

acordó la entrada en la misma para proceder a su desalojo. Esta actuación fue denunciada por el Suboficial ante el Juzgado Togado Militar Central que entendió que la entrada era legítima puesto que el demandante, en aplicación de las Normas de Régimen Interior había perdido la condición de residente. Planteado el amparo ante el Tribunal Constitucional por considerar el recurrente que se había vulnerado su derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria, lo primero que examina el tribunal es si la habitación asignada en una residencia militar a una persona constituye domicilio, y por tanto, si cuenta con la protección dispensada por el artículo 18.2 de la Constitución. El tribunal concluye, a nuestro juicio de un modo acertado, diciendo que no cabe duda alguna de que las habitaciones de las residencias de los militares, en la medida en que sean lugares idóneos, por sus propias características, para que en las mismas se desarrolle la vida privada y efectivamente estén destinadas a tal desarrollo, aunque sea eventual, constituyen el domicilio de quienes las tienen asignadas a los efectos de la protección que les dispensa el art. 18.2 de la Constitución.

- ALOJAMIENTOS DE TROPA:

Aquí nos encontramos con el supuesto más problemático.

Podemos distinguir, a su vez:

- Alojamientos divididos en módulos compartidos por tres o cuatro residentes.

- Dormitorios comunes (“naves corridas”).

Estos lugares son los que más controversia han suscitado, debido, por un lado, a sus especiales características, ya que son compartidos; y por otro, a la regulación castrense respecto a los mismos. Tanto las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas como las Reales Ordenanzas de cada uno de los ejércitos, así como el artículo 46 de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, y sucesivas normas sobre el control de

sustancias estupefacientes en el seno de las Fuerzas Armadas, venían permitiendo que el Jefe de la Unidad acordara la entrada y registro en estos alojamientos en aras al mantenimiento de la disciplina y buen orden que debe regir en todo establecimiento militar, no quedando clara la protección que merecían estos lugares.

A esto cabe añadir que respecto a las llamadas “naves corridas”, los tribunales han venido estimando que no tienen la consideración de domicilio por entender que no son lugares aptos para el desarrollo de la vida privada.

Ahora bien, en nuestra opinión estos lugares sí deberían tener la consideración de domicilio por las siguientes razones: si bien es cierto que no es un lugar idóneo para el desarrollo de la vida íntima, también es verdad que es el único espacio para ello respecto de aquellos militares que viven en el interior de un acuartelamiento. No podemos olvidar que en el caso de los soldados de reemplazo el alojarse en estos lugares no era una cuestión voluntaria, sino forzosa. En la actualidad, en algunos supuestos, como es el de los alumnos de Centros Militares de Formación, sigue siendo obligatorio, y en muchos lugares sólo se dispone de este tipo de habitaciones para alojarlos.

En todos estos supuestos, los alojamientos compartidos resultan muchas veces el único lugar donde pueden desarrollar un mínimo de privacidad y donde disponen de lugares como taquillas, armarios, etcétera, en los que pueden guardar aquellos objetos que desean mantener a salvo de intromisiones. Recordemos que el Tribunal Supremo, al reconocer la condición de domicilio a las habitaciones de hoteles señalaba que *“existen personas que por específicas actividades y dedicaciones pasan la mayor parte de su tiempo en hoteles y no por ello se puede decir que pierdan su derecho a la intimidad, pues sería tanto como privarles de un derecho inherente a su personalidad que no puede ser dividido por espacios temporales o locales”* (STS 21 de noviembre de 1997). Por otro lado, el hecho de que un lugar sea compartido por varias personas no es obstáculo para considerarlo domicilio, tal y como hemos visto en la jurisprudencia relativa al delito de allanamiento de morada

del código penal común. Respecto al argumento de la necesidad de mantener el orden y la disciplina, no vemos que resulte vulnerado por establecer mayores garantías para efectuar entradas y registros en tales lugares. En caso de flagrante delito o consentimiento no habría problema. Sin embargo, si existen indicios de que se está cometiendo un delito o se trata de ejecutar actos de la Administración se puede acudir al orden jurisdiccional correspondiente para solicitar la debida autorización, de manera que ambos intereses resultarían salvaguardados.

Se trata de un espacio cerrado donde residen varias personas, dentro del cual existen locales de aseo, y donde los residentes guardan sus efectos personales, pueden tener reuniones,... por lo que no cabe duda que dichas habitaciones son aptas para el efectivo desarrollo de la vida privada en las mismas.

El hecho de que la habitación sea compartida con personas no elegidas por el residente no impide esta conclusión (lo mismo sucede, por ejemplo, en los casos de viviendas alquiladas por habitación o cama), puesto que el ejercicio del derecho a la inviolabilidad del domicilio, que es un derecho individual, puede ejercerse sin límites frente a terceros, pero puede estar condicionado por las propias características del lugar en que se encuentra (en este caso, dentro de un acuartelamiento sujeto a normas de régimen interior), por el contrato de alquiler, por el contrato de hospedaje, etcétera, sin que por ello dicho espacio deje de ser domicilio. En estos casos lo que se produce es un debilitamiento del derecho como consecuencia de una posesión (una intimidad) voluntariamente compartida con otros sujetos.

