



**Universidad de Jaén**  
*Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas*

Trabajo Fin de Grado

# **Delito de entradas y registros ilegales**

**Alumno: Álvaro Serrano Galán**

**Junio, 2017**

## Resumen

El derecho de inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental recogido en nuestra Constitución y tiene como finalidad la protección del ámbito de la intimidad de las personas en su vida personal y familiar, el cual permite excluir a terceros de su área de privacidad elegido voluntariamente. En tal sentido, a través del presente trabajo, se pretende abordar el procedimiento para llevar a efecto la entrada y registro en el domicilio de residentes en España, en virtud de la sistemática marcada por la LECrim como medida de investigación; de igual forma, se acomete el estudio propio de la figura penal, en cuanto a ilícito cometido por autoridad o funcionario público en extralimitación de las garantías legales y constitucionales; para ello se analiza el delito previsto en el artículo 534 de nuestro Texto punitivo, con determinación de la antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad.

## Abstract

The right of inviolability of the domicile is a fundamental right recognized in our Constitution and its purpose is the protection of the privacy of persons in their personal and family life, which allows third parties to be excluded from their voluntarily chosen area of privacy. In this sense, through the present work, the intention is to approach the procedure to carry out the entry and registration in the domicile of residents in Spain, by virtue of the system marked by the LECrim as a research measure, likewise, is undertaken the proper study of the criminal figure, as regards the wrongful act committed by the authority or public official in the overstepping of legal and constitutional guarantees; for this purpose, we analyze the crime foreseen in article 534 of our punitive text, with determination of the unlawfulness, culpability and punishability.

**Palabras clave:** Domicilio, Inviolabilidad, Protección, Intimidad.

**Keywords:** Domicile, Inviolability, Protection, Privacy.

## ÍNDICE

1. ABREVIATURAS.....	4
2. INTRODUCCIÓN.....	5
3. PROTECCIÓN DEL DOMICILIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	6
3.1) Concepto de domicilio y lugares constituidos como domicilio.....	6
3.2) Derecho de inviolabilidad del domicilio.....	11
4. DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO: PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES.....	14
4.1) Resolución judicial.....	15
4.2) Consentimiento del titular.....	18
4.3) Flagrante delito.....	20
5. EL DELITO DE ENTRADA Y REGISTRO DE DOMICILIO EN EL CÓDIGO PENAL.....	22
5.1) Antijuridicidad.....	22
5.1.1) Bien Jurídico protegido.....	22
5.1.2) Sujetos Activo y Pasivo.....	24
5.1.3) Objeto material.....	25
5.1.4) Conducta típica.....	26
5.2) Culpabilidad.....	28
5.3) Punibilidad.....	29
5.4) Consecuencia jurídica: Pena.....	31
6. CONCLUSIONES.....	32
7. BIBLIOGRAFÍA.....	35
8. JURISPRUDENCIA.....	38

## ABREVIATURAS

<b>Art.</b>	Artículo
<b>ATC</b>	Auto del Tribunal Constitucional
<b>ATS</b>	Auto del Tribunal Supremo
<b>CEDH</b>	Convenio Europeo de Derechos Humanos
<b>CE</b>	Constitución española
<b>CP</b>	Código Penal
<b>DUDH</b>	Declaración Universal de Derechos Humanos
<b>EBEP</b>	Estatuto Básico del Empleado Público
<b>FJ</b>	Fundamento Jurídico
<b>LECrim</b>	Ley de Enjuiciamiento Criminal
<b>LO</b>	Ley Orgánica
<b>LOPJ</b>	Ley Orgánica del Poder Judicial
<b>Núm.</b>	Número
<b>SAP</b>	Sentencia de la Audiencia Provincial
<b>STC</b>	Sentencia del Tribunal Constitucional
<b>STS</b>	Sentencia del Tribunal Supremo
<b>SS</b>	Sentencias
<b>ss.</b>	Siguientes
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>TS</b>	Tribunal Supremo

## 2. INTRODUCCIÓN

El derecho de inviolabilidad es un derecho fundamental que tutela las garantías constitucionales y legales que están relacionadas con la protección penal de la intimidad domiciliaria. En este sentido, la Constitución Española establece que la naturaleza del derecho fundamental de inviolabilidad del domicilio es una extensión del derecho a la intimidad personal y familiar. De igual forma, este derecho proporciona a todas las personas que residen en España, ya sean españoles o extranjeros, la protección constitucional que reconoce a cualquier ciudadano la capacidad de definir áreas de exclusión de su domicilio o morada frente a terceros y frente a los poderes públicos. Asimismo, se señala que la entrada y registro ilegal de un domicilio vulnera el derecho de inviolabilidad del domicilio, tras garantizar el derecho a la intimidad personal y familiar. Mediante este reconocimiento se concede el derecho a excluir del entrometimiento de terceros en el espacio físico en el que se ejercen aquellas funciones de la intimidad; es decir, que se eviten intromisiones.

Sin embargo, existen límites legales a tal derecho, que no es absoluto, aun cuando exista contrariedad de la voluntad del titular del derecho o, incluso, cuando sea necesaria su limitación. En la Constitución Española se distinguen las tres posibilidades en las que una autoridad o funcionario público puede entrar en un domicilio de manera legítima; éstas son; consentimiento del titular, autorización judicial o en caso de flagrante delito.

Por su parte, la actual regulación del delito de entrada y registro ilegal se ubica en la Sección 2 del Capítulo V, del Título XXI del CP, conteniendo referencia expresa a la exigencia de que la conducta descrita se realice con incumplimiento de las garantías constitucionales o legales. Lo cual nos genera la necesidad de acudir a los mencionados preceptos constitucionales y legales, al objeto de conocer cuáles son esas garantías.

Así, para resolver los problemas a la hora de aplicar los tipos penales correspondientes en cada caso, a través del presente trabajo abordaremos cuestiones controvertidas sobre la protección del domicilio; centrándonos en su concepto, la diligencia de entrada y registro y los elementos del delito, con análisis sistemático de los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto.

### 3. PROTECCIÓN DEL DOMICILIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

#### 3.1) Concepto de domicilio y lugares constituidos como domicilio

Siguiendo lo que dice el autor Del Pozo Pérez, no se ha establecido una definición constitucional de domicilio, por lo que el art. 18.2 CE se ha limitado a declarar que “el domicilio es inviolable” dejando abierto el concepto para su interpretación por los tribunales<sup>1</sup>.

Tal y como señala Alonso de Antonio, no se corresponde la idea de domicilio recogida en el art. 18 CE con la recogida en las leyes administrativas o tributarias (que implica una relación directa con los órganos locales a los efectos de vecindad o empadronamiento), ni con las normas procesales (vinculadas a notificaciones o emplazamientos), además, continua señalando el autor en cita, el Código Penal tampoco ofrece un concepto de domicilio (se limita a hacer referencia a la “morada” o el “domicilio”)<sup>2</sup>. Asimismo, Córdoba Roda y García Arán dicen que el concepto de domicilio es distinto y más amplio que el que se ofrece por la ley en los distintos sectores del ordenamiento<sup>3</sup>.

Para definir el concepto de domicilio debemos hacer referencia a distintas ideas que la legislación, la jurisprudencia y la doctrina han elaborado a lo largo de los años.

En primer término, el domicilio de un particular es equivalente al de morada y, a tal efecto, Del Pozo Pérez señala que se considera domicilio: “*Cualquier lugar o espacio, por humilde y precario que resulte el mismo, donde viva una persona o una familia desarrollando su vida íntima, personal y familiar, y pretendiendo la exclusión de un tercero ajeno; con independencia de que el domicilio tenga carácter fijo o transitorio. No siendo relevante a estos efectos que sea estable y habitual, incluyéndose el accidental o transitorio*”<sup>4</sup>. De igual forma, Vives Antón señala que tal concepto debe ser entendido de manera que la misma expresión designe cualquier lugar que, de un modo u otro, sirva como residencia a una persona<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Pozo Pérez, M. Del, (2014), “La entrada y registro en domicilio particular”, *Diligencias de investigación y cadena de custodia*, Sepín, Madrid p. 20.

<sup>2</sup> Alonso De Antonio, A.L., (1993) *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución Española de 1978*, Colex, Madrid, p. 84.

<sup>3</sup> Córdoba Roda, J. y García Arán, M. (2004), “Delitos contra la constitución. De los Delitos cometidos por los funcionarios contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad”, *Comentarios al Código Penal, parte especial*, Marcial Pons, Madrid, p. 2488.

<sup>4</sup> Pozo Pérez, M. Del, (2014), *Diligencia de investigación...*, cit., p. 22.

<sup>5</sup> Vives Antón, T.S., (2010), “Delitos contra la constitución. De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad”, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 766.

De igual modo, la LECrim, en su artículo 554.2 establece que se considera domicilio: “*El edificio o lugar cerrado, o parte de él destinada principalmente a la habitación de cualquier español o extranjero residente en España y de su familia*”. Sin embargo, necesitamos algo más, ya que este concepto es demasiado genérico; así el Tribunal Constitucional, describe el domicilio como “*espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella*”<sup>6</sup>. En esta misma línea, el Tribunal Supremo define al domicilio como “*cualquier espacio físico que sirva de referencia para el ejercicio de las funciones vitales más características de la intimidad*”<sup>7</sup>. Por lo que podemos considerar que es irrelevante su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo, siendo la característica fundamental del domicilio, que posea la aptitud para desarrollar en él la intimidad<sup>8</sup>.

En conclusión, el domicilio, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2012, (RJ 74/2012), en su Fundamento Jurídico 3º, no sólo es el lugar donde se pernocta habitualmente o donde se realizan otras actividades cotidianas habituales, sino también el ámbito cerrado erigido por una persona con objeto de desarrollar en él alguna actividad<sup>9</sup>.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 14 enero de 1992 (RJ 1992\154), ha interpretado el concepto de domicilio como cualquier sitio cerrado en que pueda transcurrir la vida privada, individual o familiar, de manera permanente o esporádica o temporal. Por lo que, las controversias que estaban orientadas a distinguir entre si el lugar cerrado es o no domicilio se encuentran hoy superadas, ya que lo relevante es que si se puede desarrollar en él la vida privada.

De esta manera, junto a la jurisprudencia del TS donde nos dice que lo esencial para considerar domicilio es que se pueda desarrollar en él la vida privada, el Auto del Tribunal Constitucional 171/1989, de 3 de abril, dice que “*No todo recinto cerrado merece la*

<sup>6</sup> SSTC núm. 209/2007, de 24 de septiembre, 22/1984, de 17 de febrero, 50/1995, de 23 de febrero.

