

# DELITO FLAGRANTE E INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO (Comentario a la STC 341/1993) (\*)

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. DELIMITACIÓN LEGISLATIVA DEL FLAGRANTE DELITO.—III. DELITO FLAGRANTE Y CONTENIDO ESENCIAL DE LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO.—IV. DELITO FLAGRANTE Y DELITO EN MATERIA DE DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS.—V. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES.

## I. INTRODUCCION

El artículo 21.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de Seguridad Ciudadana ha sido duramente criticado durante su tramitación parlamentaria y a lo largo de su posterior aplicación. Tales críticas se han formalizado en artículos firmados por juristas y en manifiestos, mesas redondas, plataformas cívicas, etc. (1).

---

(\*) La sentencia fue dictada el 18 de noviembre de 1993 y publicada en el *BOE* de 10 de diciembre del mismo año. Posteriormente, el Tribunal Constitucional ha dictado su sentencia 387/1993, de 20 de diciembre, por la que resuelve una nueva cuestión de inconstitucionalidad, interpuesta por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en relación con el artículo 21.2 LOPSC.

(1) Pueden citarse, entre otros muchos, los artículos de los profesores JUAN J. SOLOZÁBAL (*El País* de 22-XII-1991), ENRIQUE GIMBERNAT (*ABC* de 18-VIII-1991), MANUEL JIMÉNEZ DE PARGA (*La Vanguardia*, 16-VI-1991 y 13-X-91; *El Sol* de 26-X-1991), JORGE DE ESTEBAN (*El Mundo* de 13-XI-1991). Este mismo periódico reunió el 21-X-1991 las opiniones de varios profesores de Derecho constitucional y publicó también el Manifiesto de varios catedráticos de la disciplina contra el Proyecto de ley. Por su parte, *El País* publicó también un crítico estudio sobre la ley en su periódico de 5-XII-1991. También debe recordarse el Seminario que sobre el problema se celebró en el Centro de Estudios Constitucionales el 18 de octubre de 1991 que contó con la participación de los profesores MANUEL JIMÉNEZ DE PARGA, MANUEL ARAGÓN REYES, JUAN J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, DIEGO LÓPEZ GARRIDO y PEDRO J. GONZÁLEZ-TREVIJANO, entre otros.

El precepto en cuestión, como se recordará, afirmaba que «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».

También es conocido que, recientemente, el Tribunal Constitucional ha analizado si ésta y otras disposiciones de la Ley Orgánica de Protección de Seguridad Ciudadana (LOPSC, en adelante) eran o no constitucionales. Por lo que respecta al artículo 21.2 LOPSC, el Tribunal ha entendido que dicha norma era inconstitucional. Para constatar tal inconstitucionalidad, analiza en profundidad, por vez primera (2), cuáles son las relaciones existentes entre inviolabilidad del domicilio y flagrante delito. Hasta este momento, y acerca del tema, el Tribunal únicamente había subrayado cómo solamente en el supuesto de delito flagrante puede, en principio, realizarse una entrada domiciliaria sin que sea necesario ni consentimiento ni resolución judicial (3).

En concreto, tres recursos (aunque uno de ellos extemporáneo) y dos cuestiones de inconstitucionalidad (4) planteaban la posible ilegitimidad constitucional del artículo 21.2 LOPSC. El Tribunal Constitucional entiende que, efectivamente, la norma impugnada vulneraba el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Para deducir tal violación del legislador, el Tribunal Constitucional examina tres cuestiones. La primera de ellas es si el legislador puede formalizar la delimitación que el flagrante delito supone en relación con la inviolabilidad del domicilio. El segundo problema radica en enjuiciar si el concepto legal de delito flagrante contenido en el artículo 21.2 LOPSC es o no materialmente contrario a la noción de flagrante delito recogida en el artículo 18.2 de la Constitución. La

(2) La jurisprudencia constitucional anterior relacionada con la inviolabilidad del domicilio había analizado la relación que existe entre dicho derecho fundamental y los siguientes conceptos jurídicos: personas jurídicas (STC 137/1985, de 17 de octubre); ejecutoriedad de actos administrativos (STC 22/1984, de 17 de febrero); resolución judicial y entradas domiciliarias (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, y especialmente 160/1991, de 18 de julio).

(3) SSTC 22/1984/3 y 5, de 17 de febrero; 199/1987/9, de 16 de diciembre; y 160/1991/8, de 18 de julio. Véase, también, el Auto TC 171/1989, de 3 de abril.

(4) Recurso de inconstitucionalidad 1045/1992, presentado por noventa y un diputados; Recurso de inconstitucionalidad 1279/1992, interpuesto por el Parlamento de las Islas Baleares, y Recurso de inconstitucionalidad 1314/1992, interpuesto por la Junta General de Principado de Asturias. El último Recurso citado es considerado por el Tribunal como extemporáneo (FJ 1.ª de la Sentencia). Cuestiones 2810/1992 (planteada por la Sección 15 de la Audiencia de Madrid) y 1372/1992 (planteada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla).

tercera y última cuestión que el Tribunal resuelve es si la definición legal de flagrante delito puede establecerse sólo en relación con un tipo concreto de delitos (el conectado con drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas), y no con carácter general.

Las siguientes líneas pretenden analizar la argumentación esgrimida por el Tribunal Constitucional en cada uno de los problemas planteados y realizar algunas consideraciones adicionales sobre la misma.

## II. DELIMITACION LEGISLATIVA DEL FLAGRANTE DELITO (5)

El Tribunal Constitucional comienza su argumentación recordando que la inviolabilidad del domicilio es, como todo derecho fundamental, relativo y limitado (STC 199/1987), que solamente puede ceder en los supuestos tasados (y taxativos) del artículo 18.2, entre los que se encuentra el flagrante delito.

Antes de analizar con más detalle este extremo, conviene hacer algunas consideraciones acerca del distinto reconocimiento que la inviolabilidad del domicilio tiene en España en relación con otros países de nuestro entorno. Estas apreciaciones pueden centrarse en la constatación de, fundamentalmente, dos peculiaridades del artículo 18.2 CE, que diferencian el régimen constitucional español de la inviolabilidad del domicilio del sistema italiano o alemán.

En primer lugar, la Constitución española es la única del entorno europeo donde se conectan inviolabilidad del domicilio y delito flagrante (6). Históricamente, tal conexión puede partir, quizá, del Proyecto de Ley sobre la Seguridad de las Personas (1852), de Bravo Murillo, que permitía que se realizaran entradas en domicilios de españoles cuando hubiera flagrante delito. En 1869 se constitu-

(5) Esta cuestión se aborda en el FJ 8.ºa) de la sentencia.

(6) Como han hecho notar P. J. GONZÁLEZ-TREVIANO, *La inviolabilidad del domicilio*, Madrid, Tecnos, 1992, pág. 225, y B. DEL ROSAL BLASCO, «El concepto de delito flagrante en la Ley de Seguridad Ciudadana», en *La Ley*, año XIV, núm. 3.183, de 26 de enero de 1993, pág. 2. En general, la disparidad de tratamiento que recibe el régimen constitucional de la inviolabilidad domiciliaria en los diversos Estados pertenecientes a la Comunidad Europea ha sido puesta de manifiesto por el abogado general J. MISCHO, en sus *Conclusiones generales* relacionadas con los asuntos *Hoechst, Dow Benelux N. V.* y *Dow Chemical Iberica* y otros (*Rec.* 1989, págs. 2875 y sigs.). Sobre este problema y en general sobre la concepciones que el Tribunal de Justicia comunitario y el Tribunal Constitucional español mantienen de la inviolabilidad del domicilio, véase el trabajo de quien escribe estas líneas «Derecho comunitario y Derecho nacional: la protección de la inviolabilidad del domicilio», en *Revista General de Derecho*, 573 (1992), págs. 5165 y sigs.

