

ENTRADA EN DOMICILIO POR CAUSA DE DELITO
FLAGRANTE (1)

(A PROPÓSITO DE LAS SSTC 341/1993 y 94/1996)



Ricardo Martín Morales

Profesor Titular de
Derecho Constitucional.
Universidad de Granada

SUMARIO:

1. *Introducción*
2. *La reconfiguración del concepto constitucional de flagrancia delictiva por el art. 21.2 de la L.O. 1/92 y la declaración de su inconstitucionalidad por la STC 341/1993*
3. *Tras la STC 341/1993...*
4. *La STC 94/1996: ¿nuevo giro interpretativo?*

1. INTRODUCCION

La convivencia entre los planos de constitucionalidad y legalidad no siempre es fácil, pero no es patológica esa dificultad, al menos desde el punto de vista del funcionamiento global del sistema, siempre, claro está, que éste funcione. Y cuando mejor debe hacerlo es ante los ataques más sutiles a la Constitución, en cierto sentido los más peligrosos. Voy a referirme a uno de ellos, especialmente significativo.⁽²⁾

Fue un sentimiento de desconfianza contenida el que precedió a la declaración de inconstitucionalidad del art. 21.2 de la L.O. 1/92, un precepto que venía polucionando nuestro ordenamiento, y otra sensación, ahora de extrañeza, la que a algunos nos ha producido la STC 94/96, otro interesante referente jurisprudencial. El concepto constitucional en cuestión, como el lector ya habrá deducido, es el de flagrancia delictiva del art. 18.2 CE.

2. LA RECONFIGURACIÓN DEL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE FLAGRANCIA DELICTIVA POR EL ARTÍCULO 21.2 DE LA L.O. 1/92 Y LA DECLARACIÓN DE SU INCONSTITUCIONALIDAD POR LA STC 341/1993

El art. 21.2 L.O. 1/92, proyectado desde el Ministerio del Interior y en el que éste había invertido gran capital político, pronto se vió estigmatizado por la sospecha de su inconstitucionalidad. Desde muy diferentes sectores de opinión se advirtió, ya desde un principio, de la posibilidad de estar reconfigurándose torcidamente el concepto constitucional de flagrancia delictiva. Todo un debate nacional en torno al significado de la noción de "flagrante delito" no tardaría en llegar.

El cuestionado artículo de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana consideraba,

antes de ser declarado inconstitucional, como "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 llevase a éstos "a la *constancia* de que se está cometiendo o se acaba de cometer" algún delito en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. En el Proyecto se requería el mero "*conocimiento*",⁽³⁾ que en el Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados pasaba a ser "*conocimiento fundado*".⁽⁴⁾ Por último, se añadió en el Senado, después de una enmienda presentada por los Grupos parlamentarios Socialista, Convergencia i Unió y de Senadores Nacionalistas Vascos, y para así volver al Congreso y convertirse definitivamente en el texto del art. 21.2 de la LOPSC, la exigencia de que ese conocimiento fundado llevase "a la *constancia* de que se está cometiendo o se acaba de cometer" alguno de los delitos mencionados.⁽⁵⁾

Pero, como era de esperar, cada una de estas variaciones cosméticas fueron siendo encajadas a la defensiva por una gran parte de las fuerzas políticas, sociales y jurídicas del país. Esta resistencia rápidamente tendría su reflejo jurisdiccional: contra la L.O. 1/92 se plantearon cinco procesos de inconstitucionalidad, bien principalmente, bien prejudiciales; en concreto, tres recursos de inconstitucionalidad (interpuestos por 91 Diputados al Congreso pertenecientes al Grupo Parlamentario Popular, por el Parlamento de las Islas Baleares y por la Junta General del Principado de Asturias) y dos cuestiones de inconstitucionalidad (planteadas por la Audiencia Provincial de Madrid y la Audiencia Provincial de Sevilla). Todos los recursos o cuestiones de inconstitucionalidad acumulados impugnaron o pusieron en duda la validez del art. 21.2 de la L.O. 1/92, declarándose en la STC 341/1993 la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de dicho precepto, como bien se recordará.

El art. 21.2 L.O. 1/92, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, podía ser argumentado en negativo en base a los siguientes razonamientos:⁽⁶⁾

1. Si el concepto de flagrante delito se utiliza, por ejemplo, a efectos procesales, a fin de decidir un procedimiento a seguir,⁽⁷⁾ no hay nada que objetar a una interpretación más o menos amplia del mismo. Pero cuando lo que se pretende es fundamentar en él una excepción al contenido de un derecho fundamental, la interpretación debe ser necesariamente restrictiva.⁽⁸⁾

2. La seguridad de que habla el art. 17 CE es la seguridad como garantía de la libertad, una seguridad basada en la libertad, y no esa seguridad policial o callejera en la que tanto énfasis parecía poner la L.O. 1/92 en su art. 21.2. La seguridad ciudadana que deben garantizar las Fuerzas y Cuerpos de seguridad (art. 104 CE) es, en efecto, un concepto mucho más amplio y rico.