Lo determinante para poder calificar un espacio como domicilio es que el individuo vive en él sin estar necesariamente sujeto a las convenciones sociales, y ejerce su libertad más íntima, y en dichas habitaciones los residentes sí pueden hacerlo ya que, fuera del horario de actividades académicas o laborales, gozan de total autonomía, dentro de las normas de decoro y discreción.

Por lo tanto, y de acuerdo con todos estos argumentos este tipo de alojamientos deberían considerarse domicilio.

En consecuencia, para entrar en todos estos lugares, ya sea para realizar una revista, una inspección o un registro en primer lugar se solicitará autorización del titular.

Si el titular consiente, se procederá a la apertura, levantándose acta en la que se consigne tal autorización, las razones del registro, personas intervinientes y resultado del mismo.

Si se niega, se precintará el inmueble de que se trate y se solicitará autorización judicial para llevar a cabo el registro. Previamente, el titular podrá retirar los efectos que precise para su vida diaria.

En definitiva, lo que podemos concluir es que en el ámbito militar resultan totalmente aplicables los pronunciamientos del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional sobre qué lugares deben tener la consideración de domicilio protegido. Cuestión distinta es que el derecho a la intimidad domiciliaria, en ocasiones, se vea debilitado en atención a la relación de supremacía especial que une a los miembros de las Fuerzas Armadas con la Administración y a las funciones que tienen asignadas. Ello no significa que deba de prescindirse de los requisitos legales para entrar en el domicilio de un militar, simplemente que en ocasiones habrá causas que justifiquen la entrada en el domicilio de un miembro de las Fuerzas Armadas que no la justificarían si se tratase de un civil, pero los cauces legales deben ser seguidos en todo caso, ya que los bienes que se trata de preservar (disciplina, jerarquía y seguridad) quedan salvaguardados igual si se respetan dichos cauces.

Cuestión distinta es la de las taquillas o armarios donde el personal militar guarda su equipo, material y demás elementos y ropas de trabajo y que se sitúan en espacios comunes de los lugares de trabajo, como los vestuarios, almacenes de ropa o equipajes, salas de estar, etcétera.

Estas taquillas forman parte del mobiliario de las Unidades, y son dispuestas por el estado para facilitar al personal la incorporación diaria al servicio.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, las taquillas habilitadas en las Unidades Militares con la finalidad de facilitar el cambio de vestuario y guardar el equipo, no pueden ser consideradas domicilio, ni en su registro se atenta contra la intimidad.

La protección es la misma que la dispensada respecto de las taquillas de cualquier trabajador situadas en los centros de trabajo. El artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores señala que se podrán realizar registros sobre la persona de los trabajadores en sus taquillas y efectos particulares. Así lo ha admitido la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Finalmente también cabe señalar que en el ámbito castrense existe un establecimiento penitenciario militar en Alcalá de Henares, que se rige por una regulación propia, el Reglamento Penitenciario Militar, si bien resulta de aplicación supletoria la legislación penitenciaria común, esto es, la Ley Orgánica General Penitenciaria y el Reglamento Penitenciario. Como el Reglamento Penitenciario Militar no contempla la cuestión de los registros en las celdas, hemos de acudir al Reglamento Penitenciario, y aplicar lo dispuesto en él. Puesto que la regulación de los registros es muy escasa y no especifica cómo practicarse, debemos recurrir a los pronunciamientos judiciales en la materia y a los criterios dados por las Circulares e Instrucciones de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Hay que recordar que, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial, las celdas no tienen la consideración de domicilio. Ahora bien, siguiendo lo dispuesto en las resoluciones judiciales y las circulares indicadas, los registros en ellas deben realizarse justificándose en una razón concreta dentro del respeto a la dignidad de la persona, preservando en la medida de lo posible la intimidad del recluso teniendo en cuenta el criterio de la proporcionalidad y facilitando, en la medida de lo posible, la presencia del interno.

Junto con este establecimiento penitenciario, existen establecimientos disciplinarios militares para cumplir las sanciones disciplinarias de arresto que la Administración Militar puede imponer a tenor de lo dispuesto en el artículo 25.2 de la Constitución. Estos centros disciplinarios se regulan por su normativa específica (que actualmente está siendo objeto de reforma), si bien ésta no dispone cómo se deben llevar a cabo los registros en los módulos donde se alojan los arrestados. Nos encontramos, por tanto, ante la siguiente situación: los arrestados deben cumplir la sanción en un establecimiento disciplinario militar, de idénticas características a los establecimientos penitenciarios; al ingresar se les asigna un módulo y sección; se les reconocen los derechos garantizados en la Constitución y en las leyes, concretamente el derecho a la intimidad personal, con las limitaciones que se deduzcan de la legislación militar y con excepción de aquellos que resulten afectados por la resolución sancionadora. En consecuencia, a nuestro juicio, y a falta de una disposición específica, será de aplicación, con carácter supletorio y dadas las características de estos lugares, lo dispuesto en el Reglamento General Penitenciario para los registros de las celdas, y que hemos señalado anteriormente arriba.