<sup>7</sup> STS núm. 894/2007 de 31 octubre. RJ 2007\8861.

<sup>8</sup> Hernández Domínguez, J.J. (2016), "Supuestos constitucionales que posibilitan la entrada y registro en domicilio", *Revista de Derecho Penal*, nº 36, Disponible online: <http://www.asesoriayempresas.es/articulo/JURIDICO/136515/supuestos-constitucionales-que-posibilitan-la-entrada-y-registro-en-domicilio-hernandez-dominguez>.

<sup>9</sup> En este sentido, Portilla Contreras, G. (2016), *Compendio de la parte especial del derecho penal*, Aranzadi, Navarra, p. 531.

*consideración de domicilio a efectos constitucionales. Tal concepto y su correlativa garantía constitucional no es extensible a aquellos lugares cerrados que, por su afectación –como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales- tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad”, que conlleva que determinados lugares por sus condiciones no pueden considerarse domicilio ya que no poseen las condiciones para desarrollar la intimidad en ellas.*

Desarrollado el concepto de domicilio, necesitamos saber los lugares que lo constituyen. Así, para poder determinar si un área se puede considerar como tal, debemos remitirnos a los autores doctrinales. En este sentido, siguiendo lo que dice Hernández Domínguez, se constituirán como domicilio o morada las habitaciones de los hoteles y de pensiones, salvo si son usadas para cualquier otro tipo de actividades de carácter profesional, mercantil u otros fines distintos<sup>10</sup>. También se reputarán las habitaciones particulares de una casa de salud, una cueva, un coche-caravana, una roulotte, un remolque, los coches-cama del ferrocarril<sup>11</sup>; igualmente, según determina el autor en cita, serán domicilio los camarotes de los barcos, donde los tripulantes desarrollan su esfera de intimidad, separado de las zonas comunes del barco; asimismo, una choza, una barraca, una caseta, una tienda de campaña, una casa prefabricada con ruedas, la segunda vivienda o vivienda de vacaciones; una terraza de un bar en la que se halla la vivienda, formando una unidad estructural, no permitiendo su irrupción cuando el bar se encuentra cerrado<sup>12</sup>. Portilla Contreras, señala que se reconoce que las «trastiendas-sótano» constituyen una continuación del domicilio<sup>13</sup>.

De igual manera, Hernández Domínguez concreta los lugares que quedan excluidos de esta protección domiciliaria, señalando que no se considera domicilio: un velero o pequeña embarcación de carga o pesca de bajura, aun cuando exista en él un lugar cerrado para resguardarse de las severas circunstancias meteorológicas o, incluso, para dormir en la navegación por la noche, ya que no significa que se constituya como domicilio ese lugar cerrado en el que, con más o menos habitualidad, se desarrollen las funciones vitales mínimas, pues la

<sup>10</sup> En la misma línea, STC núm. 10/2002, de 17 de enero.

<sup>11</sup> En igual sentido, STS núm. 809/2012 de 25 de octubre. F. J. 3º.

<sup>12</sup> Hernández Domínguez, J.J. (2016), “Supuestos constitucionales...”, cit., Disponible online: <http://www.asesoriayempresas.es/articulo/JURIDICO/136515/supuestos-constitucionales-que-posibilitan-la-entrada-y-registro-en-domicilio-hernandez-dominguez>.

<sup>13</sup> Portilla Contreras, G. (1997), *Curso de derecho penal español; parte especial*, Marcial Pons, Madrid, p. 801. En este sentido, STS 553/1995, de 7 de abril; “La «trastienda-sótano» una continuación del propio domicilio, todo ello en consideración, se dice, a que «el local de negocio donde el sujeto desenvuelve sus actividades es una prolongación de la personalidad»”.



inexistencia de muebles o elementos que son utilizados para cubrir esas funciones personales o íntimas en el momento de la diligencia y la accidentalidad o provisionalidad de su uso no convierte esa pequeña embarcación o velero en un domicilio; Hernández Domínguez excluye, igualmente, los reservados de un establecimiento público destinados a la práctica de relaciones o actos sexuales, un garaje, individual o comunitario -cuando éste no esté dentro de la zona donde desenvuelve su intimidad-, un vehículo-camión, que se utiliza exclusivamente como medio de transporte (donde no exista un apartado donde se pueda ejercer la intimidad), un remolque de carga, ni camarotes de barco cuando sean usados para almacenar droga<sup>14</sup>.

En el mismo sentido, según el autor citado, no se encuentra incluido en este supuesto la barra, caja registradora e interior de una caja de un bar o local comercial o de entretenimiento abierto al público, como tabernas, bares, pubs o restaurantes, pues aunque la parte de detrás de la barra no sea una zona a la que suela acceder el público, no puede, en modo alguno, ser considerada como un lugar donde se ejerza la privacidad o la intimidad a que hemos hecho referencia, sino como una zona exclusiva para los empleados y trabajadores del local para el ejercicio de sus tareas laborales y, por tanto, sin posibilidad alguna de equiparación con el ámbito domiciliario<sup>15</sup>; tampoco un tejado de una vivienda, espacio abierto, un local-trastero donde se almacenan armas y municiones, una cubierta, bodega; en esta misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2001, referido a la bodega de los buques mercantiles, señala que no existirá inviolabilidad del domicilio ya que se; “*excluye la necesidad de autorización judicial previa al registro efectuado sobre la bodega de un buque –por no constituir domicilio de una persona–*”; o zona de máquinas de una embarcación usadas con otras finalidades, aunque se trate de lugares respecto de los cuales su titular pueda excluir de manera consistente la presencia de terceros<sup>16</sup>. Igualmente, Hernández Domínguez hace alusión a que no se puede considerar como domicilio un trastero “*como pieza o dependencia separada y alejada del domicilio, arrendado con la finalidad de dar el destino que por naturaleza le corresponde, es decir, guardar y almacenar trastos (...), aunque ello no significa que, en supuestos especiales, algunas personas puedan habilitarlo para ejercer alguna o algunas de las funciones o*

<sup>14</sup> Hernández Domínguez, J.J. (2016), “Supuestos constitucionales...”, cit., Disponible online: <http://www.asesoriayempresas.es/articulo/JURIDICO/136515/supuestos-constitucionales-que-posibilitan-la-entrada-y-registro-en-domicilio-hernandez-dominguez>.

<sup>15</sup> En este sentido, STS núm. 125/2014 de 20 febrero. RJ 2014\1378.

<sup>16</sup> Hernández Domínguez, J.J. (2016), “Supuestos constitucionales...”, cit., Disponible online: <http://www.asesoriayempresas.es/articulo/JURIDICO/136515/supuestos-constitucionales-que-posibilitan-la-entrada-y-registro-en-domicilio-hernandez-dominguez>.

*actividades domésticas, esenciales para el desarrollo de la vida diaria, constituyéndose en un excepcional reducto de intimidad”, ni un almacén de una tienda en el que “hay una cama y un televisor, pero que no acondicionado para servir de domicilio estable, permanente o transitorio, sino, todo lo más, destinado para un descanso puntual u ocasional”;* tampoco, señala el autor, un remolque o trastienda “*siendo un habitáculo anexo a la tómbola situada en la parte posterior y con la exclusiva función de servir de almacén”* y no constituyendo la clásica caravana equipada con cocina, baño y camas plegables, sino, más bien, un lugar con características similares al de un establecimiento público, por lo que no se encontraría protegido, aunque se durmiera ahí por la noche colocando un colchón o un saco de dormir en el suelo, pues, con independencia de que ello no parece factible, de aceptarlo se llegaría al absurdo de poder convertir en vivienda cualquier lugar por el mero hecho de habilitar el suelo para dormir en él<sup>17</sup>.

De igual forma, con respecto a las celdas de los presos, siguiendo a López Melero, el domicilio constituye un área de privacidad que el propio titular del derecho ha elegido; por lo que el espacio físico de una celda no concentra las características propias del concepto de domicilio, siendo contrario a esa libertad de elección por parte del preso y la no capacidad de exclusión de terceros de la misma, ya que los centros penitenciarios y, por tanto, los calabozos son superficies de continuo control por parte de los poderes públicos, ejercido por los funcionarios<sup>18</sup>.

En virtud de lo expuesto, podemos concluir que el concepto de domicilio engloba cualquier lugar cerrado donde una persona pueda desarrollar la vida privada y la intimidad, ya sea permanente o temporal, gratuito o remunerado, sea propietario o no del lugar, como poseedor; que sea elegida libremente por ella y no sea impuesta en contra de su voluntad. Además, el titular del derecho ha de tener capacidad y posibilidad de exclusión de terceras personas.

<sup>17</sup> *Ibidem*, Disponible online: <http://www.asesoriayempresas.es/articulo/JURIDICO/136515/supuestos-constitucionales-que-posibilitan-la-entrada-y-registro-en-domicilio-hernandez-dominguez>.

<sup>18</sup> López Melero, M (2015), “La celda como domicilio o como vivienda del recluso”, *Unir revista*, Disponible online: <http://www.unir.net/ciencias-sociales/revista/noticias/la-celda-como-domicilio-o-como-vivienda-del-recluso/549201457416/>.

En este sentido, Reig Reig, J. V., (2002), “Delitos contra la constitución. De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra los derechos fundamentales y demás garantías constitucionales”, *Código Penal; Comentarios y Jurisprudencia*, Comares, Granada p. 2638.

### 3.2) Derecho de inviolabilidad del domicilio

Atendiendo a lo señalado por la STS núm. 894/2007, de 31 octubre; *“La norma Constitucional que proclama la inviolabilidad del domicilio y la negativa/oposición de la entrada y registro domiciliario es el artículo 18.2, que constituye una manifestación de la norma precedente, el artículo 18.1 que garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar. De esta construcción resulta que la protección de la inviolabilidad domiciliaria tiene un carácter instrumental respecto de las garantías del derecho fundamental de la intimidad personal y familiar.*

*Desde esta perspectiva, la protección constitucional del domicilio en el art. 18.2 se concreta en dos conceptos distintos. El primero se refiere a la protección de su «inviolabilidad» en cuanto garantía de que dicho ámbito espacial de privacidad de la persona elegido por ella misma resulte libre de cualquier tipo de irrupción por parte de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin una entrada física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos (STC 22/1984, de 17 de febrero, F. 5). El segundo, en cuanto especificación del primero, establece la oposición de dos de las formas posibles de injerencia en el domicilio, esto es, su entrada y registro, disponiéndose que, fuera de los casos de flagrante delito, sólo son constitucionalmente legítimos la entrada y el registro efectuados con consentimiento de su titular o resolución judicial (STC 22/1984, de 17 de febrero, FF. 3 y 5); de modo que la mención de las excepciones a dicha negativa, admitidas por la Constitución, tiene carácter taxativo”*

Así, podemos determinar que el derecho de inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental que lo poseen todos los residentes en España, ya sean nacionales o extranjeros, por el simple hecho de residir aquí, como ya hemos dicho con anterioridad, de manera permanente o esporádica.