3. Lo que se pretendió con el art. 21.2 L.O. 1/92 no fue sino ampliar los supuestos del art. 18.2 CE, añadiendo otro nuevo consistente en la sospecha por parte de la policía de que se estaba cometiendo o se podía estar cometiendo un delito. Se pretendía quebrantar, pues, el concepto constitucional de flagrancia del art. 18.2 CE, permitiendo la entrada domiciliar, no porque se estuviera cometiendo un delito, sino porque la policía dijera que tenía conocimiento de que se estaba cometiendo un delito, que es bien distinto.

Pero quiero analizar con detalle esta cuestión, pues se trata del más importante de los planteamientos enarbolados contra el art. 21.2 L.O. 1/92. Para ello hay que buscar, porque existe, la diferencia entre el concepto de *flagrancia* del art. 18.2 CE y el de *conocimiento*, *conocimiento fundado* y *constancia*, expresiones todas ellas utilizadas por la L.O. 1/92 para definir aquél.

Como he comentado antes, en el Proyecto se requería, para que la policía pudiese proceder a la entrada en domicilio por causa de flagrante delito, el mero "*conocimiento*", que en el Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados pasaba a ser "*conocimiento fundado*", y que, por último, tras su paso por el Senado, se convertiría definitivamente en la exigencia de que ese "*conocimiento fundado*" lleve a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad "a la *constancia* de que se está cometiendo o se acaba de cometer" un delito. Tras este extraño proceso de maquillaje de lo que en el fondo no era sino un intento de alteración del concepto constitucional de flagrancia, el art. 21.2 L.O. 1/92 se encontró, cuando entró en vigor, no sólo a casi toda la doctrina científica, sino a gran parte del país, totalmente a la defensiva.

La expresión finalmente elegida para definir la flagrancia, el "*conocimiento fundado*", ya parecía en una primera lectura sospechosamente redundante, en el sentido de que no se entendía bien (o quizás se entendía demasiado bien) por qué se añadía ahora esta adjetivación del conocimiento, ya que, por definición, todo conocimiento debería ser fundado.

Lo cierto es que el término "*conocimiento fundado*" contenía cierta nota de subjetividad,

incompatible con la naturaleza meramente objetiva del concepto de flagrancia. Se invitaba a pensar en un conocimiento racional, intelectual y no en una percepción inmediata. No se trataba de una evidencia física, externa, por sí misma, sino de "una evidencia moral o psicológica en la que concurren determinados elementos objetivos, pero con una mayoría aplastante de los psíquicos, racionales, de razonamientos en forma de fundamentos".(9) En una palabra, el "*conocimiento fundado*" es el que da origen a pedir la resolución judicial a que se refiere el art. 18.2 CE, no a provocar directamente la entrada domiciliar.

Para que exista flagrancia es necesaria, pues, una evidencia sensorial, no bastando una presunción, por muy probable que se presente la comisión delictiva; es necesaria una real perpetración del hecho, no una mera sospecha. Como ha manifestado el TS: "La palabra flagrante viene del latín *flagrans-flagrantis*, participio de presente del verbo *flagrare*, que significa arder o quemar, y se refiere a aquello que está ardiendo o resplandeciendo como fuego o llama, y en este sentido ha pasado a nuestros días, de modo que por delito flagrante en el concepto usual hay que entender aquel que se está cometiendo de manera singularmente ostentosa o escandalosa".(10)

Mientras el "*conocimiento fundado*" exige previa investigación, la flagrancia requiere percepción directa, y se puede estar convencido de algo sin tener conocimiento directo e inmediato. La propia STC 341/1993 concibió 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".(11)

El art. 21.2 L.O. 1/92 pretendía presentar como reforzado el requisito del "*conocimiento fundado*" con la exigencia de que el mismo llevara a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a la "*constancia*" de que se estaba cometiendo o se acababa de cometer alguno de los delitos a que seguidamente aludía. Pero la *flagrancia* no es *constancia*, sino que se ve sin necesidad de indagación previa. El delito es flagrante cuando se ve, y ahí, más que constancia, que puede venir por otros medios, hay realidad. No es suficiente que exista sospecha o presunción como consecuencia de una investigación previa, porque el hecho ya no es inmediato, inesperado, imprevisto.(12) No se debe confundir la flagrancia con lo que no es más que una *notitia criminis* o conocimiento de un dato que permite creer que existe un delito, por muy fundada que aparezca esta creencia. De lo que se trata es de que la policía alcance el conocimiento de la perpetración de un delito, no por utilizar su procedimiento normal de investigación, sino porque se percibe directa, personal y con toda certeza su realización.

Pues bien, la propia STC 341/1993 entendió que, al no integrar las expresiones "*conocimiento fundado*" y "*constancia*", utilizadas por el art. 21.2 de la L.O. 1/92, un conocimiento o percepción evidente, iban 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, bastarían para configurar una situación de flagrancia".(13)

4. Antes de la STC 341/1993 cundió en amplios sectores de la población la preocupación por que se fuera a producir una fisura constitucional, bien en forma de quebrantamiento, bien incluso en forma de mutación constitucional. Si se tenía que reformar la Constitución, porque el pueblo soberano decidiese libremente limitar el derecho a la libertad domiciliaria a cambio de una mayor eficacia en la lucha contra el narcotráfico, que se reformara, pero no podía entenderse lo que se percibía como un intento de reconducción más interesada que interesante de la Constitución.