Véase también el artículo 71.2 CE, sobre la inmunidad de los parlamentarios, que permite que éstos sean detenidos solamente en caso de flagrante delito.

cionalizan (7), por vez primera, las relaciones entre inviolabilidad del domicilio y delito flagrante, en los siguientes términos: «Cuando un delincuente hallado *in fraganti* y perseguido por la Autoridad o sus agentes se refugiare en su domicilio, podrán éstos penetrar en él sólo para el acto de la aprehensión». Esta redacción es idéntica a la contenida en el artículo 7 del Proyecto de Constitución Federal de la República española de 1873. La conexión entre inviolabilidad del domicilio y delito flagrante ha llegado también, como ya se ha señalado, al vigente artículo 18.2 CE.

En segundo lugar, el reconocimiento constitucional español de la inviolabilidad del domicilio es quizá el que permite menor número de excepciones o limitaciones del derecho, en comparación con las formulaciones europeas (8). El artículo 18.2 de la Constitución sólo permite la entrada domiciliaria cuando media consentimiento o si ha sido ordenada o permitida mediante resolución judicial. También se autoriza la entrada domiciliaria en caso de delito flagrante (9). A diferencia de tal regulación, es habitual que las Constituciones de nuestro entorno habiliten la existencia de leyes especiales que permitan realizar entradas domiciliarias. Así, por ejemplo, el artículo 13 de la Constitución alemana señala que se pueden regular mediante ley intervenciones y limitaciones del derecho a la inviolabilidad del domicilio para proteger la seguridad y el orden públicos (especialmente para subsanar la escasez de viviendas, combatir el riesgo de epidemias y proteger a los menores en peligro). Asimismo, en el mismo artículo se indica que los registros domiciliarios que sea peligroso demorar se ordenarán por los órganos y en la forma legalmente establecidos. En la misma dirección, el artículo 14 de la Constitución italiana dispone que se elaborarán leyes especiales para las comprobaciones e inspecciones domiciliarias motivadas por razones de sanidad y salubridad públicas o con fines económicos y fiscales.

En España, tal fórmula de habilitación legal no llega a recogerse en el artículo 18.2 CE, pese a que fue propuesta en el proceso de elaboración del precepto constitucional. En efecto, el senador L. Martín-Retortillo presentó una enmienda que pretendía añadir, al texto finalmente aprobado, un párrafo que estableciera: «Por Ley Orgánica podrá autorizarse con carácter excepcional el acceso al domi-

(7) Artículo 5 de la Constitución de 1869.

(8) La rigidez del precepto constitucional en examen ha sido puesta de manifiesto también por A. NIETO GARCÍA en relación con otras formulaciones históricas de la inviolabilidad del domicilio en nuestro país y con la regulación del Derecho en otros países de nuestro entorno, en «Actes administratius cuya execució precisa una entrada domiciliaria», en *Revista de Administració Pública*, 112 (1987), pág. 9.

(9) Es necesario tener también en cuenta, por supuesto, lo establecido en los apartados primero y segundo del artículo 55 de la Constitución. En relación con el artículo 55.1, véase la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio. En relación con el artículo 55.2 de la Constitución, véase también la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la LECr.

cilio por estrictas razones de auxilio a la vida, sanitarias o de calamidad.» La enmienda propuesta fue finalmente rechazada (10).

El resultado del análisis que se acaba de realizar puede resumirse en una idea que no por sabida es ocioso recordar: ésta consiste en resaltar la limitada utilidad que en ocasiones presenta el recurso al Derecho comparado a la hora de analizar la constitucionalidad de un determinado precepto legal. En este caso, como en otros, existen sustanciales diferencias entre la configuración constitucional española de la inviolabilidad del domicilio, y la que existe en Italia o en la República Federal de Alemania. Es por ello posible que una ley que limite la inviolabilidad del domicilio fuese acorde con el artículo 13 de la Constitución alemana, pero fuera contraria, a su vez, al artículo 18.2 de la española.

En relación ya con nuestro Ordenamiento, conviene destacar que el artículo 18.2 CE no explica qué deba entenderse por flagrante delito. Esta circunstancia no supone, sin embargo, para el Tribunal Constitucional, que el concepto deba considerarse vacío de todo contenido o, lo que es lo mismo, a merced de la libre determinación del poder público (del legislador o de los aplicadores del Derecho). Si fuera así, añade el Tribunal, el derecho delimitado por tal concepto no merecería el nombre de fundamental. Al contrario, el Tribunal reitera que la Constitución «no surge, ciertamente, en una situación de vacío jurídico, sino en una sociedad jurídicamente organizada» (STC 108/1986/16). Esta idea es especialmente válida para aquellos institutos que cuentan con un particular arraigo en la cultura jurídica, como es el de flagrancia.

El Tribunal Constitucional entiende que lo anterior «no supone que le esté vedado a la ley desarrollar ese contenido y regular qué deba entenderse por delito flagrante a los efectos de la entrada en domicilio sin autorización judicial». Por contra, el legislador puede formalizar el sentido de un concepto presente aunque no expresamente definido en la Constitución, siempre y cuando no vulnere, como es lógico, el contenido esencial del derecho al que tal concepto delimita. Dicha legislación favorecería además, en su caso, una mayor seguridad jurídica en la aplicación del precepto constitucional.

Es posible reforzar la argumentación del Tribunal Constitucional analizando cómo, de 1978 a 1988, las nociones constitucional y legal de flagrante delito han tenido vidas paralelas pero independientes.

---

(10) El senador del Grupo de Progresistas y Socialistas Independientes justificaba su enmienda en la Comisión de la Constitución señalando que «hay, en efecto, una serie de supuestos excepcionales, anómalos, que no ocurren todos los días, pero que, desde luego, conviene prever». Como ya se ha indicado, la enmienda es rechazada (21 votos en contra y 3 a favor) [F. SAINZ MORENO (ed.): *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, vol. III, Servicio de Estudios y Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980, págs. 3248-3250].

De un lado, el artículo 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr en adelante) disciplinó, hasta 1988, las relaciones que existían entre inviolabilidad del domicilio y flagrante delito (11). Dicho artículo permitía a los agentes de Policía que registraran de propia autoridad un lugar habitado cuando, entre otros supuestos, una persona fuese sorprendida en flagrante delito. Tal precepto ha sido modificado en profundidad por la LO 4/1988, de 25 de mayo (12).

De otro lado, el artículo 779 LECr definía la noción procesal de delito flagrante en relación con un procedimiento especial. En efecto, los delitos flagrantes que merecían penas correccionales (artículo 779 LECr) se enjuiciaban a través de un procedimiento abreviado.