La disposición que garantiza este derecho fundamental es, en un principio, el artículo 18.2 de la CE. Para hacer efectivo este precepto, el Código Penal prevé diversas disposiciones que, dependiendo de quién realiza la entrada, protegen el derecho a la inviolabilidad del domicilio de la intromisión de terceras personas en el domicilio de cualquier individuo que viva en España; estos preceptos son tanto los artículos 202 y 203 (referidos al allanamiento de morada por particular), como el art. 204 (que viene a tipificar el delito que cometen los funcionarios o

autoridad pública prevaleciendo de su cargo, sin mediar causa por delito, al realizar una entrada en el domicilio de una persona física o jurídica<sup>19</sup>), más el art. 534 del CP, que suponiendo el objeto de análisis de este trabajo, se conforma como el instrumento para dar protección jurídica al derecho fundamental de intimidad personal y familiar, cuando una autoridad o funcionario público, mediando causa por delito, entre en su domicilio sin respetar las garantías legales<sup>20</sup>; sin embargo, como señala Hava García, estas redacciones legales donde se señala -sin respetar las garantías legales- provocan que el precepto penal se convierta en una ley penal en blanco ya que obliga acudir, para una precisa comprensión de la norma, tanto al texto constitucional como a otras disposiciones legales; en este caso, nos referimos a la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>21</sup>.

Tal y como afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2003, de 10 de febrero, en relación a la titularidad de cada persona con tal derecho fundamental: *“la inviolabilidad domiciliaria, como derecho, corresponde individualmente a cada uno de los que moran en el domicilio”* (FJ 7), entendiéndose que esta titularidad individual no se pierde por el hecho de que un mismo domicilio sea compartido por varias personas. El ejercicio del derecho consiste en la facultad de exclusión que conforma su contenido, esto es, dice la sentencia, de la *“facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro”* (FJ 3)<sup>22</sup>. Sin perjuicio, concluye la STC 22/2003, de 10 de febrero, de que *“aunque la inviolabilidad domiciliaria, como derecho, corresponde individualmente a cada uno de los que moran en el domicilio, la titularidad para autorizar la entrada o registro se atribuye, en principio, a cualquiera de los titulares del domicilio, por lo que pueden producirse situaciones paradójicas, en las que la titularidad para autorizar la entrada y registro pueda enervar la funcionalidad del derecho a la inviolabilidad domiciliaria para tutelar la vida privada del titular del derecho”*. Y, en este sentido, Rodríguez Sol diferencia dos supuestos en este caso: 1º) la persona que habita temporalmente en una habitación de una pensión o similares, la cual goza de total exclusividad y su derecho es pleno; 2º) la persona que vive en una vivienda

<sup>19</sup> En este sentido, Del Rosal Blasco, B., (2011), “Delitos contra la constitución. De los Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales. De los ultrajes a España”, *Sistema de derecho penal español: Parte especial*, Dykinson, Madrid, p. 1136.

<sup>20</sup> Rodríguez Ramos, L., (2009), Código Penal; Comentado y con Jurisprudencia, *La Ley*, Madrid, p. 1392.

<sup>21</sup> Hava García, E., (2016), “Delitos contra la constitución. De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad del domicilio y demás garantías constitucionales”, *Tratado de derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 633.

<sup>22</sup> STC 22/2003, de 10 de febrero.

compartida donde habitan varias personas, aun cuando este alojada de manera temporal; en este caso, no gozan de una exclusividad frente a los titulares de la vivienda con los que comparte su intimidad, pero sí contra terceras personas<sup>23</sup>.

Desde otra perspectiva, hemos de señalar que para dar efectividad legal al derecho de intimidad personal y familiar, se establecen tres supuestos o requisitos para hacer posible una entrada y registro en un domicilio de manera legal. Estos supuestos, que serán analizados en Apartado Cuarto de este trabajo, son:

- 1) Autorización judicial.
- 2) Consentimiento del titular.
- 3) Caso de flagrante delito.

Estos tres supuestos posibilitan, de manera legal, una entrada y registro a un domicilio, pero según el artículo 553 LECrim y siguiendo a Rodríguez Sol, existe un 4º supuesto que podemos y debemos añadir, ya que en los casos de necesidad y urgencia también los funcionarios o autoridades públicas están legitimados para la entrada del domicilio sin incurrir en el delito del cual este trabajo se encarga<sup>24</sup>.

Como conclusión, señalar que el derecho de inviolabilidad del domicilio es inherente a cualquier persona por el simple hecho de residir en España, ya que está reconocido y garantizado en la CE. Este derecho surge como consecuencia de la protección constitucional del derecho a la intimidad personal y familiar, es decir, es el instrumento utilizado para darle efectividad a la intimidad de las personas. Para garantizar estos derechos, sólo es posible su restricción utilizando las herramientas señaladas; si bien, hemos de tener presente que el derecho de inviolabilidad del domicilio es un complejo mecanismo para dar efectividad al derecho a la intimidad personal y familiar.

Asimismo, podemos encontrar diversas limitaciones a este derecho pues, como es sabido, ninguno de los derechos reconocidos en las leyes, ni en la Constitución es absoluto, dado que, en determinados casos, estos derechos deben ser limitados por los poderes públicos para poder garantizar los derechos de los demás ciudadanos y el interés general. Estos es, por motivos de

<sup>23</sup> Rodríguez Sol, L., (1998), *Registro domiciliario y prueba ilícita*, Comares, Granada, pp. 95-96.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 17.

interés general o necesidad social, los poderes públicos están legitimados para privar de ciertos derechos a los particulares, siempre y cuando se sigan los procedimientos constitucionales y legales, ya que vedar a una persona de los principales derechos inherentes a su persona, por el simple hecho de existir, además de ser reconocidos por la Carta de Derechos Humanos, no supone un proceso simple, sino todo lo contrario, es un procedimiento bastante arduo.

#### **4. DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO: PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES**

Como señala Rodríguez Sol, la entrada y el registro domiciliarios son procedimientos conceptualmente distintos, ya que, como dice el autor, “*la entrada en cuanto tal no constituye en sí misma ningún acto de prueba, ni siquiera de investigación*”; por lo que la entrada en un domicilio no significa necesariamente un registro posterior y, por tanto, tampoco la obtención de pruebas incriminatorias. En cambio, sigue Rodríguez Sol, la finalidad del registro sí es la de buscar “*efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación*”<sup>25</sup>. Sin embargo, como algunos autores señalan, en la práctica van asiduamente unidos<sup>26</sup>, ya que, como dice, Serrano Gómez, casi todos los casos la entrada en el domicilio es un paso previo al registro del mismo<sup>27</sup>.

Señala Conde-Pumpido Ferreiro que la diligencia de entrada será nula si la misma se realiza sin presencia del interesado cuando se encuentre detenido<sup>28</sup>. En este sentido, dice Reig Reig, no será necesaria la presencia del interesado cuando se haya declarado secreto de sumario o se hallen los representantes del titular del domicilio<sup>29</sup>.

En tal sentido, establece González Jiménez que las diligencias de entrada y registro se realizan utilizando el factor sorpresa por los funcionarios públicos o autoridades que la solicitan, con el fin de conseguir el momento perfecto en la que la probabilidad de huida, resistencia o de

<sup>25</sup> Rodríguez Sol, L., (1998), *Registro domiciliario y prueba...*, cit., pp. 5-9.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p.5.

<sup>27</sup> Serrano Gómez, A., (2016), *Curso de Derecho...*, cit. p. 812.

<sup>28</sup> Conde-Pumpido Ferreiro, C., (2004), “Delitos contra la constitución. De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías constitucionales”, *Código Penal comentado; Con concordancias y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, p.1521.

En esta línea, SSTs 24 de septiembre de 1990; 30 de octubre y 14 de noviembre de 1992; 16 de enero, 15 de enero, 4 de marzo, 9 de mayo y 27 de noviembre de 1995; 29 de febrero de 1996.

<sup>29</sup> Reig Reig, J. V., (2002), *Código Penal...*, cit., p. 2638.

destrucción u ocultación de efectos o documentos relevantes para el caso se limiten al mínimo<sup>30</sup>.

La diligencia de entrada y registro puede aplicarse a cualquier delito, si bien en la práctica se utiliza frecuentemente en los delitos contra la salud pública, especialmente en los delitos de tráfico de drogas; aunque también es habitual que se utilice en delitos contra el patrimonio y contra las personas<sup>31</sup>.

Ahora bien, la entrada y registro, como acto de investigación, sólo se realiza legítimamente, por los funcionarios públicos, cuando concurren determinados requisitos recogidos en el art. 18.2 CE:

#### 4.1) Resolución judicial

Siguiendo a Carpio Briz, la entrada a un domicilio por resolución judicial o autorización judicial debe ser individualizado, no estereotipado, y debe siempre estar motivado; donde se exprese el juicio de proporcionalidad, teniendo en cuenta la injerencia a la intimidad del interesado y la significación del fin que se busca con la diligencia solicitada por el Ministerio Fiscal o la Policía. Además, incluye Carpio Briz, deberá expresar la forma y lugar en que tendrá lugar la diligencia, evitando todas las posibles molestias que se pudieran causar en la entrada y registro<sup>32</sup>.

Igualmente, Córdoba Roda y García Arán señalan que la entrada autorizada por la autoridad judicial se da cuando concurren los supuestos previstos en el art. 550, en relación con el art. 546 de la LECrim; autorización judicial, que será auto motivado -ya que el incumplimiento de la motivación implica lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva<sup>33</sup>-, y que deberá ser notificada al titular del domicilio y del derecho, en el momento inmediato a la entrada o a las veinticuatro horas como máximo después<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> González Jiménez, A., (2014), Tesis doctoral, *Las diligencias policiales y su valor probatorio*, Universidad Rovira i Virgili, Tarragona, Disponible online: <http://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/283261/TESIS%20DOCTORAL.pdf?sequence=1>, p.3.