5. Se adujo asimismo desde determinados segmentos de opinión que lo que el legislador estaba haciendo no era sino dictar una norma meramente interpretativa de la Constitución, lo que está constitucionalmente proscrito.(14)

No obstante, como luego razonaría con acierto la STC 341/1993, el legislador del art. 21.1 L.O. 1/92 no estaba precisando el único sentido, entre los varios posibles, que deba atribuirse a un determinado concepto o precepto de la Constitución y, por tanto, dictando una norma meramente interpretativa de la misma, sino en la función que le corresponde de reflejar o formalizar en su norma el sentido de un concepto presente aunque no definido en la Constitución.(15) Por consiguiente, no cabía considerar inconstitucional la formalización legislativa del concepto de delito flagrante a efectos de la entrada en domicilio. La tacha de inconstitucionalidad había que encontrarla, en su caso, en el contenido de la norma, pero no en su existencia misma.

6. También se alegó que con el art. 21.2 L.O. 1/92 podía estar lesionándose el art. 9.3 CE, al provocarse una situación de inseguridad jurídica.

Ciertamente la ejecución de la medida se hacía depender de la valoración que hicieran los funcionarios de policía de la flagrancia del delito y no de presupuestos seguros; el legislador orgánico estaba creando, en efecto, márgenes de incertidumbre.⁽¹⁶⁾ Pero no es menos verdad que lo que en el fondo del art. 21.2 L.O. 1/92 existía era un problema de conceptualización, y existen muchos conceptos en el ordenamiento jurídico en cuyo substrato hay cierta inseguridad y no por ello son inconstitucionales.⁽¹⁷⁾

7. Debió tenerse también en cuenta por el legislador el hecho, ya comentado, de que el delito de tenencia de drogas para su comercialización es un delito de carácter permanente, por lo que, por no suponer normalmente riesgo inminente para bien jurídico alguno, como ocurre, por ejemplo, con los delitos de robo, incendio, lesiones, etc, es difícil que configure un delito flagrante, pues la continuidad temporal elimina la necesidad de intervención inmediata.

8. Otra de las críticas que recibió el art. 21.2 L.O. 1/92 se refería a la supuesta incorrección consistente en que el legislador orgánico hubiese procedido a la definición del concepto constitucional de flagrancia, no con carácter general (como hace el art. 18.2 CE), sino para un tipo concreto de delitos, los delitos de narcotráfico. Asimismo, se advertía de los problemas que pudieran presentar los casos de alteración sobrevenida del tipo delictivo, es decir, cuando la policía, después de tener un *conocimiento fundado* que le lleve a la *constancia* de que se está cometiendo un delito de narcotráfico, resulta que, en realidad, tiene lugar un delito de distinta naturaleza.

Se llegó a decir, incluso, que se había circunscrito específicamente la definición de flagrante delito a los delitos de narcotráfico simplemente para despertar la sensibilidad social, y que de esta manera el art. 21 L.O. 1/92 tuviese una mejor acogida en la calle. Sin llegar a tanto, lo cierto es que esa mención específica a los delitos "en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas" reflejaba un cierto complejo del legislador.

En cualquier caso, el TC acertó de lleno al pronunciarse sobre esta cuestión: "Aunque la Constitución no ha singularizado supuesto delictivo alguno para aplicarle, o permitir que le sea aplicado, un concepto *ad hoc* de flagrancia, no es menos cierto 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 ilegítima si con ella se pretendiera relativizar o disminuir la garantía dispuesta en el art. 18.2 CE",⁽¹⁸⁾ lo que ya nos llevaría a otro problema.

9. Precisamente esa referencia específica a los delitos de narcotráfico hecha por el art. 21.2 L.O. 1/92 propició que se cruzaran con el problema principal otros debates de espectro más amplio, generándose otro tipo de críticas no centradas en absoluto en el análisis técnico-jurídico del referido artículo.

Desde la oposición conservadora no nacionalista se aprovechaba para pedir un examen a fondo del problema del consumo de drogas y del narcotráfico, de las verdaderas causas del mismo, derivadas - según se decía- de una legislación excesivamente permisiva. Desde el otro extremo ideológico, la oposición mantenía que, incluso en el hipotético supuesto de que la L.O. 1/92 funcionase bien, ¿qué se conseguiría con una encarcelación todavía mayor?. Incluso desde círculos judiciales se aprovechaba la coyuntura para hablar de la crisis de sobrecarga que sufre la administración judicial, habida cuenta de que un altísimo porcentaje del trabajo de las Audiencias Provinciales se centraba en delitos cometidos por pequeños traficantes de droga, lo cual provocaba una disfunción insostenible.