Precisamente a estos efectos es a los que la LECr define qué debe entenderse por flagrante delito y no en relación con la regulación constitucional de la inviolabilidad del domicilio. Dicho procedimiento abreviado se caracterizaba, fundamentalmente, por reducir ciertos plazos procesales (especialmente en lo relativo a las diligencias probatorias) y se justificaba en que la comisión del delito y la identificación de su autor eran extremos cuasi públicos. Ello lleva a pensar que el flagrante delito es, ante todo, una noción técnica de Derecho procesal (13), aun-

(11) El artículo 553 LECr fue dictado en desarrollo del artículo 5 de la Constitución de 1869. Debe hacerse notar cómo hasta 1978 era posible conectar directamente el artículo 553 LECr con el concepto de delito flagrante contenido en el artículo 779 de la misma ley. Es a partir de su inclusión en la delimitación constitucional de la inviolabilidad del domicilio, en 1978, cuando es posible distinguir dos concepciones diferentes del flagrante delito. La primera, que podría denominarse procesal, se conectaría con la determinación de un procedimiento abreviado para determinados delitos (artículo 779 LECr, hoy derogado). La segunda, que puede adjetivarse como constitucional, sería la contenida en el artículo 18.2 CE y desarrollada en el artículo 553 LECr (hasta que este precepto es también derogado, en 1988). Se aprecia así cómo la Constitución hace variar el contenido de la noción del delito flagrante del artículo 553 LECr.

(12) El vigente artículo 553 LECr permite, entre otros supuestos, la detención de las personas que sean sorprendidas en flagrante delito (lo que supone una reiteración en relación con el artículo 492.1 de la propia ley), pero no alude ya a la entrada instrumental para tal fin en lugares habitados. Asimismo, permite la detención del delincuente que, inmediatamente perseguido por los agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa. Esta última habilitación policial solamente podrá ser efectiva cuando ese delincuente haya sido sorprendido en flagrante delito. En caso contrario procederá solicitar el oportuno Auto judicial.

El mismo artículo desarrolla lo previsto en el artículo 55.2 CE, en lo referente a la suspensión individual del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

(13) La idea de que la noción de flagrante delito pertenece al campo del Derecho procesal ha sido sólidamente asentada por la doctrina, que ha constatado tal dependencia mediante el análisis histórico de la noción de delito flagrante. Lo que el delito flagrante ha permitido históricamente es la respuesta inmediata de la sociedad. Esta función es la que tiene en el marco del Derecho romano, germánico y medieval. En el Derecho medieval español, el delito flagrante se aplica al llamado procedimiento del apellido, denominado así porque se iniciaba con el griterío o llamamiento de los vecinos que sorprendían la comisión de un delito. De *appellare* deriva el término apellido. *Apellido* sig-

que tenga incidencia en el régimen constitucional de la inviolabilidad del domicilio (14), a partir de 1978.

El legislador puede, en principio, regular la noción de delito flagrante a efectos de la determinación de uno u otro cauce procesal. Ahora bien, la conexión constitucional entre inviolabilidad del domicilio y delito flagrante (art. 18.2 CE) tiene una doble consecuencia práctica. De un lado, la derogación del concepto de delito flagrante, operada por la Ley Orgánica 7/1988 (15) y referida a la aplicación y regulación de una determinada vía procesal, no puede conllevar el vaciamiento de la noción constitucional de flagrante delito (referida al art. 18.2 CE). Si ello fuera así, el derecho al que tal noción delimita no merecería el adjetivo de fundamental, tal como el Tribunal Constitucional ha afirmado. De otro lado, el legislador es libre para regular la noción de flagrante delito a efectos diferentes de los previstos en el artículo 18.2 CE e incluso para concretar la forma en que el delito flagrante delimita la inviolabilidad del domicilio, siempre que, como es obvio, no vulnere con ello el contenido esencial del derecho fundamental.

La cuestión que se plantea ahora es diferente. Lo que se discute es si el legislador puede alterar el significado constitucional del flagrante delito para, en definitiva, *mutar* el derecho fundamental. El Tribunal Constitucional podría haber traído a colación en este punto la argumentación esgrimida en su Declaración de

---

nifica, pues, *voz de llamamiento que hacen los omnes para ayuntarse o defender lo suyo cuando rescibe daño o fuerza* (Partida 2.ª, 26-24). Sobre la evolución histórica de la noción de delito flagrante, véase E. PEDRAZ PENALVA: «El registro domiciliario», en F. GÓMEZ DE LIANO (coord.): *Comentarios sobre la reforma procesal*, Madrid, Ed. Forum, 1992, pág. 214, nota 57. En relación con el procedimiento medieval del *Apellido*, véase E. JIMÉNEZ ASEÑO: *Derecho procesal penal*, vol. II, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, s.f., págs. 274-275, y especialmente L. GARCÍA DE VALDEAVELLAÑO: «“El apellido”. Notas sobre el procedimiento *in fraganti* en el Derecho español medieval», en *Cuadernos de Historia de España*, VII (1947), págs. 67-105.

En las normas procesales criminales anteriores a la LECr de 1882 también se incluían especialidades procesales para los delitos flagrantes. En efecto, tanto la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872 como la Compilación General de las Disposiciones Vigentes sobre el Enjuiciamiento Criminal de 1879 permitían que en los delitos flagrantes actuara como Autoridad judicial el Juez Municipal (y no el de Instrucción) (arts. 195 y 430, respectivamente).

El procedimiento abreviado analizado en el texto es modificado en 1957, 1959 y 1967; reformas que, si bien afectan profundamente al mismo, mantienen un concepto de flagrante delito prácticamente idéntico. Como ya se ha señalado, el procedimiento —y el propio concepto legal de delito flagrante— han sido suprimidos por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre.

(14) Véase el apoyo doctrinal a esta idea en J. FERNÁNDEZ ENTRALGO: «¡Pase sin llamar...! El artículo 21.2 de la LO 1/1992», en AA. VV.: *Seguridad Ciudadana. Materiales de reflexión crítica sobre la ley Corcuera*, Valladolid, Ed. Trotta, 1993, pág. 21, nota 13. Esta afirmación no es incompatible con que la categoría tuviese, en algún momento histórico, incidencia en el ámbito penal sustantivo (en relación con este tema, *ibidem*, nota 12).

(15) Ley de 28 de diciembre. Todavía se cita el delito flagrante en los artículos 273, 490.2, 553, 751, 792.2 y 877 LECr.

1 de julio de 1992. Como se recordará, esta Declaración tiene su origen en un requerimiento en el que el Gobierno pregunta al Tribunal Constitucional si el artículo del Tratado de Unión Europea, que permite ejercer el sufragio activo y pasivo a residentes comunitarios en elecciones municipales, vulnera el artículo 13.2 de la Constitución.

En dicho requerimiento el Ejecutivo planteaba, entre otros extremos, la posibilidad de eludir la reforma constitucional reinterpretando legalmente la noción de «español» que se contiene en el artículo 13.2 CE. Este precepto constitucional señala que solamente los españoles son titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, entre los que se incluye el derecho de sufragio pasivo para todo tipo de elecciones. La intención del Gobierno era modificar legalmente la noción de «español» para incluir en ella a los nacionales comunitarios.

El Tribunal entiende que la vía que el Ejecutivo propone para resolver la contradicción material que, en este punto, se da entre el Tratado de Unión Europea y la Constitución no es constitucionalmente legítima y justifica su respuesta negativa en que el artículo 13.2 CE ha introducido reglas que vinculan a todos los poderes públicos. Entre tales reglas se encuentra la que reserva a los españoles la titularidad del derecho de sufragio pasivo en todo tipo de procesos electorales. Por ello, ni el Tratado ni la ley pueden transferir la titularidad sobre dicho derecho. Sólo la reforma constitucional puede conceder el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales a los no nacionales.