<sup>31</sup> Sánchez Melgar, J., (2004) “La entrada y registro en domicilio de particulares. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Madrid, p. 1440.

<sup>32</sup> Carpio Briz, D. (2015), “Delitos contra la constitución. De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad”, *Comentarios al Código Penal: Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 1646; en esta línea, SSTC 22/1984, de 17 de febrero; 160/1991, de 18 de julio; 94/1996, de 28 de mayo.

<sup>33</sup> En el mismo sentido, Reig Reig, J. V., (2002), *Código Penal...*, cit., p. 2639.

<sup>34</sup> Córdoba Roda, J. y García Arán, M. (2004), *Comentarios al Código...*, cit., p. 2486. En este sentido, Rodríguez Yagüe, C., (2007), *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid, p. 1043; Serrano Gómez, A., (2016), “Delitos

El Tribunal Supremo ha interpretado el art. 558 de la LECrim, de modo que en la STS 9/2005, de 10 de enero, se exige que en el auto motivado aparezcan circunstancias como:

- La situación del domicilio
- El momento y tiempo para llevar a cabo la entrada y registro.
- Los efectos en cuya búsqueda es encontrado el registro y delito con el que están relacionados
- La identidad o las identidades de las personas que resulten titulares u ocupantes del domicilio objeto de la diligencia<sup>35</sup>.

Para responder a la cuestión sobre qué son indicios suficientes, la STS 77/2011, de 23 de febrero, nos dice que, como es lógico, no debemos integrar aquí las meras sospechas o hipótesis subjetivas que no tengan un fundamento objetivado, material e identificable susceptible de una eventual verificación. Es necesaria una conjetura donde se tengan datos concretos y objetivos que permitan al juez valorar racionalmente sobre su utilidad respecto al delito en cuestión. En definitiva, se precisan sospechas de la actuación del reo que requieren la confirmación que a través del registro podría obtenerse, siendo no necesario que el juez verifique los datos que se le han presentado, ya que existen una presunción de veracidad por parte de los Policías<sup>36</sup>.

En el auto habrá de valorarse la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad del registro ordenado por el juez. Para realizar esa valoración, el auto deberá contener alusiones obligadas sobre la naturaleza y gravedad de los hechos investigados, con indicación de si la petición se ha realizado por una investigación ya abierta por un procedimiento judicial o por el contrario ha sido a petición de un procedimiento policial. En un supuesto de ausencia de proceso judicial, se puede plantear la polémica sobre la suficiencia de los elementos propuestos por la Policía en el momento de solicitar la autorización judicial. La jurisprudencia, dice Hernández Domínguez, ha señalado que no hace falta fundamentar la medida de la existencia de conjeturas racionales de la comisión de un delito y que simplemente basta con la noticia criminal, siempre inducido por una sospecha en circunstancias objetivas de que se pudo cometer un delito o se va a cometer; por lo que no sirven simples sospechas de la comisión de un delito, sino que han de fundarse en circunstancias, buenas razones y fuertes presunciones o en conjeturas de obtener el

---

cometidos por los funcionarios contra las garantías constitucionales. De los delitos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías constitucionales<sup>37</sup>. *Curso de derecho penal: Parte especial*, Dykinson, Madrid, p. 812.

<sup>35</sup> En este sentido, Reig Reig, J. V., (2002), *Código Penal...*, cit., p.2638; Alonso Pérez, F. (2000), *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, Dykinson, Madrid, p. 344.

<sup>36</sup> Vid. SSTS 986/2011, de 4 de octubre, y 419/2011, de 10 de mayo.



descubrimiento del delito, en resumen, que exista una sospecha fundamentada de responsabilidad criminal<sup>37</sup>. Además, la STS 816/2011, de 21 de julio, nos deja clara la posibilidad de remisión del Auto habilitante, a razón de la motivación exigida en los Autos, a la diligencia policial solicitante de la medida de entrada y registro en el domicilio, siempre y cuando contenga ésta los elementos necesarios para conocer exactamente las condiciones de la autorización.

Será necesario, también, que exista una proporcionalidad en la intromisión de la intimidad personal y familiar del interesado<sup>38</sup>. En este sentido, el TC y el TS son restrictivos con esta medida, ya que en las sentencias STC 7/1994, de 17 de enero y STS de 7 de mayo de 1994 se establece que debe haber un criterio de proporcionalidad entre la entrada en la intimidad para la obtención de la prueba y la finalidad a que sirva. Por lo que, sólo en los delitos que son considerados graves, es justificable la injerencia en la intimidad personal del titular del derecho<sup>39</sup>. Como dice la STC 56/1987, de 14 de mayo; *“cuando se coarte el libre ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en la CE, el acto es tan grave que necesita encontrar una causa especial, suficientemente explicada, para que los destinatarios conozcan las razones del sacrificio de su derecho”*.

De esta manera, la Sentencia del Tribunal Supremo ha señalado, en su Sentencia 678/2001, de 17 de abril, que la entrada y registro en un domicilio autorizada por un juez no requiere presencia de letrado, ya que; *“a tenor de lo dispuesto en el art. 17.3 CE que garantiza dicha asistencia «en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca», disponiendo a este efecto el art. 520.2 c) LECrim que la presencia de Abogado puede ser solicitada por el detenido para su declaración y todo reconocimiento de identidad de que sea objeto sin mención de ninguna otra diligencia; y, que la fuerza probatoria de cuanto resulte del acta de la diligencia de entrada y registro deriva de la fe del Secretario Judicial que la autoriza y no de la eventual asistencia del letrado”*.

<sup>37</sup> Hernández Domínguez, J.J. (2016), “Supuestos constitucionales...”, cit., Disponible online: <http://www.asesoriayempresas.es/articulo/JURIDICO/136515/supuestos-constitucionales-que-posibilitan-la-entrada-y-registro-en-domicilio-hernandez-dominguez>.

<sup>38</sup> Igualmente, Reig Reig, J. V., (2002), *Código Penal...*, cit., p.2638.

<sup>39</sup> Auto del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1992.

## 4.2) Consentimiento del titular

Lamarca Pérez entiende que el consentimiento del titular del domicilio es una de las causas de atipicidad del tipo penal que es objeto de análisis en este trabajo, ya que faculta a las autoridades o funcionarios públicos para la entrada y registro del mismo<sup>40</sup>. En este elemento del tipo, según Portilla Contreras, se faculta al titular del bien jurídico protegido para que exprese libremente su consentimiento<sup>41</sup>. Siguiendo a Manzanares Samaniego, la ausencia del titular se incorpora al tipo penal, por lo que el artículo 551 de la LECrim establece qué es lo que se entiende por consentimiento prestado<sup>42</sup>.

Dice Reig Reig, que el consentimiento tendrá que ser prestado siempre ausente de vicios. Además, puede ser prestado presunto, libre y espontáneo, debiendo ser la persona que presta el consentimiento la “cabeza visible” de la vivienda, no siendo válido el consentimiento dado por la persona que se encuentra detenida en dependencias policiales, ya que resulta más favorable al titular<sup>43</sup>; en este sentido, como resultado, el consentimiento otorgado por el titular del domicilio no puede presumirse nunca, de manera que si existen dudas sobre su otorgamiento, el entendimiento debe realizarse siempre a favor de su falta, esto es, que no existe un consentimiento por parte del morador<sup>44</sup>. Además, Conde-Pumpido Ferreiro: “*considera necesaria la asistencia Letrada al detenido antes de otorgar el consentimiento del registro policial en su domicilio*”; afirmando, además, que carecer el interesado de tal elemento constituye una vulneración del artículo 17.3 CE, consecuentemente, con la ineficacia total del consentimiento<sup>45</sup>; ya que, como señala Sánchez Melgar, la razón de la necesidad de asistencia de un abogado es debido a que el detenido se encuentra en “*una situación de constreñimiento psicológico e incluso de posible desconocimiento de que puede negarse a consentir la entrada y las consecuencias que*

<sup>40</sup> Lamarca Pérez, C., (2013), *Delitos y faltas; La parte especial del derecho penal*, Colex, Madrid, p. 813.

<sup>41</sup> Portilla Contreras, G. (2016), *Compendio de derecho...*, cit., p. 531; en el mismo sentido, Cancio Melia, M., (1997), “Delitos contra la constitución. De los delitos cometido por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías constitucionales” *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, p.1324; Córdoba Roda, J., y García Arán, M., (2004), *Comentarios al Código...*, cit., p.2485.

<sup>42</sup> Manzanares Samaniego, J. L., (2016), “Delitos contra la constitución. De los Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales”, *Comentarios al Código Penal*, Wolters Kluwer España, Madrid, p.1555; en este mismo sentido, Rodríguez Yagüe, C98., (2007), *Comentarios al Código...*, cit., p. 1043.

<sup>43</sup> Reig Reig, J. V., (2002), *Código Penal...*, cit., p.2638; en esta línea, Climent Durán, C. (2011), “Delitos contra la constitución. De los Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales”, *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, p. 1835.

<sup>44</sup> Hava García, E., (2016), *Tratado de derecho...*, cit., p. 644.

<sup>45</sup> Conde-Pumpido Ferreiro, C., (2004), *Código Penal comentado...*, cit., p.1521; en esta misma línea STS núm. 550/2001, de 3 de abril.

*se pueden seguir de esta*”<sup>46</sup>. Por lo que entendemos que el detenido obligatoriamente tiene que estar asistido por abogado antes de consentir el registro en el domicilio.

Por su parte, Hernández Domínguez, nos describe que el consentimiento del titular del domicilio puede hacerlo tanto tácito como expreso, señalando que la entrada y registro, debe ir dirigida a la búsqueda de efectos, instrumentos u objetos del delito, y/o la detención del reo.

El consentimiento expreso, señala el autor en cita, debe hacerse exigiendo una serie de requisitos; debe ser otorgado por una persona mayor de edad y con plena capacidad de obrar<sup>47</sup>. Igualmente, el autor destaca que el consentimiento debe ser otorgado consciente y libremente, lo que requiere que no exista error, violencia o intimidación de ninguna clase<sup>48</sup>; que no se condicione con promesas. Sin éstas circunstancias, podría declararse nula la entrada y el registro<sup>49</sup>.