10. Por último, debido a los márgenes de incertidumbre creados por el art. 21.2 L.O. 1/92, a los que se refirió la propia STC 341/93, y que en modo alguno se remediaban con el art. 21.4,⁽¹⁹⁾ se situaba a la policía en una situación muy difícil a la hora de probar el fundamento de ese *conocimiento fundado que conduce a la constancia*, ante las probables acciones penales que plantearían los afectados por registros fallidos. Ello hubiese terminado ocasionando un desconcierto generalizado en tales agentes, llegándose, a la postre, a un resultado inhibitorio contrario, paradójicamente, a aquél para el que se concibió el art. 21.2 L.O. 1/92. En lugar de beneficiar la labor policial, quizá hubiese terminado perjudicándola.

Pero así como el art. 21.2 CE, finalmente declarado inconstitucional, pudo ser argumentado en

negativo, sin duda merecidamente, también fue defendido vehementemente desde otras posiciones, sobre las bases que a continuación referimos:

1. La controversia desatada -se aducía- era excesiva porque el art. 21.2 L.O. 1/92 tampoco justificaba una entrada policial basada en meros indicios o inferencias.⁽²⁰⁾ Pero, como hemos venido diciendo, lo cierto es que no estaba en absoluto claro, sino todo lo contrario, que el texto del art. 21.2 L.O. 1/1992 mantuviese un concepto de flagrancia respetuoso con el art. 18.2 CE, ya que, como también hemos comentado, si se interpretaba en combinación con los demás conceptos que el propio precepto utilizaba, parecía que la mera sospecha (indicios) habilitaba ya a la policía, esto es, se daba a entender que se podía proceder a la entrada y registro porque era posible o probable (intuición) que dentro hubiese droga.⁽²¹⁾ Los denodados esfuerzos redefinidores de un concepto, el de flagrancia delictiva, que en principio parecía bastante claro, no terminaban de entenderse bien, o quizá sí se entendían muy bien.

2. Respecto a lo inadecuado que pudiese resultar el practicar una redefinición legal de un concepto constitucional, se mantuvo que, aunque el concepto de "flagrante delito" hubiese sido tomado por la Constitución del acervo jurídico español,⁽²²⁾ no por ello debía quedar impedido el legislador, como tampoco los Tribunales, de hacer interpretaciones del mismo, siempre y cuando no pugnaran dichas interpretaciones con el concepto constitucional de flagrancia.

Ya hemos visto anteriormente que el propio TC, en la mencionada STC 341/1993 determinó que, en efecto, "no cabe tachar de inconstitucional la formalización legislativa del concepto" en cuestión, ya que aquí el legislador no actuaba para precisar el *único* sentido, entre los varios posibles, que deba atribuirse a un concepto o precepto constitucional (FJ octavo). Otra cosa es que, al reflejar o formalizar en su norma el sentido de un concepto constitucional no definido por la Constitución, como es el de "flagrante delito", no se hubiera respetado el contenido del derecho a la inviolabilidad domiciliaria.

3. Por otra parte, ni que decir tiene que también se defendió la no incorrección de circunscribir a un determinado tipo de delitos la interpretación del concepto de "flagrante delito", entendiéndose que ello era irrelevante para el juicio de inconstitucionalidad del precepto. Y se llevaba razón, porque, como diría luego el TC,⁽²³⁾ tal delimitación selectiva del concepto constitucional se debe considerar ilegítima cuando con ello se pretenda relativizar o disminuir la garantía del art. 18.2 CE, pero no en otro caso.

4. En defensa del art. 21.2 L.O. 1/92 también se adujo que dicho precepto estaba animado por el loable intento de proporcionar seguridad jurídica tanto a los ciudadanos como a la policía, pues unos y otra sabrían, a partir de lo dispuesto en esta norma, en qué circunstancias podría procederse a una entrada en domicilio por delito flagrante.⁽²⁴⁾ No obstante, como puede comprenderse, este argumento por sí sólo no justifica el contenido de una norma, ya que es la seguridad jurídica la que está al servicio de la libertad y no al revés.

5. Desde el Ministerio del Interior se intentó centrar la cuestión en lo que se estimaba constituía el problema de fondo, una situación que estaba causando impotencia policial y que era lo que se pretendía paliar con el precepto en cuestión, en beneficio -se decía- de la inmensa mayoría de los ciudadanos, que no son -se añadía- narcotraficantes.⁽²⁵⁾ Se intentó explicar a la opinión pública que, en cuanto el morador narcotraficante advertía la presencia policial, procedía a deshacerse de la droga, bien arrojándola por el retrete, bien escondiéndola en algún elemento común del edificio, etc., desapareciendo, entonces, las fuentes de prueba. Mientras se acudía al Juez para obtener la pertinente resolución judicial -se explicaba- la droga ya se había vendido y, por ello, una buena solución consistía en poder entrar a comprar droga y, constándole fundadamente a la policía que allí se vendía droga, precisamente porque se la acababan de vender, proceder a entrar y registrar por causa de flagrante delito. En el epígrafe siguiente me referiré a los escollos jurídicos que no podría soslayar esta estrategia.