El límite que el artículo 13.2 impone en relación con los derechos políticos de los no nacionales «desaparecería —y con él la propia fuerza de obligar de la Constitución— si tomara forma jurídica y fuera aceptada la interpretación que el Gobierno ha expuesto, según la cual pudiera el legislador acuñar o troquelar nacionalidades *ad hoc* con la única y exclusiva finalidad de eludir la vigencia de la limitación contenida en el artículo 13.2 CE». El legislador puede definir quiénes son los españoles, pero «no puede, sin incurrir en inconstitucionalidad, fragmentar, parcelar o manipular esa condición, reconociéndola solamente a determinados efectos con el único objeto de conceder a quienes no son nacionales un derecho fundamental, que, como es el caso del sufragio pasivo, les es á expresamente vedado por el artículo 13.2 de la Constitución» (16).

(16) FJ 5.º P. J. GONZÁLEZ-TREVIANO recuerda, en su libro sobre *La inviolabilidad del domicilio* (Madrid, Tecnos, 1992, pág. 224) la STC 76/1983, de 5 de agosto, en la que el Tribunal afirmó que «el legislador ordinario no puede dictar normas meramente interpretativas cuyo exclusivo objeto sea precisar el único sentido que debe atribuirse a un determinado concepto o precepto de la Constitución, pues de este modo completa de hecho la obra del poder constituyente y se sitúa funcionalmente en el mismo plano, cruzando al hacerlo la línea divisoria entre el poder constituyente y los poderes constituidos» (FJ 4.º) —véase también la STC 214/1989/5, de 21 de diciembre—. Véase



Ya en relación con la impugnación del artículo 21.2 LOPSC, el Tribunal Constitucional entiende que no le está vedado a la ley «regular qué deba entenderse por delito flagrante a los efectos de la entrada en domicilio sin autorización judicial». Aún más, con tal legislación se obtendrá, como señalan la Fiscalía General y el abogado del Estado y reitera el propio Tribunal, una mayor seguridad jurídica en la aplicación del precepto constitucional. El legislador, al regular la noción constitucional de flagrancia, desarrolla «la función que le corresponde de reflejar o formalizar en su norma el sentido de un concepto presente aunque no definido por la Constitución». Por consiguiente, el Tribunal Constitucional afirma que «no cabe tachar de inconstitucional la formalización legislativa del concepto de delito a efectos de la entrada en domicilio, y ello sin perjuicio de que esa regulación legal ha de respetar el contenido esencial del derecho de acuerdo a lo que establece el artículo 53.1 de la Constitución española, aunque en tal caso la tacha de inconstitucionalidad no estaría en la existencia misma de la Norma, sino en su contenido».

La posibilidad de que se haya producido una *mutación* de la Constitución, causada por el cambio del significado de los términos empleados en el artículo 18.2 de la Constitución, obliga al Tribunal a desplazar la cuestión y estudiar el segundo problema apuntado en la introducción de este trabajo. Este, como se recordará, consistía en examinar si la concreta formalización de la flagrancia, realizada en el artículo 21.2 LOPSC, vulnera el contenido esencial de la inviolabilidad del domicilio.

### III. DELITO FLAGRANTE Y CONTENIDO ESENCIAL DE LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO (17)

Una vez que el Tribunal Constitucional ha establecido que el legislador puede, en general, delimitar la noción de flagrante delito en relación con la inviolabilidad del domicilio debe examinar si, en concreto, el artículo 21.2 LOPSC desconoce o no el contenido esencial de la inviolabilidad domiciliaria.

Las notas que el delito flagrante presentaba en el artículo 21.2 LOPSC eran tres. La ley exigía, en primer lugar, que la intervención domiciliaria se diera cuando existiera conocimiento fundado que llevara a la constancia de la comisión

---

asimismo J. FERNÁNDEZ ENTRALGO: «¡Pase sin llamar...! El artículo 21.2 de la LO 1/1992», en AA. VV.: *Seguridad Ciudadana. Materiales de reflexión crítica sobre la ley Corcuera*, Valladolid, Ed. Trotta, Valladolid, 1993, pág. 33. Aún, en el mismo sentido, J. M. ALEGRE AVILA: «El artículo 21 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana», en *Poder Judicial*, 30 (1993), pág. 33.

(17) Tal problema es analizado en el FJ 8.ºb) de la sentencia.

de un delito que estaba realizándose o se acababa de realizar. La ley ordenaba, en segundo lugar, que la entrada en el domicilio debía realizarse por motivos de urgencia que persiguieran impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito. El precepto legal regulaba, en tercer y último lugar, las entradas domiciliarias en relación con un tipo concreto de delitos (el relacionado con con drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas).

De estas tres notas que caracterizaban la noción de flagrante delito contenida en el artículo 21.2 LOPSC, el Tribunal difiere a un momento posterior de la sentencia el examen de una de ellas. En efecto, como ya se ha señalado en la introducción de este trabajo, el Tribunal examina de forma separada la legitimidad constitucional de que el legislador conecte la noción de delito flagrante, que es en principio general y aplicable a todo delito, a un tipo concreto de ellos.

El análisis debe limitarse en este momento, por tanto, a verificar si la exigencia de conocimiento fundado y la urgencia son acordes a la noción constitucional de delito flagrante, es decir, a la que se contiene en el artículo 18.2 CEI.

Para realizar tal contraste material parece necesario delimitar al menos los perfiles de la noción constitucional de delito flagrante. A este respecto señala el Tribunal que, aunque «no procede, asumir o reconocer como definitiva ninguna de las varias formulaciones legales, doctrinales o jurisprudenciales, que de la flagrancia se han dado en nuestro ordenamiento, [...] lo que sí resultaría inexcusable —y suficiente, a nuestro propósito— es reconocer la arraigada imagen de la flagrancia como situación fáctica en la que el delincuente es “sorprendido” —visto directamente o percibido de otro modo— en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito. Si el lenguaje constitucional ha de seguir siendo significativo —y ello es premisa firme de toda interpretación—, no cabe sino reconocer que estas connotaciones de la flagrancia (evidencia del delito y urgencia de la intervención policial) están presentes en el artículo 18.2 de la Norma fundamental».

Si bien el razonamiento del Tribunal Constitucional aporta una solución al problema planteado, contiene algunos elementos que no aparecen claramente justificados. El más destacado es que la argumentación aducida por el Tribunal Constitucional no explica de dónde se deriva la exigencia de urgencia, ya que dicha nota de urgencia no se deduce, necesariamente, de la evidencia del delito (18).

Quizá el Tribunal podría haberse servido de otros argumentos. Así, habría podido recordar que, si bien es cierto que la Constitución no define el delito flagran-

(18) De hecho, en el ATC 223/1993/1, de 9 de julio, el Tribunal, con referenc a al vejo art. 779 LECr, no se plantea si en dicho precepto, habilitador de entradas domiciliarias, estaba o no presente la nota de urgencia.

te, en el momento de su aprobación existía una disposición legal que lo hacía. Esa disposición legal era el citado artículo 779 LECr, que permaneció vigente durante más de un siglo y que no ha sido derogado hasta 1988. Es cierto que el concepto constitucional no tiene por qué ser idéntico al contenido en el citado artículo 779 LECr, pero también parece lógico pensar que esa noción vigente durante la elaboración de la Norma fundamental pudo influir en el constituyente.

Es necesario reiterar que el artículo 779 definía el delito flagrante a los efectos de la determinación de un procedimiento especial abreviado que reducía algunos plazos procesales (especialmente en lo referente a la prueba) cuando la comisión del delito y su autoría eran extremos cuasi públicos. Es este concepto de delito flagrante el que puede calificarse de procesal, ya que servía como criterio de aplicación de una determinada vía procedimental.