Igualmente, sigue el autor diciendo que se puede prestar el consentimiento de manera oral o escrita, pero que requiere que se preste expresamente, ya que debe producirse en condiciones de serenidad y libertad para considerarlo válido; a lo que añade que para considerar que hay un consentimiento tácito, deben existir las siguientes características:

- Petición por parte de la Policía al dueño del domicilio, para entrar y registrar.
- Que el titular del domicilio no se oponga, alegando inviolabilidad del domicilio.
- Que el dueño colabore con la entrada y registro<sup>50</sup>.

Según el autor Hernández Domínguez, se ha venido considerando el consentimiento como un estado de ánimo concreto, por lo que la persona interesada accede al registro porque “*soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente que ese acto tenga lugar*”<sup>51</sup>.

Conforme al consentimiento tácito, el Tribunal Supremo también se ha formulado en su Sentencia de 24 de enero de 1995 que decía que: “*el que calló cuando debía hablar y lo advirtió,*

<sup>46</sup> Sánchez Melgar, J., (2016), *Código Penal; Comentarios y Jurisprudencia*, Sepín, Madrid, p. 3330.

<sup>47</sup> La STS 65/2011, de 2 de febrero determina que “*únicamente la patente y manifiesta falta de facultades mentales, apreciables por cualquiera, impediría tal consentimiento, ante la rápida actuación de funcionarios policiales*”. La incapacidad psíquica, declarada o no judicialmente, no se considera válida. Tampoco será válida la entrada otorgada por un menor al igual que un consentimiento viciado, conforme establecen las sentencias 1803/2002, de 4 de noviembre y 1968/1994, de 9 de noviembre del TS.

<sup>48</sup> Alonso Pérez, F., (2000), *Delitos cometidos por...*, cit., p. 343

<sup>49</sup> Hernández Domínguez, J.J. (2016), “Supuestos constitucionales...”, cit., Disponible online: <http://www.asesoriayempresas.es/articulo/JURIDICO/136515/supuestos-constitucionales-que-posibilitan-la-entrada-y-registro-en-domicilio-hernandez-dominguez>.

<sup>50</sup> *Ibidem*, <http://www.asesoriayempresas.es/articulo/JURIDICO/136515/supuestos-constitucionales-que-posibilitan-la-entrada-y-registro-en-domicilio-hernandez-dominguez>

<sup>51</sup> *Ibidem*, <http://www.asesoriayempresas.es/articulo/JURIDICO/136515/supuestos-constitucionales-que-posibilitan-la-entrada-y-registro-en-domicilio-hernandez-dominguez>

*parece que consiente*”<sup>52</sup>.

En último término, el consentimiento tiene que ser otorgado por el titular del domicilio, siendo legítimo el consentimiento otorgado por el alquilado del domicilio; además, el consentimiento debe ser otorgado para un asunto en concreto<sup>53</sup>.

Por propietario, dice Hernández Domínguez, se tiene que entender quien vive en el domicilio, el morador, independientemente de cual sea su relación con el inmueble<sup>54</sup>.

Si bien, siguiendo lo que dice Alonso Pérez, existe la posibilidad de que haya conflicto entre los moradores en los supuestos de otorgar una entrada en un domicilio; por lo cual, para el caso de que uno consienta la entrada y registro y otro morador no, prevalece la opinión del que no otorga la entrada<sup>55</sup>.

### **4.3) Flagrante Delito**

La Sentencia del Tribunal Constitucional 94/1996, de 28 de mayo, en su Fundamento Jurídico 4º establece que; *“La entrada y registro policial en un domicilio únicamente es admisible, desde el punto de vista constitucional, cuando dicha injerencia se produzca ante el conocimiento o percepción evidente de que en dicho domicilio se está cometiendo un delito, y siempre que la intervención policial resulte urgente para impedir su consumación, detener a la persona supuestamente responsable del mismo, proteger a la víctima o, por último, para evitar la desaparición de los efectos o instrumentos del delito”*<sup>56</sup>. Con esto, en el párrafo 4 del Fundamento Jurídico 4 de la misma sentencia, se establece en qué situaciones podemos considerar una entrada en un domicilio por flagrancia delictiva, donde es esencial que exista: 1) Necesidad de conocimiento cierto de la comisión del delito; 2) Comisión de un delito y necesidad de detener al autor y la consumación del mismo, con el fin de proteger a la víctima; 3) Búsqueda

<sup>52</sup> En sentido contrario, STS de 15 de febrero de 1995: *“De ahí que las dudas que sobre el particular pudiera haber deban resolverse en beneficio de los acusados, ya que el mayor rigor será siempre exigible para la actuación de los miembros de la Policía Judicial (...) Como consecuencia de lo dicho, es procedente reconocer que el registro cuestionado se practicó con vulneración de un derecho constitucionalmente reconocido”*.

<sup>53</sup> Hernández Domínguez, J.J. (2016), “Supuestos constitucionales...”, cit., Disponible online: <http://www.asesoriayempresas.es/articulo/JURIDICO/136515/supuestos-constitucionales-que-posibilitan-la-entrada-y-registro-en-domicilio-herandez-dominguez>.

<sup>54</sup> *Ibidem*, <http://www.asesoriayempresas.es/articulo/JURIDICO/136515/supuestos-constitucionales-que-posibilitan-la-entrada-y-registro-en-domicilio-herandez-dominguez>

<sup>55</sup> Alonso Pérez, F., (2000), *Delitos cometidos por...*, cit., p. 343

<sup>56</sup> En esta misma línea, STC de 18 de noviembre de 1993 expresa que sólo es admisible cuando es la percepción sensorial la fuente de su estimación. Siendo necesaria la inmediatez, percepción personal y necesidad urgente de terminar con el delito, detener al autor, o que se produzca el mismo; STS de 10 de septiembre de 2001.

de detención del autor del delito y evitar la desaparición de efectos o instrumentos del delito.

El art. 795 de la LECrim define en su apartado primero lo que se considera delito flagrante: *“A estos efectos, se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen”*.

Más sencillo puede ser el concepto que da el TS en su Sentencia de 29 marzo de 1990, cuando señala que para que exista delito flagrante tiene que sorprenderse al reo en el momento de estar cometiendo el delito o inmediatamente después de haberlo cometido.

De esta manera, la Sentencia del Tribunal Supremo 472/1997, de 14 de abril en su fundamento jurídico 5, nos dice que los supuestos de flagrante delito que la Constitución Española configura como excepción a la necesidad de autorización judicial, deben ser interpretados en sentido estricto y restrictivo, compatible, además, con respeto al derecho constitucional a la intimidad.

Igualmente, Hernández Domínguez señala que la flagrancia consiste en aquel delito que; *“encierra en sí la prueba de su realización por existir una percepción sensorial directa del hecho delictivo, de suerte que la flagrancia se ve, no se demuestra, apareciendo vinculada a la prueba directa y no a la indirecta, circunstancial o indiciaria”*<sup>57</sup>. El autor en cita destaca que existen unos criterios para distinguir en qué supuestos estamos ante un delito flagrante; a tal efecto, encontramos las circunstancias siguientes, teniendo que existir en cada caso particular para que exista delito flagrante;

- Inmediatez temporal, es decir, que se acabe de cometer un delito o que se esté cometiendo.
- Inmediatez personal, consistente en que el delincuente esté en ese mismo instante allí presente, pudiéndose relacionar al reo con los objetos o instrumentos del delito.
- Necesidad urgente de intervención por parte de los Policías, para poner fin al

<sup>57</sup> Hernández Domínguez, J.J. (2016), “Supuestos constitucionales...”, cit., Disponible online: <http://www.asesoriayempresas.es/articulo/JURIDICO/136515/supuestos-constitucionales-que-posibilitan-la-entrada-y-registro-en-domicilio-hernandez-dominguez>.

delito o si se ha cometido detener al reo y obtener pruebas del delito<sup>58</sup>.

## 5. EL DELITO DE ENTRADA Y REGISTRO DE DOMICILIO EN EL CÓDIGO PENAL

### 5.1) Antijuridicidad

#### 5.1.1) Bien Jurídico protegido

El bien jurídico protegido en este tipo penal es la inviolabilidad del domicilio que, como dice Portilla Contreras; *“es un derecho esencial que garantiza la intimidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, reconocido, entre otras normas, por el artículo 18.2 CE”*<sup>59</sup>. El mismo autor nos dice que: *“nos encontramos ante un bien jurídico constituido con base en derechos subjetivos individuales frente al Estado, cuya renuncia pondría en peligro el sistema garantizador establecido en el Ordenamiento jurídico”*<sup>60</sup>. Además, siguiendo al autor Carpio Briz, la inviolabilidad del domicilio está garantizada constitucionalmente y en las normas internacionales<sup>61</sup>.

De igual forma, De Luengo Zarzoso, considera que: *“el derecho a la inviolabilidad del domicilio es una manifestación del derecho a la intimidad, es un instrumento de tutela de ésta”*. Además, añade que *“es un derecho frente al estado, pensado para preservar las garantías constitucionales o legales”*<sup>62</sup>.

Igualmente, la jurisprudencia del TC ha establecido en su Sentencia de 17 de febrero de 1984 que la inviolabilidad del domicilio constituye *“un auténtico derecho fundamental de la*

<sup>58</sup> *Ibidem*, Disponible online: <http://www.asesoriayempresas.es/articulo/JURIDICO/136515/supuestos-constitucionales-que-posibilitan-la-entrada-y-registro-en-domicilio-hernandez-dominguez>.

En este sentido sobre la flagrancia delictiva, las SSTS 726/2008, de 12 de noviembre; 758/2010, de 30 de junio; 1067/2005, de 26 de septiembre; 1006/2009, de 19 de octubre; 1031/2010, de 25 de noviembre; 980/2004, de 22 de julio; 620/2008, de 9 de octubre; 879/2006, de 20 de septiembre. Admitiendo también la cuasi-flagrancia delictiva en sus resoluciones; Alonso Pérez, F., (2000), *Delitos cometidos por...*, cit., p. 344; González Jiménez, A., (2014), *Las diligencias policiales...*, cit., Disponible online: <http://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/283261/TESIS%20DOCTORAL.pdf?sequence=1>, p. 7.

<sup>59</sup> Portilla Contreras, G. (2016), *Compendio de la parte...*, cit., p. 530.

<sup>60</sup> Portilla Contreras, G. (1997), *Curso de derecho...*, cit., p. 799.