Evidentemente, y eso nadie lo dudó (incluso quienes, por intereses políticos, decían lo contrario), se trataba de una ley de buenas intenciones, pero de malas disposiciones, aunque esto último no era compartido por el Gobierno, que ignoraba que uno de los requisitos esenciales de la flagrancia es la urgencia, que es lo que justifica el no acudir al Juez en busca de la preceptiva resolución judicial, así como que la actividad de venta de droga es una actividad que tiene una cierta permanencia en el tiempo, una actividad normalmente descubierta por la policía después de un previo proceso de investigación. En cualquier caso, el argumento de que el delincuente, al advertir la presencia policial,

se deshace fácilmente de la sustancia prohibida, aun siendo una realidad, no justificaba una medida de esta naturaleza, aparte de que se pueden tomar al respecto las oportunas precauciones, pero siempre provistos, eso sí, de la preceptiva resolución judicial.

Y va a ser difícil, en efecto, que en muchos de estos casos concurra el requisito de la urgencia, porque, como ya se ha dicho, en los delitos que se comenten por la tenencia de objetos de tráfico prohibido (drogas, armas, productos de contrabando, etc.) no ocurre como en otros ilícitos (robo, incendio, daños, homicidios, lesiones, agresiones sexuales, etc.) en que sí suele concurrir el requisito de la urgencia. En aquéllos, desde el momento en que quedaron consumados por su tenencia ilegal, ya no se requiere normalmente una intervención tan urgente de la policía que no quepa esperar el tiempo que se tarda en acudir al Juzgado para obtener un mandamiento judicial, pudiéndose establecer, mientras tanto, un sistema de vigilancia policial.

6. Por último, conviene recordar que, desde la entrada en vigor de la L.O. 1/92, de 21 de febrero, hasta la STC 341/1993, de 18 de noviembre, que la declaró inconstitucional, se esgrimió con frecuencia el argumento estadístico para demostrar las supuestas bondades del art. 21.2 L.O. 1/92. Así, el 4 de marzo de 1993 el Ministro del Interior, Sr. Corcuera, presentaba ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados los datos correspondientes al primer año de vigencia de la L.O. 1/92. Del total de registros domiciliarios realizados entre el 13 de marzo de 1992 y el 31 de enero de 1993, el 96.6 por ciento de las entradas domiciliarias se había llevado a cabo con orden judicial, mientras que sólo un 3,4 por ciento lo fue en aplicación del art. 21.2 de la L.O. 1/92, de 21 de febrero. En el caso de los registros autorizados por el juez, el resultado de la entrada domiciliar fue positivo en el 67 por ciento de los supuestos, mientras que cuando se aplicó la "Ley Corcuera" ese porcentaje subió hasta el 94 por ciento. Por otra parte, se presentaron en este período de tiempo cuatro denuncias contra la aplicación de la ley, de las cuales tres no tenían fundamento puesto que se trataba de registros con mandamiento judicial.

Aunque evidentemente estos datos estadísticos eran aportados por el Gobierno en defensa de "su" Ley, no hay que dejar de tener en cuenta que de esos mismos resultados también se desprendía que, en un nada despreciable seis por ciento de los casos, los ciudadanos vieron allanados ilegítimamente sus domicilios sin que hubiese mediado resolución judicial. Evidentemente no se había producido con la entrada en vigor de la ley ningún apocalipsis en materia de derechos fundamentales, pero es que tampoco nadie había vaticinado eso. No es que se dudase de la buena fe inicial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sino simplemente que la garantía de los derechos constitucionales no debe quedar, en un Estado de Derecho, a expensas de la buena fe de la Administración.

Concluimos, la situación que vivimos en España hasta que se declaró inconstitucional el art. 21.2 L.O. 1/92 representó uno de esos casos en que, de no producirse la reacción adecuada, el Estado de Derecho queda en entredicho, más que por el hecho puntual en sí, sin restarle importancia, por el precedente que se sienta. Reaccionó a tiempo quien debía hacerlo, el TC, a través de la STC 341/1993, habiéndose producido también una movilización encomiable de gran parte de las fuerzas democráticas del país, que sirvió para fortalecer entre nosotros el sentido de la libertad. De todas formas, también es justo decir que, aun siendo clara su inconstitucionalidad, este art. 21.2 L.O. 1/92 fue recibido, debido a los avatares políticos que rodearon su proceso de elaboración, más "a la defensiva" de lo que, de haber mediado otras circunstancias, hubiese sido lo normal.

3. TRAS LA STC 341/1993...

El Ministerio del Interior -antes lo comenté- había invertido gran capital político en el art. 21.2 L.O. 1/92. Y el que más, el propio Ministro. Eso explica que el Sr. Corcuera -de quien tomaría la ley su denominación coloquial- al día siguiente de presentar su dimisión, provocada precisamente por declararse la inconstitucionalidad del art. 21.2 L.O. 1/92, o al menos así se quiso explicar, insistía en sus ideas y, aunque acatando la STC 341/1993, declaraba ante los medios de comunicación: "La diferencia entre 'me consta' que Vd. me está haciendo una entrevista y 'es una evidencia' que Vd. me está haciendo una entrevista no es tan grande, ¿no cree?".