12º. En cuanto a la autoridad judicial competente para autorizar la entrada a estos lugares considerados domicilio en el ámbito castrense, hemos de distinguir si estamos ante supuestos de ejecución forzosa de actos de la Administración, en cuyo caso sería competente la jurisdicción contencioso-administrativa, o si estamos ante la presunta comisión de un hecho delictivo, donde podemos distinguir tres supuestos:

- Si el registro se solicita porque existen indicios fundados de la comisión de un delito común, como un delito contra la salud pública, será competente el Juez Penal de la jurisdicción ordinaria.
- Pero si estamos ante la supuesta comisión de un delito previsto en el Código Penal Militar la competencia corresponderá al Juez Togado. Por

tanto, si este juez recibe una solicitud de entrada y registro respecto a un presunto delito de competencia de la jurisdicción ordinaria se inhibirá a favor del Juez Instructor competente.

- Finalmente, también puede suceder que ya exista un proceso penal en fase de sumario, en cuyo caso, será el Juzgado Togado Militar que conozca de la causa el que mediante Auto acuerde la entrada y registro, siempre que lo estime necesario para esclarecer los hechos y no pueda conseguirlo por otros medios más garantistas de los derechos fundamentales.

13°. Dada la complejidad del tema, podemos encontrarnos ante entradas y registros llevados a cabo por miembros de las Fuerzas Armadas en alojamientos militares que tengan la consideración de domicilio fuera de los supuestos previstos en el artículo 18.2 de la Constitución. Las consecuencias que se derivarían de ello serían las siguientes.

En primer lugar, las pruebas que se obtengan serán nulas, tanto las obtenidas directamente del registro, como las que puedan derivarse como consecuencia de éstas y respecto de las cuales pueda establecerse una conexión de antijuridicidad.

Además cabría apreciar un delito de allanamiento de morada del código penal común, ya que el Código Penal Militar no prevé este tipo de conductas. Por lo tanto, si un militar entra o registra un domicilio de otro, estaría incurriendo en un delito de allanamiento de morada. Se aplicaría el tipo cualificado del artículo 204 del código penal, ya que los miembros de las Fuerzas Armadas son funcionarios públicos.

Así mismo podríamos aplicar el error en algunos supuestos. Por ejemplo, si el autor considera que el lugar no tiene la consideración de morada, sería error de tipo y determinaría la atipicidad de la conducta al no contemplarse la modalidad imprudente. Si cree que está obrando legalmente y

no es así, se trataría de un error de prohibición; esto es, si el militar cree que concurre una causa de justificación (cumplimiento de un deber, si obedece una orden, o ejercicio legítimo de derecho...), en este caso estaríamos ante un error de prohibición, con pena inferior si es vencible en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 del Código Penal.

14º. Finalmente hemos apuntado unas notas sobre el delito de allanamiento de base, acuartelamiento o establecimiento militar, o vulneración de las medidas de seguridad establecidas para su protección, que se tipifica en el artículo 61 del vigente Código Penal Militar, promulgado por Ley Orgánica 13/1985 de 9 de diciembre. Esta figura se encuentra ubicada en el Título I del Libro Segundo de dicho código relativo a los delitos contra la seguridad nacional y defensa nacional, y se encuadra dentro de este Título en el Capítulo IV que se refiere a los atentados contra los medios o recursos de la defensa nacional.

Se ha cuestionado la existencia de este tipo penal al plantearse si es reconducible al allanamiento del artículo 203 del código penal común. En nuestra opinión, y tal y como ha apuntado la Sala 5ª del Tribunal Supremo, el delito de allanamiento de base, acuartelamiento o establecimiento militar se justifica en aras al bien jurídico de trascendencia eminentemente castrense que protege.

El objeto de tutela es la seguridad nacional y la defensa nacional, que resulta afectado mediante el atentado a sus medios o recursos, constituidos por los establecimientos militares, los acuartelamientos o las bases a las que se refiere este tipo.

La acción descrita en el tipo implica un peligro para el bien jurídico tutelado en la norma, por lo que se cataloga como un delito de peligro. Esta característica ha sido confirmada por la jurisprudencia de la Sala 5ª del Tribunal Supremo, que aclara que las circunstancias del caso han de poner de relieve

que los hechos son idóneos para poner en peligro la seguridad y defensa nacional. Compartimos esta postura del Tribunal Supremo, por lo que el juzgador, además de comprobar que los hechos se ajustan a la conducta descrita en el tipo penal, deberá constatar si con la acción del sujeto activo se genera una situación susceptible de producir un riesgo para la seguridad y defensa nacional, ya que de lo contrario no podremos apreciar la comisión de este delito.

Como podemos observar, en dicho precepto se sancionan en realidad dos conductas distintas: por un lado, el allanamiento propiamente dicho de una base, acuartelamiento o establecimiento militar; y por otro, la simple vulneración de las medidas de seguridad para su protección.

Tan solo destacar que sujeto activo puede ser cualquier persona, no siendo necesario que se trate de un militar. Hay un número reducido de delitos en el Código Penal Militar que pueden ser cometidos por civiles y que siguen siendo competencia de la jurisdicción militar, entre los que se encuentra el presente tipo penal.