El delito flagrante es en la actualidad, por ello, como ya se ha dicho, un instituto técnico de Derecho procesal, aunque de relevancia constitucional a partir de 1978.

El artículo 779 LECr definía el delito flagrante como «el que se estuviere cometiendo o se acabara de cometer cuando el delincuente o delincuentes sean sorprendidos». Se añadía en el texto que «se entenderá sorprendido en el acto no sólo el delincuente que fuera cogido en el momento de estar cometiendo el delito, sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen». Se indicaba, en fin, que «también se considerará delincuente *in fraganti* a aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido el delito con efectos o instrumentos que infundan la sospecha vehemente de su participación en él».

Esta es la definición legal de delito flagrante que estaba vigente en el momento de aprobarse el Texto constitucional. Dicha noción parecía exigir solamente la evidencia pública del delito y del autor del mismo (o de la tenencia de los efectos o instrumentos relacionados con el mismo), que permitían que el presunto delincuente fuera arrestado por un particular (artículo 490 LECr), que obligaba a la autoridad pública a detener al presunto delincuente (artículo 492), ya fuera en el mismo lugar donde hubiera sido sorprendido, ya fuera en otro al que el delincuente pretendiera huir, permitiéndose a los agentes de la autoridad penetrar de propia autoridad en el domicilio del delincuente si éste pretendía refugiarse en él (artículo 553 LECr, hoy modificado).

Así pues, puede señalarse que los elementos de la noción legal contenida en el hoy derogado artículo 779 LECr eran dos. El precepto exigía, en primer lugar, la existencia de inmediatez personal, ya que la persona debía ser sorprendida en la comisión del delito o en un momento inmediatamente posterior a la misma. El artículo 779 imponía, en segundo lugar, la inmediatez temporal, es decir, que la

percepción pública debía darse en el momento mismo en que se producía la comisión delictiva o en un momento inmediatamente posterior.

Esta ha sido, al menos, la interpretación mayoritaria en la doctrina procesalista que ha analizado el instituto jurídico-procesal de delito flagrante. Así, J. Sáez Jiménez, tras recordar el concepto legal (19) de delito flagrante, pone el acento en la exigencia de que haya seguridad sobre la que se debe haber evidenciado la autoría del delito (20). El procedimiento de urgencia (asimismo hoy derogado) sólo podía simplificarse «cuando realmente no» hubiera «duda sobre quién ha sido el autor de la infracción» (21). Esta postura unánime en la doctrina (22), no sólo española, sino también en la clásica construcción italiana de la flagrancia, exige una cierta publicidad material del delito, así como la identificación de su autor (23). Tal identificación es imposible que pueda ser realizada en un comicio desde el exterior, a no ser que exista percepción visual (por una ventana) o quizá sensorial.

Especialmente ilustrativa es la explicación de J. Abellá (24). Dicho autor señalaba hace un siglo que «flagrante es participio del verbo flagrar, que significa arder, resplandecer con fuego o llama; de aquí procede el aplicarle al crimen que se descubre con claridad en el acto mismo de cometerse» o en el inmediatamente posterior, con los efectos o instrumentos del mismo (25).

Por todas las consideraciones que se acaban de realizar, puede señalarse cómo las exigencias de la noción legal de delito flagrante son, en resumen, inmediatez personal y temporal.

Debe hacerse notar como, además, no se planteó ningún problema de compatibilidad entre la noción constitucional (es decir, la referida al art. 18.2 CE) y la legal de flagrante delito (referida al procedimiento abreviado regulado en los artículos 779 y sigs. LECr) hasta que esta última fue derogada en 1988. De esa

(19) En *Enjuiciamiento Criminal. Comentarios prácticos a la LECr referidos a la Ley de Urgencia*, Madrid, Santillana, 1962, pág. 29.

(20) *Ibidem*, pág. 30.

(21) *Idem*.

(22) Véase J. LLOR BLEDA y otros: *Ley de Enjuiciamiento Criminal. Comentarios y jurisprudencia*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho Reunidas, 1990, págs. 825-827; M. FENECH: *Derecho procesal penal*, 3.ª ed., vol. II, Barcelona, 1960, págs. 1046 y 1047; E. JIMÉNEZ ASEÑO: *Derecho procesal penal*, vol. II, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, s.f., pág. 276.

(23) MANZINI ha señalado que «no puede haber flagrancia en base sólo al elemento objetivo [del delito]: se da siempre la presencia del sujeto» (en *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*, 6.ª ed., Turin, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1972, pág. 130).

(24) En su cuarta edición comentada de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, 1894, pág. 424.

(25) Véase, en la misma dirección, la sentencia de la Sala Penal del TS de 29 de marzo de 1990, Considerando 5.º

constatación puede inferirse que la noción constitucional de flagrante delito no difería en exceso de la recogida en la LECr. Por ello puede considerarse que el artículo 553 constituyó desarrollo normativo de la inviolabilidad del domicilio, al menos hasta que fuera modificado el precepto legal en 1988. Esta norma permitía, como ya se ha señalado, que los agentes de Policía realizaran entradas en lugares cerrados para detener a la persona sorprendida en delito flagrante.

No obstante, debe tomarse en consideración el distinto papel que la noción de flagrante delito desempeña en el Derecho procesal penal y en el Derecho constitucional. Mientras que en relación con el Derecho procesal penal sirvió para producir especialidades en el respectivo procedimiento (art. 779 LECr, hoy derogado), en el Derecho constitucional tiene por función delimitar un derecho fundamental (el contenido en el art. 18.2 CE).

Interesa ahora analizar cuál fue la interpretación que, en su momento, realizó el Tribunal Supremo acerca de la noción que se analiza. Aunque esta jurisprudencia se desarrolló acerca de una norma hoy derogada, fue dictada teniendo en cuenta la noción de flagrante delito contenida en el artículo 18.2 del Texto constitucional.

El Tribunal Supremo ha entendido que para que el delito flagrante pueda convertirse en una excepción al contenido del derecho fundamental recogido en el artículo 18.2 de la Constitución (26), debe interpretarse —como todo límite en materia de derechos fundamentales— restrictivamente (27), y que por ello debe exigirse, junto a la inmediatez personal y temporal, una urgencia que justifique la intervención policial (28). En palabras del Tribunal Supremo, «por delito flagrante en el concepto usual hay que entender aquel que se está cometiendo de la ma-

(26) STS de 29 de marzo de 1990, cit., Considerando 4.º

(27) *Idem*. La misma idea se recoge en el Considerando 5.º Es discutible si el flagrante delito supone un límite al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio o constituye, quizá más correctamente, una delimitación del Derecho. El Tribunal Supremo parece identificarlo como un límite del Derecho. El tenor literal del artículo 18.2 CE hace pensar, por el contrario, que la entrada domiciliaria realizada con ocasión de un delito flagrante no se ve protegida por el artículo 18.2 CE, lo que aconseja entender que el delito flagrante *delimita* al derecho fundamental. La distinción teórica de las nociones de límites (o límites externos) y delimitación (también calificada de límites internos o inmanentes) de los derechos fundamentales se debe, en nuestro país, a I. DE OTTO, en L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER e I. DE OTTO: *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, págs. 137 y sigs.). Las relaciones entre el legislador y los derechos fundamentales han sido analizadas en profundidad por J. JIMÉNEZ CAMPO («El legislador de los derechos fundamentales», en AA. VV.: *Estudios de Derecho público en Homenaje a Ignacio de Otto*, Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1993, págs. 473 y sigs., especialmente pág. 482).