Pues sí es una diferencia importante, aunque no, obviamente, en el contexto en que el Ministro ahora la utilizaba.

Y añadía el Ministro: "El TC no ha dicho que no se pueda entrar en domicilio en caso de flagrante delito, sino que es necesario que exista 'evidencia'. Luego espero que, a partir de ahora, la policía pueda entrar a comprar droga y, una vez que tenga la evidencia de que se vende droga, porque se la

han vendido, proceder a entrar por existir flagrante delito".

Se olvidaba de nuevo el Sr. Ministro de algunas cosas, y de importancia:

1. En primer lugar, la policía no puede incitar a la comisión de hechos delictivos. A lo sumo, sólo sería posible un actuar pasivo, por lo que la única posibilidad sería llamar a la puerta y esperar a que se le ofreciera la droga, lo que difícilmente sucedería, aun tratándose de policía no uniformada.

2. Por otra parte, esa actuación policial deberá encuadrarse en el marco de un acto de investigación y todo acto de investigación que implique la entrada de la policía en un domicilio necesita previa resolución judicial, al no existir una voluntad del morador libremente formada, ya que éste no conocería más que la identidad ficticia de los intervinientes. De lo contrario, la policía siempre podría eludir el requisito de la resolución judicial organizando entradas teatrales en los domicilios para analizar su interior: ¿quien le va a negar la entrada a una supuesta embarazada que acaba de sufrir un desmayo en las escaleras?.

3. Por último, aun suponiendo que la *entrada* domiciliar hubiese sido correcta por haberse realizado para impedir la consumación de un delito, un posterior *registro* a fondo no puede practicarse sin previa resolución judicial.

4. LA STC 94/1996: ¿NUEVO GIRO INTERPRETATIVO?

Todo parecía indicar que la STC 341/1993 constituiría un definitivo punto de inflexión, entre otras cosas porque se trató, como hemos visto, de "algo más" que una sentencia; un verdadero hito jurisprudencial. Nada más lejos de la realidad. Dos años y medio después la STC 94/1996 ha puesto en entredicho alguno de los conceptos que parecían haber ya cristalizado.

Los hechos en que se fundamenta esta STC 94/1996 son, según relata la propia sentencia, los siguientes: Después de establecer la policía un dispositivo de vigilancia, observaron los agentes que la demandante en amparo contactaba en la calle con algunas personas y, tras acceder a su domicilio y a otra vivienda y salir de nuevo a la calle en diversas ocasiones, realizaba con ellas determinadas operaciones de venta. Cuando tres nuevas personas se acercaban para contactar con la demandante, se practicó la detención de ésta. En ese mismo instante, uno de los agentes que formaba parte del equipo de vigilancia observó, desde el exterior y a través de la ventana del domicilio al que la demandante había accedido sucesivamente en momentos anteriores, cómo una persona que se encontraba en su interior, la otra coencausada, intentaba deshacerse de la droga arrojándola al inodoro. Dicha circunstancia determinó la inmediata entrada y registro en dicha vivienda, encontrándose en el interior del inodoro una bolsa que contenía droga. Inmediatamente después, los policías se dirigieron al domicilio de la demandante de amparo, en el que entraron y, tras practicar el correspondiente registro, encontraron una considerable cantidad de dinero. Ambas entradas y registros se practicaron sin mandamiento judicial y sin que mediara el consentimiento de sus titulares.

La primera entrada no presenta problema, siempre, claro está, que demos por cierto -el TC no puede, en principio, hacer otra cosa- que la policía observó, desde el exterior y a través de la ventana del domicilio "cómo una persona que se encontraba en su interior, la otra coencausada, intentaba deshacerse de la droga arrojándola al inodoro". En cualquier caso, no deja de ser curioso que se vea el inodoro desde el exterior ni de parecer extraño que se pueda constatar tal circunstancia sin lesión del art. 18 CE; aunque en hipótesis podría ser efectivamente posible. También habría que analizar la naturaleza del registro llevado a cabo, pues no toda intensidad de registro queda a cubierto por la concurrencia de una situación de flagrancia.

Respecto de la segunda entrada, el TC ha entendido que concurren las dos notas esenciales de la noción constitucional de "delito flagrante". Había evidencia, dice el TC, porque "los agentes actuantes, en tal situación, podían tener, si no la percepción directa, sí al menos el *conocimiento evidente* de que en el domicilio (...) se había cometido un delito contra la salud pública (...) existían indicios racionales y vehementes de que en el mismo se estaba cometiendo un delito, y de la valoración de tales denominados indicios (conducta de la recurrente durante la operación previa de vigilancia policial y resultado obtenido del registro efectuado en el domicilio de la otra encausada), todos de carácter objetivo, es decir, alejados de la simple conjetura o de la mera sospecha, es incontestable que los agentes de la policía intervinientes pudieron adquirir un *conocimiento evidente* acerca de la existencia del delito".