Bibliografía

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABA CATORIA, A.: *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto*, Tecnos, Madrid, 2001
- ALACARAZ, H.: *El derecho a la intimidad en Francia en la época de la Sociedad de la Información: “Quand je vous ameray? Ma foi, je ne le sais pas...peu-etre jamais, peut etre demanin!”*, Aucaria, Universidad de Sevilla, vol. 9, nº 18, 2007, recurso electrónico
- ALONSO Y ALONSO, J.: *De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822*, R.E.P., nº 11, 1946, recurso electrónico
- ALONSO PÉREZ, F.: *El consentimiento del titular en la diligencia de entrada y registro*, Diario La Ley, nº 5602, Sección Doctrina, septiembre 2002, recurso electrónico
 - *Formalidades en la práctica de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado*, Diario La Ley, nº 5643, Sección Doctrina, Ref. D-227, tomo 5, octubre 2002, Año XXIII, recurso electrónico
- ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: *Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)*, Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, nº 2, 2011, recurso electrónico
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: *Contribución al estudio sobre la aplicación del Código Penal de 1822*, C.P.C., nº 5, 1965, recurso electrónico
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), MANJÓN CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PUSCHEL, A. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial (I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: *La nueva reforma penal en 2013*, Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad, nº 6, marzo-agosto 2014, páginas 16-71

- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013
- ANADÓN JIMÉNEZ, M.A.: *La recogida de pruebas en relación al proceso penal por la policía judicial*, Diario La Ley, Sección Doctrina, tomo 5, 1999, recurso electrónico
- ANTOLISEI, F.: *Manuale di diritto penale, Parte Speciale I*, Milano, 15ª ed., 2008
- ANTÓN ONECA, J., DE MIGUEL GARCILÓPEZ, A.: *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1940
- ANTÓN ONECA, J., RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A.: *Derecho penal, Parte General*, tomo I, Madrid, 1949
- ANTÓN ONECA, J.: *El Código Penal de 1870*, A.D.P.C.P., tomo XXIII, 1970
 - *Historia del Código de 1822*, A.D.P.C.P., tomo XX, 1967
 - *Los antecedentes del nuevo Código Penal*, R.G.L.J., 1929
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El Código Penal Francés: traducido y anotado*, Comares, Granada, 2000
- ARMENTA DEU, T.: *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, Marcial Pons, Madrid, 2ª ed., 2011
- AROZAMENA LASO, C.: *Consideraciones generales sobre la prueba ilícita*, Actualidad Penal, Sección Doctrina, Ref. IV, tomo I, 1999, recurso electrónico
- ARROYO ZAPATERO, L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FERRÉ OLIVÉ, J.C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J.R., TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid, 2007
- BACH FABREGÓ, R., GRAU GASSÓ, J., HERNÁNDEZ GARCÍA, J., NAVARRO BLASCO, E.: *Crónica de jurisprudencia penal del segundo trimestre de 2009*, Revista del Poder Judicial nº 89, segundo a cuarto trimestre 2009, recurso electrónico

- BARBERO SANTOS, M.: *Política y Derecho Penal en España*, Tucar, Madrid, 1977
- BARRIENTOS PACHO, J.M.: *Entrada y registro en domicilio particular en La prueba en el proceso penal*, Manuales de Formación Continuada del CGPJ, Madrid, 2000
- BERNALDO DE QUIRÓS, C.: *Alrededor del delito y la pena*, Madrid, 1904
- BLANCO VALDÉS: *La ordenación constitucional de la defensa*, Tecnos, Madrid, 1988
- BLECUA FRAGA, R., RODRÍGUEZ VILLASANTE, J.L.: *Comentarios al Código Penal Militar*, Civitas, Madrid, 1988
- BORJA JIMÉNEZ, E.: *Curso de Política Criminal*, Valencia, 2003
 - *El bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada*, en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Doctor Don José Casabó Ruiz*, vol. I, Valencia, 1997
 - *El Delito de Allanamiento de Morada*, Tesis Doctoral presentada por Emiliano Borja Jiménez, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 1990
- BOIX REIG, J., GARCÍA RIVAS, N., JUANATEY DORADO, C., JAREÑO LEAL, A., DOVAL PAÍS, A., LLORIA GARCÍA, P., ANARTE BORRALLA, E., GRIMA LIZANDRA, V., AGUADO LÓPEZ, S.: *Derecho Penal, Parte Especial, vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales*, Iustel, Madrid, 2010
- BRAGE CAMAZANO, J.: *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004
- BRU CUADRADA, E.: *La protección de datos en España y en la Unión Europea. Especial referencia a los mecanismos jurídicos de reacción frente a la vulneración del derecho a la intimidad*, Revista de Internet, Derecho y Política (IDP), nº 5, 2007, recurso electrónico
- CALDERÓN CEREZO, A.: *Derecho a la intimidad personal: intervención de las comunicaciones. Entrada y registro en lugar cerrado. Nuevas tecnologías. Intervenciones corporales*, Cuadernos Digitales de Formación, nº 27, 2008

- CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en VIVES ANTÓN, T., ORTS BERENQUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010
- CARBONELL MATEU, J.C.: *Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad*, en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Doctor Marino Barbero Santos*, vol. I, Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001
- CÁRDENAS, F.: *Memoria Histórica de los trabajos de la Comisión General de Codificación*, R.G.L.J., 1871
- CASABÓ RUIZ, J.R.: *Los orígenes de la legislación penal en España: el plan de Código Criminal de 1787*, A.D.P.C.P., tomo XXXII, 1969-1
 - *El anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S., estudio preliminar y edición*, Murcia, 1978
 - *Estudio Preliminar y edición del Proyecto de Código Criminal de 1830*, Universidad de Murcia, 1978
 - *La aplicación del Código Penal de 1822*, A.D.P.C.P., tomo XXXII, 1979
- CERESO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, tomo I, Tecnos, Madrid, 1976
 - *Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo*, R.D.P.C., nº 10, 2002, recurso electrónico
- CLAES, E., DUFF, A. y GUTWIRTH, S.: *Privacy and the criminal law*, Intersentia, Oxford, 2006
- CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba penal*, tomo II, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005
- COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995
- CONDE PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): *Código Penal comentado*, tomo I, Bosch, Barcelona, 2004

- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (Dir.), LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Coord.): *Comentarios al Código Penal*, tomo 2, Bosch, Barcelona, 2007
- CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.): *Derecho Penal, Parte Especial, doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011
 - *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999
- CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARÁN, M.: *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004
- *Criminal Law 2012-2013*, Routledge; Nueva York, 2012
- CUELLO CALÓN, E.: *Exposición del Código Penal reformado de 1932*, Bosch, Barcelona, 1933
- CUELLO CONTRERAS, J.: *Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de Código Penal de 1822*, A.D.P.C.P., tomo XXX, 1977
- DE LA GÁNDARA VALLEJO, B.: *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, Madrid, 1995
- DE URBANO CASTRILLO, E.: *La prueba ilícita penal y el derecho de defensa*, Diario La Ley, Sección Doctrina, tomo 3, 1998, recurso electrónico
- DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M.A.: *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial*, Aranzadi, Navarra, 2012
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Registros y cacheos en el ámbito penitenciario*, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, nº 22, 2009, recurso electrónico
- DEL MORAL GARCÍA, A.: *Últimas tendencias en materia de prueba ilícita*, Cuadernos Digitales de Formación, nº 25, 2013
- DEL MORAL GARCÍA, A., SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (Coord.): *Código Penal, Comentarios y Jurisprudencia*, tomo II, Comares, Granada, 2002

- DEL ROSAL, J., COBO DEL ROSAL, M., RODRÍGUEZ MOURULLO, G., CASTRO, B.: *Código Penal (con jurisprudencia, concordancias y comentarios)*, Madrid, 1964
- DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho Penal Español. Parte General*, Darro, Madrid, 2ª ed., 1976
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., OLAIZOLA NOGALES, I.: *La responsabilidad penal de los funcionarios*, Auditoría pública: revista de los órganos autónomos de control externo, nº 6, 1996, páginas 39-52
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, La Ley, Madrid, 2008
 - *Los elementos normativos del tipo penal en Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Doctor Don José Casabó Ruiz*, vol. I, Valencia, 1997
 - *El error de prohibición: pasado, presente y futuro* en CERESO MIR, J. (Dir.): *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos: libro homenaje al profesor doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999
- D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano*, Universidad de Navarra, Pamplona, 5ª ed., 1983
- EBKE, W.F. y FINKIN, M.W.: *Introduction to German Law*, Kuwe Law International, 1996
- ECHARRI CASI, F.J.: *Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales*, Revista del Poder Judicial, nº 69, primer trimestre 2003, recurso electrónico
- FERNÁNDEZ ESPINAR, R.: *Manual de Historia del derecho español. I. Las fuentes*, Madrid, 1989
- FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código Penal*, tomo III, Madrid, 1ª ed., 1944

- FIGUEROA NAVARRO, M.C.: *Las diligencias de entrada y registro domiciliario*, La Ley Penal, nº 2, Sección de Informe de Jurisprudencia, febrero 2004, recurso electrónico
 - *La obtención de pruebas mediante la entrada y registro en domicilio*, La Ley Penal, nº 91, Sección Estudios, marzo 2012, recurso electrónico
- FONTÁN BALESTRA, C.: *Derecho Penal. Introducción y Parte General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974
- FRANCISCO ARIAS, J.: *Entrada en lugar cerrado*, Revista Justicia 88, nº 111, 1988, recurso electrónico
- GARCÍA GALLO, A.: *Manual de Historia del Derecho Español. II. Antología de fuentes del antiguo derecho*, Madrid, 1982
- GARCÍA GOYENA, F.: *Código criminal español (concordado y comentado con el penal de 1822, el francés y el inglés)*, tomo I, Madrid, 1843
- GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1992
- GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., FIGUEROA NAVARRO, C.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial (Adaptadas a la docencia del Plan Bolonia)*, Edisofer, Madrid, 2011
- GARÓFOLI, R.: *Manuale de diritto penale, Parte Speciale*, Neldiritto, Roma, 2011
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Introducción a la Parte General del Derecho Penal*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1979
- GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2014
- GISBERT GISBERT, A.: *La inviolabilidad del domicilio (Breves apuntes sobre el concepto de domicilio)*, Revista General de Derecho, 1991, recurso electrónico
- GÓMEZ DE LA SERNA, P., MONTALBÁN, J.M.: *Elementos de Derecho Civil y Penal*, Madrid, 1865