<sup>61</sup> Carpio Briz, D. (2015), *Comentarios al Código...*, cit., p. 1646; Art. 12 DUDH, art. 8 CEDH y art. 17 Pacto Internacional NY.

<sup>62</sup> De Luengo Zarzoso, M. (2015), *La protección penal del domicilio y los registros domiciliarios. Referencia al ámbito castrense*, Universidad de Valencia, Valencia, p. 108.

*persona establecido para garantizar el ámbito de privacidad de ésta dentro del espacio delimitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse, precisamente, por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones externas de otras personas o de la autoridad pública, exención o inmunidad que tienen su causa y su razón de ser en que el domicilio es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima”; y que, por tanto; “la inviolabilidad del domicilio se configura como un derecho individual oponible frente a las intromisiones arbitrarias en el recinto o espacio privado que es el domicilio, especialmente protegido por desarrollarse en él la intimidad de la persona, que es el bien jurídico protegido en el artículo 18 de la Constitución, pero que este derecho tiene sus excepciones en aquellos casos en que la norma permite la violación del domicilio y la entrada o registro en el mismo contra la voluntad del titular”*

Como dice Morales Prats, el artículo 534 CP considera una variedad de modalidades típicas que pueden ser reconducidas a la idea de actos limitadores de la garantía jurídico-constitucional de la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 CE, confirmados en la protección de una causa legal por delito, en el contexto de las diligencias de investigación del mismo<sup>63</sup>.

En las entradas y registros realizados por los funcionarios o autoridades públicas, el bien jurídico protegido que se está vulnerando o limitando es el derecho a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 de la CE. Igualmente, se limita el derecho a la intimidad personal y familiar frente a terceros, ya que el derecho a la inviolabilidad del domicilio es un instrumento para dar garantía al derecho de intimidad personal y familiar<sup>64</sup>.

Por lo expuesto, entendemos que la inviolabilidad del domicilio es el bien jurídico tutelado en el artículo 534 del CP; tomando como fundamento el hecho de que en el art. 18 de la Constitución la inviolabilidad del domicilio es un derecho instrumentalizado para dar garantía al derecho a la intimidad personal y familiar.

<sup>63</sup> Morales Prats, F. (2016), “Delitos contra la constitución. De los Delitos cometidos por los funcionarios contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad”, *Comentarios a la parte especial del Código Penal*, Aranzadi, Navarra, p. 2033-2034.

<sup>64</sup> Climent Durán, C. (2011), *Comentarios al Código...*, cit., p.1835.

### 5.1.2) Sujetos Activo y Pasivo

Con el artículo 534 del Código Penal de 1995, dice Sánchez García de Paz, se ha ampliado la esfera de sujetos activos y pasivos; la cual excluía anteriormente a las autoridades judiciales como sujetos activos, y posibles actores del tipo penal, y a los extranjeros como sujetos pasivos y titulares del domicilio, pudiendo ser vulnerados sus derechos<sup>65</sup>.

Así, por lo que respecta al sujeto activo, siguiendo a la autora Hava García, el delito descrito requiere una cualidad personal; el tipo penal lo determina en la autoridad o funcionario público, por lo que, es un delito especial propio, pues sólo podrán serlo los que participen en el ejercicio de funciones públicas, relacionadas con la investigación o instrucción de un delito<sup>66</sup>; en este sentido, siempre que la entrada suceda en el supuesto de que exista una causa por delito pues, de lo contrario, el tipo aplicable sería el 204 CP<sup>67</sup>.

En este sentido, el Código Penal establece en su artículo 24: *“A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”*<sup>68</sup>.

Esta definición que se hace en el Código Penal, es mucho más amplia que la que realiza el propio Estatuto Básico del Empleado Público en el derecho administrativo, en cuyo artículo 9.1 dispone: *“Son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente”*. Por lo que, el Código Penal hace una definición más amplia con el objeto de

<sup>65</sup> En estos supuestos cometidos por dichos sujetos debían de acudir a delitos de coacción, allanamiento de morada, etc., ya que no estaban incluidos como sujetos activos; Sánchez García de Paz, I, (2000), *Delitos contra la Constitución: Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales*, *Eguzkilore*, nº 14, diciembre 2000, p. 126.

<sup>66</sup> Hava García, E., (2016), *Tratado de derecho...*, cit., p. 630.

<sup>67</sup> En este sentido, Serrano Gómez, A., (2016), *Curso de derecho...*, cit., p. 811; Climent Durán, C., (2011), *Comentarios al Código...*, cit., p.1834; Carpio Briz, D. (2015), *Comentarios al Código...*, cit., 1646.

<sup>68</sup> En este sentido, STS 827/2012 de 24 octubre; STS 1544/2004 de 23 diciembre; STS 1292/2000 de 10 julio.



abarcas a todos los empleados que, en el ejercicio de su función, busque un interés social; es decir, aquel que en general participe en el ejercicio de la función pública.

El sujeto pasivo del tipo penal, dice De Luengo Zarzoso, puede ser cualquier persona, sólo basta con residir en España, pues el art. 554.2 de la LECrim habla de “*español o extranjero residente en España*”. En este sentido, entendemos que para ser sujeto pasivo del tipo penal objeto de estudio, simplemente, es necesario habitar en un lugar que se considere domicilio, conforme a los requisitos analizados anteriormente, y poseer la capacidad de exclusión de terceros del área elegida como morada. Esto es, cualquier persona que tenga el derecho de exclusión de terceros de su domicilio, independientemente de que sea inquilino, propietario o residente de hecho<sup>69</sup>.

### 5.1.3) Objeto material

El objeto material del delito de entrada y registro, dice Hava García, es el domicilio del morador, entendiéndolo al mismo conforme a la construcción jurisprudencial del domicilio que hemos estudiado con anterioridad, en el Apartado Tercero, al cual nos remitimos íntegramente a efectos de sistematización del trabajo<sup>70</sup>.

En el caso de los registros, dice Hava García que aunque debe de realizarse igualmente dentro del domicilio, en este supuesto el objeto material del delito son los papeles, documentos o efectos, sean de la naturaleza que sean<sup>71</sup>; asimismo, la SAP de Barcelona núm. 1/2008, de 20 de noviembre de 2008, interpreta que “*a tales efectos, resulta indiferente si se llevaron una cartilla de ahorros o unas fotografías o nada, lo determinante es ese registro - fuera de la ley -, que supone una violación de la intimidad personal y familiar*”.

<sup>69</sup> De Luengo Zarzoso, M. (2015), *La protección penal del domicilio y los registros domiciliarios. Referencia al ámbito castrense*, Universidad de Valencia, Valencia, p. 110.

<sup>70</sup> Hava García, E. (2016), *Tratado de derecho...*, cit., p. 646.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 649.

#### 5.1.4) Conducta típica

Como dicen Córdoba Roda y García Arán, con respecto al precepto que regula la entrada y registro, solamente se hace referencia exclusivamente a la entrada y no a mantenimiento. Proyectan dudas ambos autores acerca de si el tipo penal introduce también los supuestos de entrada con consentimiento pero de mantenimiento sin la autorización del titular del domicilio. De manera que supone que un mantenimiento no consentido en el domicilio del particular sea atípico. Lo cierto, según los autores, es que no se puede entender algo distinto de lo que establece el precepto y que el mantenimiento en el domicilio contra el titular necesariamente será atípica<sup>72</sup>.

Igualmente, dicen que el artículo 534.1 CP exige que la entrada se lleve a cabo en el domicilio contraviniendo las garantías constitucionales o legales. En la diligencia de entrada al domicilio es necesaria la actuación del Secretario Judicial, acorde al artículo 569 LECrim; de igual forma, este trámite de diligencia puede ser realizado por el oficial del juzgado por una capacitación delegada. Por lo que podemos decir que la intervención judicial directa no es obligatoria y, por el contrario, sí lo es la actuación o presencia del secretario u oficial capacitado que le sustituya en los casos de imposibilidad de comparecencia del juez<sup>73</sup>.

Para Alonso Pérez, la entrada significa introducir el cuerpo en el domicilio sobre el que se pretenda acceder, siendo indiferente el medio empleado para ello, excluyéndose la obtención de fotografías o videos del interior del domicilio<sup>74</sup>.

La segunda de las modalidades típicas del tipo penal hace referencia al registro de papeles, documentos o efectos de una persona, que encuentren en su domicilio los funcionarios o autoridades que realicen el registro, a no ser que el titular del domicilio haya dado libremente su aprobación para su realización<sup>75</sup>. En esta misma línea, Hava García señala que se exige que el atestado policial contenga todas las diligencias que se hayan practicado en el registro para averiguar el delito, de modo que la ausencia de constancia del registro en el atestado puede constituir un indicio de delito<sup>76</sup>.

Además, se requiere siempre que exista vulneración de las garantías constitucionales o

<sup>72</sup> Córdoba Roda, J. y García Arán, M. (2004), *Comentarios al Código...*, cit., p. 2487; en esta misma línea, Ruiz Rodríguez, L. R., (2016), “Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales”, *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal; Derecho penal, parte especial*, Iustel, Madrid, p. 357.

<sup>73</sup> STS 577/1998, de 27 abril.

<sup>74</sup> Alonso Pérez, F., (2000), *Delitos cometidos por...*, cit., p. 342.

<sup>75</sup> En este sentido, Ruiz Rodríguez, L. R. (2016), *Lecciones y materiales...*, cit., p. 357.

<sup>76</sup> Hava García, E. (2016), *Tratado de derecho...*, cit., p. 649.

legales, mediando causa penal. Como dice el autor Morales Prats, en este caso no estamos ante un tipo penal de vulneración de la inviolabilidad de comunicaciones postales, ya que el precepto hace referencia a documentos, papeles o efectos personales, en general<sup>77</sup>. Asimismo, señala el autor en cita que esta modalidad está desarrollada por las normas legales estableciendo la forma en que se debe desarrollar el registro, una vez autorizada y realizada la entrada en el domicilio; en este sentido, esto es lo que debe desprenderse del desarrollo normativo de los artículos 545 y ss. LECrim. Además, el tipo penal reconoce así que ha sido autorizada la entrada por el juez instructor y, que desarrollando la diligencia, se realizan investigaciones no previstas ni autorizadas por el auto; y, como dice Morales Prats, de no concurrir autorización para la realización de la entrada, el tipo penal aplicable sería el 534.1 y la posterior comprobación del registro ilegal debemos considerarlo como un acto impune, puesto que el mismo tipo penal prevé los dos actos como uno solo.