Concurría igualmente para el TC la nota de la urgencia, de cara a "evitar que, por cualquier circunstancia, otros efectos o instrumentos del delito corrieran el riesgo de desaparecer; urgencia que

los funcionarios pudieron inferir de datos de carácter objetivo tales como, de nuevo, la conducta de la recurrente en las horas previas a su detención, en las que entró y salió repetidas veces de su propio domicilio tras contactar con los potenciales "clientes" (...), o la gran proximidad entre su domicilio y el de la otra coacusada (...), o la circunstancia de que la detención de aquélla se produjera en plena calle a la vista de otros vecinos".

Sin embargo, por las razones explicadas en los anteriores epígrafes no resulta muy arriesgado mantener que no se cumplió el requisito de la evidencia. Porque es discutible que a la tercera dimensión de la flagrancia (evitar la desaparición de las fuentes de prueba) no se deba proyectar también el requisito en cuestión y, segundo, porque, aun admitiéndose que fuera suficiente para esta tercera dimensión un mero conocimiento fundado, parecería especialmente difícil de asumir cuando la intervención originaria para impedir el delito de tráfico prohibido no ha tenido lugar dentro del domicilio ahora invadido, pues se accedería a él por la sólo vía del conocimiento, y no de la evidencia.

En cualquier caso, puestos a hacer ingeniería jurídica, la fundamentación de la licitud de esta segunda entrada quizá pudiera haberla construido el TC negando la mayor, es decir, no exigiendo esa proyección del requisito de la evidencia a la tercera dimensión de la flagrancia delictiva, siempre que sí concurra dicho requisito en la primera, en base a que se trata precisamente de una tercera dimensión; y salvar también la segunda dificultad mencionada, restando importancia a la continuidad espacial, en favor de la temporal o secuencial. Ello antes que esgrimir la argumentación finalmente vertida, que parece volver -al menos es la impresión que da- a concepciones ya superadas.

Tampoco es inoportuno plantearse la concurrencia del otro requisito, la urgencia. Téngase en cuenta, además, que durante toda la larga vigilancia policial, de más de cuatro horas, no fue la policía a recoger la necesaria resolución judicial, decidiéndose a actuar en un determinado momento cuya elección tampoco se justifica.⁽²⁶⁾

En conclusión, la categoría del *conocimiento evidente* sólo sería asumible, si se interpreta como conocimiento consecuente a una previa percepción evidente. Pero esto en el caso de referencia no existía.

NOTAS

(1) Este artículo fue publicado en papel en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, núm. 1, 1998, pp. 375-388, a la que desde aquí quiero agradecer la autorización para su publicación en *El Criminalista Digital*.

(2) No encontraremos ya las dificultades de quienes, con mayor mérito, afrontaron el problema sin la perspectiva con que ahora puede hacerse. Así, P.J. GONZALEZ TREVIJANO: *La inviolabilidad del domicilio*, tecnos, Madrid, 1992; A. L. ALONSO DE ANTONIO: *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*, Colex, Madrid, 1993; J. FERNANDEZ ENTRALGO: "¡Pase sin llamar...! El artículo 21.2 L.O. 1/1992", en VV.AA.: *Seguridad Ciudadana. Materiales de reflexión crítica sobre la ley Corcuera*, Valladolid, Ed. Trotta, 1993; M. ALEGRE AVILA: "El artículo 21 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana (una nota sobre la incidencia del legislador en los derechos fundamentales)", *Poder Judicial*, 30 (1993); 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", *Poder Judicial*, 33 (1994); F. J. MATIA PORTILLA: "Delito flagrante e inviolabilidad del domicilio (Comentario a la STC 341/1993)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 14, Septiembre-Diciembre, 1994; etc.

(3) El texto del Proyecto publicado el 26 de junio de 1991 era el siguiente: "A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, será causa legítima para la entrada y registro en domicilio por delito flagrante *el conocimiento* por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de que se está cometiendo alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas castiga el Código Penal".

(4) Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados. Serie A. Proyectos de Ley. nº 57-10, 8 de noviembre de 1991, p. 111. El texto quedaba de la siguiente forma: "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 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".

(5) Cfr. DSS nº 97, Sesión plenaria de 15 de Enero de 1992, p. 5293.

(6) Ya hemos comentado que dicho artículo fue objeto de encendidas críticas antes de la declaración de su inconstitucionalidad, vertidas tanto desde círculos políticos y sociales como jurídicos. Se llegó, incluso, a una situación de cierta resistencia por parte de los jueces a aplicar la ley. De ahí, las palabras de A. TORRES DEL MORAL (*Principios de Derecho Constitucional Español*, I, 1992, p. 404): "No sabe uno qué es más sorprendente, si el empeño del legislador en aprobar una ley que crea más problemas de los que resuelve o la resistencia de los jueces a aplicar la ley, a lo que están estricta e imperativamente obligados por la Constitución y por su propia Ley Orgánica".