- GÓMEZ MARTÍNEZ, R.: *Derechos fundamentales y condición militar*, Thomson Reuters, Navarra, 2010
- GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), MATALLÍN EVANGELIO, A., GÓRRIZ ROYO, E. (Coord.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.: El proceso penal español y la prueba ilícita, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XVIII, nº 2, diciembre 2005, páginas 187-211
- GONZÁLEZ RUS, J.J. en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2ª ed., 2005
- GONZÁLEZ SOLER, O.E.: *Aspectos constitucionales de algunas diligencias sumariales que afectan a los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones: entradas domiciliarias. Comunicaciones postales y telefónicas*, Cuadernos de Derecho Judicial, XV/2003
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870*, Salamanca, 2ª ed., 1913
- GUALLART Y DE VIALA, A.: *¿Existe un elemento subjetivo del injusto en el delito de allanamiento de morada?*, A.D.P.C.P., 1981
- HASSEMER, W.: *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, Pena y Estado, nº 1, 1991, recurso electrónico
- HERNÁNDEZ MUNTIEL, A., FERRER BARQUERO, R.: *Manual práctico de la jurisdicción militar*, Editorial Práctica del Derecho, Valencia, 1998
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. en DIEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C.M. (Coord.): *Comentarios al Código Penal, Parte Especial II*, Valencia, 2004

- HERRERO HERRERO, C.: *Competencias excepcionales de los agentes de policía en materia de entrada, detención y registro en lugar cerrado. Potenciales conexiones con la denominada prueba ilícita (I)*, La Ley Penal, nº 88, Sección Estudios, diciembre 2011, recurso electrónico
 - *Competencias excepcionales de los agentes de policía en materia de entrada, detención y registro en lugar cerrado. Potenciales conexiones con la denominada prueba ilícita (II)*, La Ley Penal, nº 89, Sección Estudios, enero 2012, recurso electrónico
- HIDALGO GARCÍA, J.: *El código anual (conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo)*, tomo I, Madrid, 1904
- HINOJOSA SEGOVIA, R.: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal*, Edersa, Madrid, 1996
- JASO ROLDÁN, T.: *Derecho Penal, Parte Especial*, tomo II, Madrid, 1949
- JIMÉNEZ DE ASÚA, A., ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal conforme al Código Penal de 1928*, Madrid, 1929
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *El nuevo Derecho Penal*, Madrid, 1929
 - *Temas penales*, Córdoba, 1931
 - *Tratado de derecho penal*, tomo I, Losada, Buenos Aires, 1964
- JIMÉNEZ SEGADO, C.: *La prueba ilícita y las reglas de “desconexión” de sus efectos*, La Ley Penal, nº 58, Sección Estudios, marzo 2009, recurso electrónico
- JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada*, Tecnos, Madrid, 1987
 - *El delito de allanamiento de morada en el Código Penal de 1995*, en DIEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C., GRACIA MARTÍN, L., HIGUERA GUIMERA, J.F.: *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio. Libro Homenaje al Profesor Doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002
- LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.): *Derecho penal, Parte Especial*, Colex, Madrid, 5ª ed., 2010

- LARA PEINADO, F.: *Código de Hammurabi*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1992
- LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación española*, vol. I, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1970
- *Leyes del Fuero Juzgo*, (segunda edición de la traducción al castellano por don Isidoro de Hernández Pacheco), Madrid, año MDCCXCII
- LLOPIS Y DOMÍNGUEZ, J.M.: *Apuntes de Derecho Penal, primera parte*, Valencia, 1886
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *La entrada y registro domiciliario*, en *Política Criminal y Reforma penal, Homenaje al profesor Juan del Rosal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993
 - *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo I, Aranzadi, Navarra, 2014
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., RUIZ DE CORDEJUOLA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales españoles (recopilación y concordancias)*, Akal, Madrid, 1988
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J.: *Protección penal de la disciplina militar*, Dykinson, Madrid, 2007
- *Los primeros Códigos de la Humanidad (estudio preliminar, traducción y notas de Federico Lara Peinado y Federico Lara González)*, Tecnos, Madrid, 1994
- MARTÍN LOSANTOS, P.: *Prolegómenos de derecho penal*, Madrid, 1870
- LUZÓN CUESTA, J.M.: *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario*, Colex, Madrid, 2000
- MAGRO SERVET, V.: *Casuística sobre el concepto penal de domicilio en la diligencia de entrada y registro*, La Ley, fascículo 2002-2, recurso electrónico