Además, Córdoba Roda y García Arán, señalan que la autorización para el registro de libros y objetos no es una autorización que constituya la licitud del registro de cualquier tipo o clase de documentos, elementos u objetos. Por tanto, no se trata de una autorización ilimitada de cualquiera o de todos los documentos u objetos, sino únicamente de los relacionados con la investigación. Además, el registro a que se refiere este delito es el que no tiene que ver con la causa, a excepción, claro está, del consentimiento expreso para ello del titular del domicilio<sup>78</sup>.

De otro lado, aunque el objeto de análisis de este trabajo es la entrada y registro ilegal (534.1 CP), hemos de mencionar que el precepto sanciona, en su apartado segundo, la conducta delictiva consiste en que un funcionario público o autoridad, en aprovechamiento de un registro lícito de papeles, documentos o efectos, realice una vejación injusta o daños innecesarios a los bienes del dueño<sup>79</sup>. En este caso, Manzanares Samaniego, añade que el daño o vejación pudiera expandirse a cualquiera de los que estuviera presente no siendo poseedores de los papeles, documentos o efectos registrados<sup>80</sup>. Córdoba Roda y García Arán, nos señalan que por vejación debemos entender como “*cualquier maltrato de obra o de palabra que atente contra la integridad, la honestidad, el honor, la libertad o la seguridad de las persona*”<sup>81</sup>. Por daño

<sup>77</sup> Morales Prats, F. (2016), *Comentarios a la parte...*, cit., p. 2037.

<sup>78</sup> Córdoba Roda, J. y García Arán, M. (2004), *Comentarios al Código...*, cit., p. 2489.

<sup>79</sup> Morales Prats, F. (2016), *Comentarios a la parte...*, cit., p. 2038.

<sup>80</sup> Manzanares Samaniego, J.L. (2016) *Comentarios al Código...*, cit., 1556.

<sup>81</sup> Córdoba Roda, J. y García Arán, M. (2004), *Comentarios al Código...*, cit., p. 2489; en este sentido, Serrano Gómez, A., (2016), *Curso de derecho...*, cit., p. 813.

innecesario debemos entender siguiendo a Serrano Gómez como; “*menoscabo innecesario que se produce en los objetos como consecuencia del registro*”<sup>82</sup>.

Por su parte, Hava García, por lo que respecta a la existencia de causa por delito plantea tres cuestiones correspondidas con el alcance preciso de la expresión. En el primero, el término “causa” debemos saber que requiere la existencia de un procedimiento judicial, no siendo suficiente la investigación policial. Por lo que, se requiere que se hayan iniciado diligencias previas. En los dos restantes términos, se exige que las actuaciones estén directamente relacionadas con el objeto de la causa; en lo que respecta al término “delito” debe ser interpretado de forma taxativa y en sentido literal<sup>83</sup>.

Desde otra perspectiva, Climent Durán señala que nos encontramos ante tal supuesto cuando consta un hecho delictivo, del cual se tengan pistas racionales de su existencia y que sea imputable a una o varias personas; por lo cual, se inicia una actuación policial o judicial dirigida a la averiguación del hecho o a la salvaguarda de la persona o personas presuntamente responsables. En conclusión, el concepto de causa por delito, entendido en términos amplios, podemos equipararlo como cualquier actividad policial o judicial de significación delictiva que se lleve a cabo con la cobertura de una disposición legal<sup>84</sup>.

Además, según lo dicho por el autor Manzanares Samaniego; “*causa por delito no es sólo la abierta judicialmente. El concepto incluye todas las actuaciones oficiales para la averiguación de un delito, incluidas las ordenadas por el Fiscal y las policiales a prevención*”<sup>85</sup>.

## **5.2) Culpabilidad**

Para que el delito se aprecie cometido, según Climent Durán, ha de concurrir el requisito de la culpabilidad, es decir, que el sujeto sea totalmente consciente de que actúa dolosamente<sup>86</sup>. Hava García señala que las modalidades típicas del precepto penal exigen necesariamente un comportamiento doloso, es decir, conocimiento de la acción que se está realizando<sup>87</sup>; por lo que, dice la autora, no serán punibles los comportamientos por imprudencia, cualquiera que sea la

<sup>82</sup> En este sentido, Serrano Gómez, A., (2016), *Curso de derecho...*, cit., pp. 813-814.

<sup>83</sup> Hava García, E. (2016), *Tratado de derecho...*, cit., p. 636.

<sup>84</sup> Climent Durán, C. (2011), *Comentarios al Código...*, cit., p.1823.

<sup>85</sup> Manzanares Samaniego, J.L. (2016) *Comentarios al Código...*, cit., p.1555.

<sup>86</sup> Climent Durán, C. (2011), *Comentarios al Código...*, cit., pp.1835-1836.

<sup>87</sup> Hava García, E. (2016), *Tratado de derecho...*, cit., p. 651. En este sentido, Rodríguez Ramos, L., (2009), *Código Penal; Comentado...*, cit., p. 1392.

forma en que se produzca<sup>88</sup>.

A ello, añade Climent Durán que la conexión entre el dolo y la existencia o inexistencia de autorización por parte del particular o juzgado puede provocar mayores problemas de interpretación, ya que a la hora de determinar si hubo o no un consentimiento real por parte del titular del domicilio es discutible, debido a que puede haber confrontación entre la versión de la policía y la del titular del domicilio, llevándonos a la inexistencia de delito por un error vencible de tipo<sup>89</sup>. Por su parte, Hava García determina que será improbable un supuesto de error de prohibición dado la preparación profesional que poseen los sujetos activos del tipo, aunque la posibilidad de concurrir este error en los particulares no puede descartarse para los que participen en el delito especial, como cooperadores necesarios, cómplices o inducidos<sup>90</sup>.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 471/2006, de 26 de abril, establece: *“5º) que tal actuación sea dolosa, por lo que se excluyen los casos de error o de nulidad por vulneración constitucional, a que hace referencia el art. 11.1 de la LOPJ. Sin embargo, será improbable un caso de error de prohibición, dada la cualidad y preparación profesional del sujeto activo del delito. En cuanto al error de tipo, puede suponerlo un acto que pudiera implicar la autorización del morador, que produzca una equivocada percepción de los elementos integrantes del delito, la concurrencia de una situación de flagrancia delictiva, que en realidad no lo sea, la equivocación en el alcance concreto del mandamiento judicial, en su caso”*.

### **5.3) Punibilidad**

Conforme al elemento de la punibilidad, los actos que son punibles o sancionados, son los actos ejecutivos cometidos por los funcionarios públicos o autoridades, ya que no se contempla en el Código Penal los actos preparatorios. Existe la necesidad de que la conducta descrita en el tipo penal se ejecute para que podamos hablar de delito, de lo contrario no se podría sancionar ningún hecho, es decir, no aparece tipificado en el CP los actos preparatorios.

La consumación del tipo penal de la primera modalidad de las que habla Morales Prats, tiene lugar cuando una autoridad o funcionario público entra en un domicilio; en la segunda

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 638.

<sup>89</sup> Climent Durán, C. (2011), *Comentarios al Código...*, cit., pp.1835-1836.

<sup>90</sup> Hava García, E. (2016), *Tratado de derecho...*, cit., p. 651.

modalidad se produce la consumación cuando se realiza el registro de papeles, documentos o efectos; ambas modalidades sin consentimiento del particular, mediando causa penal y sin respetar las garantías constitucionales o legales. En la tercera de las modalidades que habla Morales Prats, la consumación se produce cuando tras un lícito registro se produce una vejación o daño innecesario en los bienes de la persona interesada<sup>91</sup>.

Con respecto a la autoría y participación del tipo penal, Vives Antón señala que la naturaleza de la aportación al delito consiste en si la conducta es de manera directa, en este caso, estaremos ante una autoría, o si su actuación es de manera indirecta, es decir, a través de terceras personas; en esta otra forma, estaremos ante una participación<sup>92</sup>. De este modo, si extrapolamos esta cuestión al delito analizado, podremos comprobar que no presenta especial particularidad. A tal efecto, señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 40/2002, de 5 de julio, que se produce una coautoría cuando dos o más personas realizan los actos necesarios para llevar a cabo una entrada y registro en un domicilio de un particular; todo ello, sin necesidad de que los que están involucrados en el caso realicen una entrada física en el domicilio, simplemente es necesario que desarrollen las tareas que han acordado previamente para la comisión del delito, y que uno de ellos cometa la conducta típica del tipo. Igualmente, esta misma sentencia señala que existe una cooperación necesaria o complicidad necesaria cuando una persona ayuda a los autores a cometer el delito, de manera que sin su ayuda no podría cometerse el delito, como por ejemplo, si el cooperador posee la llave del domicilio o tiene acceso al mismo, por su condición especial con respecto de los moradores.

De otra parte, en los casos en los que la entrada como el registro, sean ilícitos, dice Hava García, no está claro si existe un concurso de delitos o de normas entre los números primero y segundo del art. 534.1 CP. La doctrina, dice la autora en cita, se inclina por la segunda opción, explicando que en ambos supuestos debe aplicarse el art. 534.1.1 CP, ya que el registro sería un acto copenado impune cuyo desvalor ya estaría incluido con el de la entrada.

En los casos en que la diligencia de entrada y registro del domicilio sea ilegal y sean concedidas por una resolución judicial injusta, lo congruente es considerar un concurso del delito contra las garantías constitucionales con el de prevaricación judicial, de manera que afectan a

<sup>91</sup> Morales Prats, F. (2016), *Comentarios a la parte...*, cit., pp. 2036-2038; en este mismo sentido, Climent Durán, C. (2011), *Comentarios al Código...*, cit., p.1834.

<sup>92</sup> Vives Antón, T.S., (1999), “Autoría y Participación”, *Derecho Penal; Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp.733-759.

bienes jurídicos distintos.

Así, la confluencia de estos delitos con otros realizados por autoridades o funcionarios públicos contraviniendo la protección constitucional darán lugar a un concurso, que podrá ser medial o real; señala, Hava García, sería medial cuando se entrase ilegalmente en el domicilio de una persona para detenerlo, de forma ilegal; y sería real cuando se registraran los efectos de un individuo y además se interceptara su correspondencia privada<sup>93</sup>. En este sentido, señala el autor Morales Prats que; *“si el referido registro ilegal se verifica después de una entrada ilegal y es de tal entidad que comporta, además, la vulneración de secreto de correspondencia privada o postal o de otras comunicaciones, la integra desvaloración del hecho ya no quedaría aprehendida exclusivamente por el artículo 534.1 CP; en tal caso debe proceder la solución del concurso de delitos (concurso medial), pues se ha producido la vulneración de dos garantías constitucionales en el seno de una investigación legal por delito, relativa a la inviolabilidad de domicilio y la relativa a la inviolabilidad de correspondencia privada o de comunicaciones”*<sup>94</sup>.