- (7) Al modo, por ejemplo, de la antigua redacción del art. 779 LECr.
- (8) Se trata de uno de los postulados básicos de la teoría general de los derechos fundamentales y que la jurisprudencia del TC constantemente recuerda. Tb, naturalmente, la del Supremo; vid., *ad exemplum*, la paradigmática STS (2ª) 29.III.1990: "La aplicación de esta excepción y el mismo concepto de delito flagrante han de ser objeto de una interpretación restrictiva en aras del máximo respeto posible al derecho fundamental" (FD cuarto).
- (9) Vid. V. FAIREN GUILLEN: "Algunas ideas básicas sobre 'la entrada y registro en domicilio' (del art. 21 de la Ley 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana, de 21 de febrero)", *Rev. Der. Procesal*, nº 1, 1993, p. 34.
- (10) STS (P) 29.III.1990, FD quinto.
- (11) FJ octavo de dicha Sentencia.
- (12) Vid. A. L. ALONSO DE ANTONIO: *op. cit.*, pp. 159 y 160.
- (13) FJ octavo.
- (14) Vid. SSTC 76/1983, FJ cuarto, 227/1988, FJ tercero, 17/1991, FJ séptimo.
- (15) Esta labor legislativa -decía la STC 341/1993- "puede estimarse necesaria a fin de proporcionar a los titulares del derecho y a los agentes de la autoridad una identificación segura de la hipótesis en la cual será legítima la entrada forzosa en domicilio por delito flagrante, designio de certeza que no puede decirse irrelevante o caprichoso, dada la trascendencia que tiene la valoración acerca de una entrada en domicilio que se intente o se lleve a cabo con invocación de tal causa" (FJ octavo).
- (16) Cfr. STC 341/93, FJ octavo: "No puede el legislador disminuir o relativizar el rigor de los enunciados constitucionales que establecen garantías de los derechos ni crear márgenes de incertidumbre sobre su modo de afectación".
- (17) Cfr. J. L. GOMEZ COLOMER: "El registro domiciliario por motivos de seguridad ciudadana", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 138, 1994, pp. 2 y 3.
- (18) STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ octavo.
- (19) Art. 21.4 L.O. 1/92: "Cuando por las causas previstas en el presente artículo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad entrasen en un domicilio, remitirán sin dilación el acta o atestado que redactaren a la autoridad judicial competente".
- (20) Vid. argumentaciones de la Fiscalía General del Estado reproducidas en la propia STC 341/1993.
- (21) Cfr. J. L. GOMEZ COLOMER: *op. cit.*, p. 2.
- (22) Su principal expresión mostraría la podemos encontrar, sin duda, en el ya desaparecido (de la ley, que no, curiosamente, de las invocaciones jurisprudenciales) art. 779 LECr. Este precepto, vigente en el momento del alumbramiento constitucional, incorporaba buena parte de los elementos del concepto de delito flagrante que se podían encontrar en nuestro acervo jurídico. Llegaba incluso a definirlo, aunque fuese a los sólo efectos procesales de determinar el ámbito de aplicación de un procedimiento especial más rápido y sencillo que el ordinario.
- (23) Cfr. STC 341/1993, FJ octavo.
- (24) Cfr. las alegaciones de la Abogacía del Estado en defensa de la Ley, reproducidas en la propia STC 341/1993.
- (25) Desde las formaciones políticas que de alguna manera apoyaron la L.O. 1/92, se intentó conseguir el apoyo social al art. 21.2, presentándola como un instrumento imprescindible de lucha contra la delincuencia, el cual debía entrar en vigor, a pesar de la oposición -se decía- de aquellos a los que no les preocupaban en exceso los problemas de la inseguridad ciudadana. Como se ve, se esgrimieron en ocasiones planteamientos que tenían algo de maniqueos, en el sentido de que con la ley estaban los que, sintonizando con la calle, tenían preocupación por la seguridad de los ciudadanos, y en contra de la ley los que, desde una nebulosa teórico-jurídica perdían de vista esa perspectiva.
- (26) En este sentido, F.J. MATIA PORTILLA: *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, Mc. Graw Hill, Madrid, 1997, p. 358.

ENTRADA EN DOMICILIO POR CAUSA DE DELITO FLAGRANTE

Ricardo Martín Morales

RESUMEN: A través del artículo 21.2 de la Ley Orgánica 1/92 se intentó reconfigurar legalmente el concepto constitucional de flagrancia delictiva del artículo 18.2 de la Constitución. La STC 341/1993 declaró su inconstitucionalidad, propiciando, de paso, la caída del entonces Ministro del Interior Sr. Corcuera. Posteriormente, la STC 94/1996 ha significado un nuevo giro interpretativo. En el fondo, la necesidad de practicar una correcta delimitación de los conceptos de "flagrancia", "conocimiento fundado", "constancia" y "evidencia", así como de analizar diferenciadamente las tres dimensiones del concepto constitucional de flagrancia.

PALABRAS CLAVES: delito flagrante, inviolabilidad del domicilio, derechos fundamentales

FECHA DE PUBLICACIÓN EN RECPC: abril de 1999