- MAQUEDA ABREU, M.L.: *La criminalización del espacio público. El imparable ascenso de las “clases peligrosas”*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 17-12, 2015, recurso electrónico
 - *Políticas de seguridad y Estado de Derecho*, en *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, 2004
 - *La idea de peligro en el moderno derecho penal (Algunas reflexiones a propósito del proyecto de Código Penal de 1992)*, Actualidad Penal, 1994, recurso electrónico
 - *Problemas constitucionales de la prueba. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de agosto de 1981*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº 65, 1982, páginas 213-220
- MARCOS GONZÁLEZ, M.: *Doctrina constitucional sobre la prueba ilícita: discrepancias interpretativas*, La Ley Penal, nº 88, Sección Estudios, diciembre 2011, recurso electrónico
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993
- MIMBRERA TORRES, E. en CRUZ DE PABLO, J.A. (Coord.): *Comentarios al Código Penal*, vol. I, Grupo Difusión, Madrid, 2008
- MOLINA, T.: *La entrada y registro practicado por la policía en el supuesto de la flagrancia y la posesión de drogas en domicilio particular*, Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XXXVII (2004), páginas 131-158
- MOMMSEN, T.: *Derecho Penal Romano*, La España Moderna, Madrid, 1907
- MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011
- MORALES PRATS, F. en QUINTERO OLIVARES (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2011
- MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Destino, Barcelona, 1984
- MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

- MUÑAGORRI LAGUÍA, I., PINTO DE MIRANDA RODRÍGUEZ, A. M., RIVERA BEIRAS, I.: *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*, Bosch, Barcelona, 2000
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 19ª ed., 2013
- NOYA FERREIRO, L.: *La intervención de comunicaciones orales directas en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000
- NÚÑEZ BARBERO, R.: *La reforma del Código Penal de 1870*, Universidad de Salamanca, 1969
- NÚÑEZ DE CEPEDA, H.: *1870, Código Penal, 1932*, La Coruña, 1932
- ORLANDIS, J.: *La paz de la casa en el derecho español de la Alta Edad Media*, AHDE XV, 1944
- ORTIZ DE NORIEGA, J. et al., *Código Penal Alemán StGB; Código Procesal Alemán StPO*, Marcial Pons, Madrid, 2000
- ORTS BERENGUER, E, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*, Valencia, 2004
- PACHECO, J.F.: *El Código Penal Concordado y Comentado*, tomo I, 4ª ed., Madrid, 1870
- PASCUA MATEO, F.: *Reflexiones en torno al derecho de asociación de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil*, Revista de Administración Pública, nº 160, 2003, recurso electrónico
- PASCUAL LÓPEZ, S.: *La inviolabilidad del domicilio en las Constituciones españolas del siglo XX*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, nº 20, enero-junio 2009, páginas 255-273
- PASCUAL SARRÍA, F.L.: *La entrada y registro en las instalaciones militares*, en Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ, Jornadas sobre Jurisdicción Militar 2007, nº 27, 2008
- PECES MORATE, J.E.: *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, nº 21, 1994, recurso electrónico

- PÉREZ CEPEDA, A.I.: *Justificación y claves político-criminales del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013*, en *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*, vol. 2, nº 1, 2014, recurso electrónico
- PÉREZ ESTEBAN, F.: *La naturaleza de los delitos de allanamiento de bases, acuartelamientos y establecimientos militares y vulneración de sus medidas de seguridad*, *Revista Española de Derecho Militar*, nº 77, 2001, recurso electrónico
- PESET, M. (y otros): *Historia del Derecho*, Artes Gráficas Soler, Valencia, 1994
- PESSINA, E.: *Elementos de derecho penal (traducción del italiano por H. González del Castillo)*, *Parte Primera*, Madrid, 1982
- POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, tomo I, Tecnos, Madrid, 2010-2011
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 5ª ed., 2008
- QUEROL Y DE DURÁN, F.: *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, Madrid, 1948
- QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio de derecho penal*, vol. I, Ederesa, Madrid, 1958
 - *Tratado de la parte especial del derecho penal*, tomo I, vol. II, Madrid, 1972
- RASSAT, M.L.: *Droit Pénal Spéciale: infractions des et contre les particuliers*, Dalloz, París, 2006
- REVUELTA BENITO, R.: *El Código Penal de 1848 y su gran comentarista don Joaquín Francisco Pacheco*, R.E.P., nº 6, 1945
- RIVES SEVA, A.P.: *La diligencia de entrada y registro domiciliario*, Bosch, Barcelona, 2004
- RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: *La obediencia debida en el Derecho Penal Militar*, *Revista Española de Derecho Militar*, nº 3, Madrid, 1957
- RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho penal, Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 16ª ed., 1995