(28) En tono dubitativo a este respecto, J. FERNÁNDEZ ENTRALGO: «¡Pase sin llamar...! El artículo 21.2 de la LO 1/1992», en AA. VV.: *Seguridad ciudadana. Materiales de reflexión crítica sobre la ley Corcuera*, Valladolid, Ed. Trotta, 1993, pág. 40.

nera singularmente ostentosa o escandalosa, que hace necesaria la urgente intervención de alguien que termine con esa situación anómala y grave a fin de que cese el delito porque está produciendo un daño que debe impedirse inmediatamente o porque es posible conseguir que el mal se corte y no vaya en aumento, y además hay una razón de urgencia también para capturar al delincuente» (29).

Con la aportación del requisito de urgencia, que puede apoyarse en el examen realizado de la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo, se concluye, en último extremo, en la exigencia de, al menos, tres requisitos de la noción constitucional de flagrante delito: inmediatez personal, inmediatez temporal y urgencia que justifica la intervención en el domicilio.

La argumentación reseñada en las líneas anteriores induce a compartir la conclusión del Tribunal Constitucional en la determinación de los rasgos esenciales de la noción constitucional de delito flagrante. Estos son la inmediatez personal y temporal (que el Tribunal resume en evidencia material del delito) y la urgencia.

El Tribunal Constitucional estima que el artículo 21.2 LOPSC incorpora la nota de urgencia que la noción constitucional de flagrante delito exige. Sin embargo, en opinión del propio Tribunal, la expresión «conocimiento fundado», en cuanto no integra necesariamente un conocimiento o percepción evidente y notoriamente más allá de aquello que es esencial o nuclear a la situación de flagrancia. El Tribunal señala que conjeturas o sospechas nunca bastarían para configurar, por sí mismas, una situación de flagrancia.

A esta argumentación del Tribunal podría añadirse, en la misma línea, una idea más: ni el mismo conocimiento de la comisión de un delito (la *notitia criminis*) puede, en puridad, equipararse a la noción de delito flagrante. E. Jiménez Asenjo, al definir la noción procesal de delito flagrante, sitúa la relación que existe entre esta figura y la de la *notitia criminis*. Entiende el autor que «flagrante delito es «aquel modo singular de conocimiento de la comisión de un delito o de recibir la *notitia criminis* por los órganos encargados de la prevención penal, caracterizado por su inmediatez material y directa con el hecho por ser sorprendido su autor *in ipsa perpetracione facinoris*» (30). Tal noción explica acertadamente cómo la relación entre ambas figuras no es de identidad, sino de género y especie. Si bien el delito flagrante es una forma de *notitia criminis* no toda *notitia criminis* es delito flagrante.

Por consiguiente, aun en el supuesto de que se conociera que un determinado delito va a cometerse o se está cometiendo en una morada (que es, en todo caso, domicilio a los efectos del art. 18.2 CE), no por ello se estaría en presencia de un

(29) STS de 29 de marzo de 1990, cit., Considerando 5.º

(30) En *Derecho procesal penal*, vol. II, Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, s.f., página 271.

delito flagrante. Como ya se ha señalado, no basta ni el conocimiento fundado ni el contrastado para justificar la existencia de un delito flagrante. Solamente es flagrante el delito cuya comisión se percibe sensorialmente (31). Desde esta perspectiva, no podría admitirse que una entrada domiciliaria provocada por el conocimiento de la comisión de un delito pudiera justificarse en la existencia de un delito flagrante (32).

En todo caso, la argumentación esgrimida por el Tribunal Constitucional pone de manifiesto que la noción legal de delito flagrante de la LOPSC no es acorde con la constitucionalmente exigida por el artículo 18.2 CE, lo que produce, en definitiva, una intromisión ilegítima del legislador en el contenido esencial del derecho fundamental (33). Por ello, el artículo 21.2 LOPSC es finalmente declarado inconstitucional.

---

(31) Desde este planteamiento no puede compartirse el parecer de A. L. ALONSO DE ANTONIO cuando afirma (en *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*, Madrid, Colex, 1993, pág. 154) que «el mal llamado delito flagrante supone, por tanto, la percepción sensorial directa o el conocimiento inmediato del mismo susceptible de remediar, total o parcialmente, sus efectos», sino que, por el contrario, se defiende que la noción constitucional de flagrancia exige percepción directa en todo caso, ya sea por descubrir a una persona cometiendo un delito, ya sea por sorprender al delincuente con los efectos o instrumentos del mismo (la cursiva pertenece a este trabajo).

(32) De esta afirmación no se puede colegir que tal entrada fuera siempre inconstitucional, sino sólo, y más correctamente, que no podría apoyarse en la noción de flagrante delito. El derecho fundamental a la inviolabilidad es, como todo Derecho, limitado y puede ser eventualmente sacrificado en aras de la protección de un bien constitucional más importante. Aunque en el campo de los límites de los derechos no es necesaria la regulación previa (sino la ponderación del conflicto), algunas normas prevén dichos límites. Entre éstas, debe destacarse el artículo 491 del Código Penal que permite realizar entradas domiciliarias para, entre otros extremos, evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero o el artículo 21.3 LOPSC, que permite que cualquiera penetre en un domicilio para, entre otros supuestos, evitar daños inminentes y graves a las personas (extremo éste que también ha sido puesto de manifiesto en F. FERNÁNDEZ SEGADO: *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, pág. 227). Como se acaba de señalar, una persona que entra en morada ajena para, por ejemplo, salvar la vida de su ocupante, no tendría que acudir al artículo 491 para eximir su responsabilidad. Aunque este precepto no existiera, parecería lógico pensar que la inviolabilidad del domicilio debe ser vulnerada para salvaguardar la vida del ocupante. También contempla la existencia de posibles entradas no previstas expresamente en la Constitución J. DÍAZ DELGADO (como las que pueden seguir a incendios o inundaciones), en «La autotutela ejecutiva, la inviolabilidad del domicilio y la intervención judicial», en *Poder Judicial*, 16 (1985), pág. 22. El propio Tribunal Constitucional ha aludido a las hipótesis que generan causas de justificación, como puede ocurrir con «el estado de necesidad» (STC 22/1984/5, de 17 de febrero).

(33) Es especialmente útil recordar, en este punto, la tesis mantenida por J. M. ALEGRE AVILA, que disocia la inadecuación del concepto legal de flagrancia recogido en el artículo 21.2 LOPSC y su incidencia en el contenido esencial del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. El autor estima, en efecto, que si bien es cierto que la definición de delito flagrante contenida en el artículo 21.2 LOPSC es, a su juicio, contraria a la noción constitucional de flagrante delito, contenida

Aunque la declaración de inconstitucionalidad del precepto impugnado podría haber excusado que el Tribunal Constitucional siguiera analizando el tercero de los problemas invocados en relación con el mismo (por ser irrelevantes las conclusiones de tal examen), el Tribunal enjuicia, posteriormente, si es inconstitucional el que de un concepto general, como es el delito flagrante, se realice una definición legal referida a un determinado tipo de delitos: los conectados con drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. A análisis de esta cuestión se dedican las siguientes líneas.