- RODRÍGUEZ LAÍN, J.L.: *El aseguramiento policial de la entrada en el transcurso de un registro domiciliario*, Diario La Ley, nº 7683, Sección Doctrina, 28 de julio de 2011, recurso electrónico
 - *Tratamiento procesal de la prueba obtenida en una previa investigación criminal con restricción de derechos fundamentales*, en *Estudios sobre el secreto de las comunicaciones. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, edición nº 1, La Ley, Madrid, 2011, recurso electrónico
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997
- RODRÍGUEZ PADRÓN, C.: *La protección penal del domicilio*, Cuadernos de Derecho Judicial, nº 1, 1998, páginas 87-130
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Dir.), MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coord.): *Código Penal, Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, La Ley, Madrid, 4ª ed., 2011
- RODRÍGUEZ SOL, L: *Registro domiciliario y prueba ilícita*, Comares, Granada, 1998
- RODRÍGUEZ TIRADO, A.M.: *La presencia del Secretario Judicial en la diligencia de entrada y registro*, Diario La Ley, tomo 3, 1995, recurso electrónico
- RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L.: *El Código Penal Militar en el sistema Penal Español. Principio de especialidad y concurso de leyes*, Estudios de Derecho Judicial del CGPJ, El Derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes, 1996
- ROQUETA BUJ, R. en BOIX REIG, J. (Dir.), JAREÑO LEAL, A. (Coord.): *La protección jurídica de la intimidad*, Iustel, Madrid, 1ª ed., 2010
- RUIZ LÓPEZ, M.A.: *Autorización judicial de entrada en el domicilio y potestades administrativas: extensión del ámbito protegido, cuestiones procedimentales y proporcionalidad*, Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, nº 317, septiembre-diciembre de 2011, páginas 213-234
- SALDAÑA, Q.: *El futuro Código Penal*, Madrid, 1923

- SÁNCER PELEGRINA, A.: *Tratamiento jurisprudencial de la diligencia de entrada y registro domiciliario. Especial mención a la STC 10/2002, de 17 de enero, sobre la práctica de tal medida en las habitaciones de los hoteles*, La Ley Penal, nº 37, Sección Doctrina, octubre 2002, Ref. XXXVII, recurso electrónico
- SÁNCHEZ OSES, J.: *La codificación del Derecho Penal en Inglaterra*, Anuario de Derecho Penal, 1956
- SANTAMARÍA DE PAREDES, V.: *Principios de derecho penal*, Madrid, 1872
- SANZ MORÁN, A.J.: *Algunas observaciones sobre el delito de allanamiento de morada*, en *Estudios de Derecho Penal y Criminología, en homenaje al Profesor J.M. Rodríguez Devesa*, vol. II, Madrid, 1989
 - *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006
 - *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid, 1986
- SCHÖNER, J., SCHRÖDER, H.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, C.H. Beck, München, 2012
- SEDANO LORENZO, A., CASASOLA GÓMEZ-AGUADO, A.: *Las consecuencias jurídico-administrativas del militar delincuente*, Revista Jurídica de Castilla y León, nº 27, mayo de 2012, recurso electrónico
- SERRANO GÓMEZ, A.: *Notas al Anteproyecto de reforma del Código penal español de octubre de 2012*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 15-rl, 2013, recurso electrónico
- SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal, Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2012
- SERRANO PATIÑO, J.V.: *El sistema penitenciario militar español*, Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 2013
- SIGNORELLI, W.P.: *Criminal Law, Procedure and Evidence*, CRC Press, Nueva York, 2011

- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), RAGUÉS Y VALLÉS, R. (Coord.): *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 3ª ed., 2011
 - *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999
- SILVELA, L.: *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente, segunda parte*, Madrid, 1879
- SIMESTER, A.P., SULLIVAN, G.R.: *Criminal Law, Theory and Doctrine*, Oxford and Portland, Oregón, 2007
- SOTO NIETO, F.: *El delito de allanamiento de morada y su instrumentalidad concursal*, La Ley, 2004
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.), JUDEL PRIETO, A., PIÑEL RODRÍGUEZ, J.R.: *Manual de Derecho Penal, tomo II, Parte Especial*, Civitas, Navarra, 5ª ed., 2008
- SUÁREZ MONTES, R.: *El delito de allanamiento de morada*, R.G.L.J., 1968
- TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *La reforma española de 2012. Líneas maestras*, en Revista Nuevo Foro Penal, vol. 7, nº 78, 2012, recurso electrónico
- TOMÁS Y VALIENTE, F: *Manual de Historia del Derecho Español*, Tecnos, Madrid, 1979
- TORÍO LÓPEZ, A.: *Beccaria y la inquisición española*, A.D.P.C.P., tomo XXIV, 1971
 - *Los delitos de peligro hipotético*, A.D.P.C., 1981
- TORRES MENA, J: *Los desenvolvimientos de la codificación*, R.G.L.J., 1874
- VALDÉS RUBIO, J.M.: *Derecho penal (su filosofía, historia y legislación)*, Madrid, 1909
- VELASCO NÚÑEZ, E.: *Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del “fruto del árbol envenenado”:* correcciones actuales y tendencias de futuro, Cuadernos de Derecho Judicial, nº 12, 1996, páginas 457-472

- VIVES ANTÓN, T. (Coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996
- VON LISZT, F.: *Tratado de derecho penal*, tomo I (traducido de la 18ª ed. alemana y adicionado con la historia del Derecho Penal en España por Q. Saldaña), Madrid, 1914