#### IV. DELITO FLAGRANTE Y DELITO EN MATERIA DE DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS (34)

El Tribunal Constitucional había sido requerido a pronunciarse, en concreto, sobre si es constitucional la definición legal de flagrante delito referida a los delitos cometidos en materia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas (35). Su respuesta (más que argumentación) al requerimiento planteado ha sido afirmar que «la noción general de delito flagrante requiere una aplicación jurisdiccional siempre atenta a las singularidades del modo de verificación de cada concreta conducta delictiva, y que bien puede el legislador anticipar en sus Normas esa precisión o concreción, para ilícitos determinados, del concepto constitucional que nos ocupa. Tal delimitación selectiva del concepto constitucional sólo podrá reputarse de ilegítima si con ella se pretendiera relativizar o disminuir la garantía dispuesta en el artículo 18.2 de la Constitución, pero ello, como bien se

en el artículo 18.2 CE, ello no impide entender que el precepto legal en examen es constitucional, ya que no restringe el contenido esencial del Derecho (entendido éste como «poder jurídico de su titular de impedir las intrusiones indebidas o no justificadas debidamente en el ámbito a cuyo se extiende el domicilio en sentido constitucional» [en «El artículo 21 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana (una nota sobre la incidencia del legislador en los derechos fundamentales)», en *Poder Judicial*, 30 (1993), pág. 39]. De aceptarse la visión de J. M. ALEGRE AVILA, la garantía judicial exigida en el artículo 18.2 sería un elemento accesorio del Derecho. Parece que, al contrario, el contenido esencial del Derecho supone, en una primera aproximación, que no se puede penetrar en el domicilio (en sentido constitucional) de una persona sin autorización judicial previa, salvo, precisamente, el supuesto de flagrante delito (y también el de la suspensión individual de derechos —constitucionalmente previsto en el artículo 55.2 CE—). El juez actúa así como garante del derecho fundamental (art. 117.3 CE). Véase, en relación a estos temas, F. A. CASTILLO BLANCO: «Comentarios de urgencia sobre la polémica STC 341/1993, de 18 de noviembre, sobre la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana», en *Poder Judicial*, 33 (1994), págs. 320-321.

(34) Tal problema es analizado en el FJ 8.º c) de la sentencia.

(35) Este requerimiento se plantea expresamente en los Recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Parlamento de las Islas Baleares (RI, 12/9/1992) y por la Junta General del Principado de Asturias (RI, 1314/1992).



comprende, supone trasladar la cuestión al ámbito de la propia definición legislativa de la flagrancia [...] al margen, por tanto, del alcance o no general de tal definición». El Tribunal Constitucional concluye su razonamiento señalando que «el artículo 21.2 de la LOPSC no es, en suma, contrario a la Constitución en lo que tiene de intento de descripción de la flagrancia para determinados tipos delictivos, sino por su parcial inadecuación, ya vista, al concepto mismo de flagrante delito presente en el artículo 18.2 de la Constitución».

La afirmación realizada por el Tribunal presenta algunos inconvenientes que merecen ser apuntados. De ellos, el más relevante es la falta de análisis acerca de la posibilidad de que los delitos cometidos en domicilios (protegidos por el artículo 18.2 CE) en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o al menos, algunos de ellos, puedan ser considerados delitos flagrantes a efectos constitucionales (36).

Esta cuestión afecta especialmente a los delitos de almacenamiento de dichas drogas o sustancias (37). ¿Se dan, en relación con estos delitos, los requisitos que legitimen una entrada policial sin intervención judicial? Dicho en otros términos: ¿Se dan en ellos las notas de inmediatez temporal y material, y urgencia, exigidas en el artículo 18.2 CE?

A este respecto debe señalarse que parece difícil que se dé la inmediatez personal y temporal exigida por la noción constitucional de delito flagrante. En efecto, es frecuente que, en la comisión de los delitos conectados con las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, así como en otros cometidos en domicilios constitucionales, los delincuentes utilicen medidas para que no sean perceptibles desde el exterior (38). No obstante, tampoco puede negarse que, pese a que la evidencia del delito y de su autor no sea habitual, en ocasiones se produce. Por ello es posible que, en definitiva, un delito realizado en un domicilio a efectos constitucionales y relacionado con drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas cumpla las condiciones de inmediatez personal y material exigidas por la noción de delito flagrante contenida en el artículo 18.2 CE.

(36) F. FERNÁNDEZ SEGADO considera que, pese a la inusual concepción del delito flagrante particularizada en relación a un determinado tipo de delitos, no puede considerarse por ello inconstitucional (en *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, pág. 227).

(37) Véanse los artículos 344 y 344 *ter* del Código Penal.

(38) Debe recordarse que la Constitución de 1869, al regular las relaciones entre inviolabilidad del domicilio y delito flagrante, permitía a la Policía entrar en el domicilio para proceder a la aprehensión del delincuente que, hallado en flagrante delito, huye y pretende refugiarse en él. Asimismo, la redacción originaria del artículo 553 LECr, hoy derogada, permitía la entrada domiciliaria de los agentes de la autoridad para proceder a la detención del delincuente *in fraganti* que pretendía refugiarse allí. Parece lógico pensar que el supuesto de la persecución que sigue al descubrimiento del delito flagrante es quizá el más frecuente y el que presenta mayor efectividad en relación con nuestro actual artículo 18.2 CE.

Más difícil es, si cabe, que pueda darse la urgencia exigida por la noción constitucional de delito flagrante. En efecto, como el Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente, los delitos de tenencia de drogas (o de otros bienes, como explosivos, armas, municiones, contrabando, etc.) no exigen, en y por principio, una intervención urgente y, por ello, no pueden ser considerados flagrantes (39). La argumentación del Tribunal Supremo, difícilmente reprochable, señala que es altamente improbable que en relación con delitos de consumación instar tánea y efectos permanentes exista una urgencia que justifique una intervención policial al margen de toda actuación judicial (40). El Tribunal Supremo (41) indica, asimismo, que los delitos de posesión de drogas o armas son permanentes pero no de resultado, sino de peligro, porque «el legislador ha anticipado la consumación a un estado anterior al de la lesión del respectivo bien jurídico que tutelán». Por ello, concluye el Tribunal Supremo, «serán flagrantes tan sólo en la medida en que la lesión sea inminente y de particular gravedad». Esta lesión no existe en los delitos de peligro, como los de tenencia, por lo que mal puede invocarse la existencia de urgencia en relación a ellos (42).

Toda esta argumentación induce a pensar que la concreta delimitación legislativa de la noción constitucional de flagrante delito referido a los delitos en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas debiera quizá haber sido apuntada como un segundo argumento en favor de la inconstitucionalidad del artículo 21.2 LOPSC, si en tal categoría se pretendía incluir los delitos de almacenamiento de tales sustancias. Esta inconstitucionalidad tendría su origen en la pretendida aplicación de la noción constitucional de delito flagrante a algunos de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, se realizan en domicilios protegidos por el artículo 13.2 CE. Dicha aplicación conlleva, necesariamente, una *mutación* de la noción constitucional de flagrante delito que repercute, finalmente, en el contenido esencial del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

(39) STS de 29 de marzo de 1990, cit., Considerando 5.º En el mismo sentido, A. L. ALONSO DE ANTONIO: *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*, Madrid, Colex, 1993, pág. 156 *in fine*.

(40) El propio Tribunal señala que la Policía debe en tales casos establecer la vigilancia necesaria para evitar la huida de los delincuentes, salvo en el difícil caso donde exista urgencia (*ic em*).

(41) Sentencia de la Sala Penal del TS de 14 de diciembre de 1990, Considerando 3.º

(42) Este extremo ha sido analizado con detalle por P. J. GONZÁLEZ-TRIVIANO, en *La inviolabilidad del domicilio*, Madrid, Tecnos, 1992, especialmente págs. 219-225. Recuerda el autor cómo para ALMAGRO NOSIETE (en su artículo publicado en *El Sol* de 15-VI-1991) sólo puede existir urgencia cuando el delito tiene efectos inmediatos (pág. 219). Véase asimismo J. FERNÁNDEZ ENTRALGO: «¡Pase sin llamar...! El artículo 21.2 de la LO 1/1992», en AA. VV.: *Seguridad ciudadana. Materiales de reflexión crítica sobre la ley Corcuera*, Valladolid, Ed. Trotta, 1993, pág. 39, nota 58, en referencia al artículo de ENRIQUE GIMBERNAT en *ABC* de 18 de agosto de 1991, siempre en la misma dirección.

## V. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Se ha visto en páginas anteriores que el Tribunal Constitucional ha realizado en la STC 341/1993 un primer acercamiento al análisis de cómo el delito flagrante delimita al derecho fundamental contenido en el artículo 18.2 CE. Las aportaciones más importantes de la sentencia en esta materia son las que a continuación se resumen.

La primera es que existe un concepto constitucional de flagrante delito. En el presente comentario se ha analizado cómo en nuestro Ordenamiento jurídico han convivido, entre 1978 y 1988, dos conceptos jurídicos de delito flagrante, de distinto contenido. Uno de ellos, que se ha denominado procesal, se refería a la determinación de un procedimiento especial, el abreviado (art. 779 LECr). El otro, el calificado como constitucional, y que es el contenido en el artículo 18.2 CE y desarrollado en el artículo 553 LECr, sirve para delimitar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. En la misma línea de argumentación se ha puesto de manifiesto que el reconocimiento de la inviolabilidad del domicilio en la Constitución española (que constitucionaliza la delimitación del delito flagrante y no permite, en general, la existencia de leyes especiales) se realiza en términos diferentes a los contenidos en otras Constituciones de nuestro entorno, como son la italiana o alemana.

La segunda aportación que el Tribunal Constitucional realiza, en relación al artículo 18.2 CE, es que la noción constitucional de flagrante delito exige, al menos, evidencia del delito y urgencia. Esta idea contenida en la sentencia comentada carece, como se señaló en su momento, de una completa argumentación, lo que ha provocado un análisis en profundidad de la noción legal de delito flagrante y de cómo ha afectado a ésta su utilización como criterio delimitador de un derecho fundamental. Para realizar este concreto análisis fue especialmente útil examinar la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia. La conclusión del trabajo en este punto es sustancialmente idéntica a la del propio Tribunal: la noción constitucional de flagrante delito contiene, al menos, tres elementos: inmediatez personal, inmediatez temporal (resumidos por el Tribunal Constitucional en evidencia del delito) y urgencia.

La tercera aportación de la STC 341/1993 es que el artículo 21.2 LOPSC es inconstitucional por permitir entradas domiciliarias que no se basan, necesariamente, en el conocimiento o percepción evidentes. En el trabajo se ha recordado como, en puridad, ni el conocimiento contrastado de que se realiza un hecho delictivo puede equipararse con el delito flagrante. El delito flagrante no es una *notitia criminis*, sino una determinada singular forma de *notitia criminis*, basada en la percepción sensorial.

La cuarta y última aportación de la STC 341/1993 es que el Tribunal Consti-

tucional estima legítimo el que el legislador aplique el concepto de delito flagrante a un concreto tipo de ilícitos penales (los relacionados con drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas). El hecho de que el Tribunal haya declarado inconstitucional el artículo 21.2 LOPSC en el Fundamento jurídico inmediatamente anterior de la sentencia comentada hace que su doctrina en relación a este último punto sea más una declaración de principios que un examen profundo de la compatibilidad de la noción constitucional de flagrancia en relación con los delitos contemplados en el precepto legal. Se ha señalado en el presente trabajo cómo no es posible deducir de alguno de los delitos que pueden darse en materia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas (como el de su almacenamiento) la nota de urgencia que exige la noción constitucional de flagrante delito.

Ciertamente, la argumentación aducida por el Tribunal Constitucional en la sentencia comentada no agota ni los problemas que la vinculación entre inviolabilidad del domicilio y el delito flagrante puede presentar, ni las cuestiones que, en esta materia, suscita el artículo 21.2 LOPSC. El Tribunal realiza, como es lógico, la argumentación imprescindible para constatar la inconstitucionalidad del precepto legal impugnado.

Algunos de los problemas teóricos que, desde un plano general, pueden plantearse en la aplicación de la delimitación del delito flagrante a la inviolabilidad del domicilio son de extrema importancia. Así, no se analiza en la sentencia comentada qué motivos (históricos, sustanciales,...) explican que el constituyente excepcione el mandamiento judicial (verdadero contenido del Derecho) para las entradas domiciliarias efectuadas en caso de delito flagrante. Esa explicación podría quizá hacer comprender el alcance práctico de la delimitación que el delito flagrante supone en relación al artículo 18.2 CE. Tendría, así, un interés mediato en la resolución de algunos problemas prácticos, entre los que se encuentran los siguientes: ¿Es irrelevante que la persona sorprendida *in fraganti* pretenda refugiarse en su domicilio o en la vivienda de un tercero para que pueda producirse la entrada domiciliaria de los agentes de la autoridad? ¿La Constitución permitiría que también los particulares entraran en un domicilio para detener a la persona sorprendida en delito flagrante? Si la concepción del flagrante delito contenida en el artículo 18.2 CE es material, ¿debiera exigirse que el delito cometido *in fraganti* tuviera cierta entidad para que la entrada domiciliaria realizada sin mandamiento judicial estuviera constitucionalmente justificada? ¿Es necesario que algún texto legislativo autorice las entradas domiciliarias de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado —o de los particulares— en caso de flagrante delito, o existe habilitación constitucional que no exige mediación normativa?

La concepción del delito flagrante contenida en el artículo 21 LOPSC presen-

ta también algunos problemas que no han sido analizados por el Tribunal Constitucional. Del tenor literal de este artículo parece deducirse la posibilidad de que los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado puedan entrar y registrar en un domicilio cuando exista flagrante delito de acuerdo a los requisitos contenidos en el segundo apartado para, entre otros extremos, impedir la consumación del delito. Tal regulación plantea algunos problemas, entre los que se pueden citar los siguientes: ¿Cuál es la finalidad de que la Constitución permita las entradas domiciliarias en caso de flagrante delito? Si se entiende que dicha finalidad es la detención. ¿Pueden los agentes de la autoridad registrar, por su propia autoridad, la vivienda del delincuente? La resolución de este problema exige analizar, en su caso, de forma instrumental, la relación entre inviolabilidad del domicilio y registro domiciliario. Por último, ¿tienen encaje desde la dogmática del Derecho procesal penal las afirmaciones de que se puede detener al delincuente sorprendido *in fraganti* para evitar la consumación del delito?

La resolución de los interrogantes planteados debe realizarse en el marco de un análisis en profundidad de la relación entre inviolabilidad del domicilio y delito flagrante. Debe partirse, en dicho estudio, de la razón que justifica que la existencia del flagrante delito excepcione la actuación judicial previa en materia de inviolabilidad del domicilio.

Parece claro que tal análisis supera con creces el propuesto al inicio de estas páginas que era, debe recordarse, el comentario de la sentencia 341/1993. La finalidad del presente trabajo justifica también, en definitiva, lo limitado de sus conclusiones.