De igual forma, señala Rodríguez Yagüe que se puede encontrar un concurso de delitos cometido por el funcionario público o autoridad que tras registrar ilegítimamente los papeles, documentos y efectos no se los devolviera al dueño, por lo que se estaría ante un concurso de delitos por el registro ilegal y la apropiación de los efectos, documentos o papeles<sup>95</sup>.

#### **5.4) Consecuencia Jurídica: Pena**

Este tipo penal, es castigado con inhabilitación especial para empleo o cargo público, el cual no puede superar los seis años de duración, excepto en los supuestos previstos en el último apartado del precepto legal.

Además, existe un agravante en la pena en los supuestos que tras el registro ilícito de un domicilio, el autor no se devolviera inmediatamente al dueño los papeles, documentos o efectos que hubieran sido registrados<sup>96</sup>.

Por lo que las penas son, según el artículo 534 del CP, de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años cuando se entrare y

<sup>93</sup> Hava García, E. (2016), *Tratado de derecho...*, cit., p. 652.

<sup>94</sup> Morales Prats, F. (2016), *Comentarios a la parte...*, cit., p. 2037.

<sup>95</sup> Rodríguez Yagüe, C., (2007), *Comentarios al Código...*, cit., p. 1045.

<sup>96</sup> Hava García, E. (2016), *Tratado de derecho...*, cit., p. 638; en este sentido, Manzanares Samaniego, J.L. (2016) *Comentarios al Código...*, cit., 1556.

registrare un domicilio mediando causa por delito pero sin respetar las garantías constitucionales y legales. Y en el caso de no devolver al dueño los documentos, efectos o papeles registrados ilegalmente, existe un agravante con las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a doce años y multa de doce a veinticuatro meses por apropiación.

En los sucesos en que, tras un lícito registro se produjera por parte del funcionario o autoridad pública una vejación o daño innecesario en sus bienes será castigado con las penas previstas para estos hechos en su mitad superior y, además, con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

## **CONCLUSIONES**

En atención a lo analizado en el trabajo que se presenta, podemos concluir, en primer término, que el derecho de inviolabilidad del domicilio se estima uno de los derechos que debe estar muy protegido tanto en la normativa legal, por los funcionarios que velan por las garantías de todos los derechos, como por jueces y policías. La intimidad personal y familiar nos garantiza una situación de exclusión de terceros a nuestras situaciones más íntimas de la vida, ya que si nos falta la intimidad no tenemos nada, por lo tanto, cuando se interfiera en la esfera de la intimidad sin consentimiento de su titular se deba hacer realizando una serie de procedimientos que cumplan con todas las garantías legales.

A lo que hemos llegado es que, a lo largo del trabajo, se ha percibido que la garantía del derecho de inviolabilidad del domicilio se ha ido consolidando a causa del avance y desarrollo normativo. Asimismo, con anterioridad se garantizaba una protección del domicilio pero solamente a los sujetos pasivos españoles; en cuanto a los sujetos activos, se excluían a las autoridades judiciales, lo que, realmente, provocaba inseguridad jurídica. Se ve de manera desarrollada cómo se garantiza hoy día este derecho fundamental a todos los sujetos activos y pasivos, y los procedimientos para hacer efectiva esa protección; lo cual es reconocido no sólo en la Constitución Española, sino también en el Derecho internacional.

Tras la Constitución Española de 1978, la protección del derecho de inviolabilidad del domicilio, y con ello de la intimidad personal y familiar, otorgaba mayor seguridad jurídica; mientras que el Código Penal de 1995 desarrolla la normativa que fija los delitos que pueden cometer los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria.



Si bien, en virtud de lo examinado, se considera necesaria una descripción, por parte del legislador, del concepto de domicilio, ya que, en ocasiones, puede provocar confusión para los que aplican la ley; por otro lado, entendemos oportuna la determinación del término "sin respetar las garantías legales", por cuanto que tal descripción nos lleva al uso de ley penal en blanco -con la consecuente necesidad de complemento legislativo-, ya que el precepto no contiene los elementos específicos del supuesto, lo cual genera vulneración del principio de legalidad que, recordamos, es básico en nuestro sistema de derecho.

Sin embargo, se observa muy acertada la descripción que utiliza el Código Penal de "mediar causa por delito" para diferenciar las distintas situaciones que pueden ocurrir cuando una autoridad o funcionario público, en el ejercicio de su cargo o por prevalimiento del mismo, interceda en el derecho de inviolabilidad del domicilio, y por tanto de la intimidad, de cualquier ciudadano que resida en España. Ya que cuando se señala "mediar causa por delito", se entiende que se refiere a que existe un procedimiento de investigación contra el sujeto y, por tanto, un delito que éste está cometiendo. En este supuesto, si un funcionario público o autoridad entrara en el domicilio del investigado sin cumplir los requisitos legales para ello, se ha estimado proporcional las penas de inhabilitación especial del sujeto activo y de la multa correspondiente que hace el Código Penal de 1995, con respecto al artículo 204 CP, que prevé una pena de prisión, además de la multa para el caso de los funcionario públicos o autoridades que entren en un domicilio de forma arbitraria, sin mediar causa por delito y sin ninguno de los requisitos que la ley marca para que sea legal la entrada. En este supuesto existe una mayor gravedad ya que los funcionarios públicos o autoridades deben servir a la sociedad, y están sometidos a la ley y al Derecho, y no pueden usar su situación de autoridad para situarse en una posición de superioridad frente a otras personas.

De otro lado, resulta extraño que no se diferencie entre la entrada legal e ilegal y registro, ya que éstos son cosas distintas. En la entrada lo que se pretende es detener a los principales sujetos de la investigación para evitar que puedan:

- Huir.
- Deshacerse de pruebas incriminatorias y trascendentales para el caso.
- Evitar males mayores que puedan ocasionar.

En tal sentido, se considera que debería haber una diferenciación legal entre la entrada y el registro, con la consecuente posible determinación sobre la pena; pues, aunque una cosa lleve a

la otra desde el punto de vista de una autorización judicial, no obstante en ocasiones puede haber una entrada legal pero un registro ilegal. Así, puede suceder que exista consentimiento del titular solamente para entrar en el domicilio, si bien los funcionarios, con el fin de encontrar pruebas incriminatorias, realizan un registro no autorizado por el titular. En estos casos, existe un conflicto a la hora de aplicar el tipo penal.

Si bien, como conclusión final, hemos de señalar que, en atención a la conformación de nuestro estado social y democrático de derecho, entendemos será necesario estudiar cada caso concreto, a fin de caer en incidentes que extralimiten el sistema de garantías.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Alonso De Antonio, A.L., (1993) *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución Española de 1978*, Colex, Madrid.

Alonso Pérez, F., (2000), *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, Dykinson, Madrid.

Cancio Melia, M., (1997), “Delitos contra la constitución. De los delitos cometido por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías constitucionales” *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid.

Carpio Briz, D. (2015), “Delitos contra la constitución. De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad”, *Comentarios al Código Penal: Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Climent Durán, C. (2011), “Delitos contra la constitución. De los Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales”, *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid.

Conde-Pumpido Ferreiro, C., (2004), “Delitos contra la constitución. De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías constitucionales”, *Código Penal comentado; Con concordancias y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona.

Córdoba Roda, J. y García Arán, M. (2004), “Delitos contra la constitución. De los Delitos cometidos por los funcionarios contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad”, *Comentarios al Código Penal, parte especial*, Marcial Pons, Madrid.

De Luengo Zarzoso, M. (2015), Tesis doctoral, *La protección penal del domicilio y los registros domiciliarios. Referencia al ámbito castrense*, Universidad de Valencia, Valencia.

Del Rosal Blasco, B. (2011), “Delitos contra la constitución. De los Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales. De los ultrajes a España”, *Sistema de derecho penal español: Parte especial*, Dykinson, Madrid.

González Jiménez, A., (2014), Tesis doctoral, *Las diligencias policiales y su valor probatorio*, Universidad Rovira i Virgili, Tarragona, Disponible online: <http://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/283261/TESIS%20DOCTORAL.pdf?sequence=1>.

Hava García, E. (2016), “Delitos contra la constitución. De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad del domicilio y demás garantías constitucionales”, *Tratado de derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Hernández Domínguez, J.J. (2016), Supuestos constitucionales que posibilitan la entrada y registro en domicilio", *Revista de Derecho Penal*, n° 36, Disponible online: <http://www.asesoriayempresas.es/articulo/JURIDICO/136515/supuestos-constitucionales-que-posibilitan-la-entrada-y-registro-en-domicilio-hernandez-dominguez>.

Lamarca Pérez, C., (coordinadora), (2013), Delitos y faltas. La parte especial del derecho penal, Colex, Madrid.

López Melero, M (2015), "La celda como domicilio o como vivienda del recluso", *Unir revista*, Disponible online: <http://www.unir.net/cienciasociales/revista/noticias/la-celda-como-domicilio-o-como-vivienda-del-recluso/549201457416/>.

Manzanares Samaniego, J. L., (2016), "Delitos contra la constitución. De los Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales", *Comentarios al Código Penal*, Wolters Kluwer España, Madrid.

Morales Prats, F. (2016), "Delitos contra la constitución. De los Delitos cometidos por los funcionarios contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad" *Comentarios a la parte especial del Código Penal*, Aranzadi, Navarra.

Portilla Contreras, G. (1997), *Curso de derecho penal español; parte especial*, Marcial Pons, Madrid.

Portilla Contreras, G. (2016), *Compendio de la parte especial del derecho penal*, Aranzadi, Navarra.

Pozo Pérez, M. Del, (2014), "La entrada y registro en domicilio particular", *Diligencias de investigación y cadena de custodia*, Sepín, Madrid.

Reig Reig, J. V., (2002), "Delitos contra la constitución. De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra los derechos fundamentales y demás garantías constitucionales", *Código Penal; Comentarios y Jurisprudencia*, Comares, Granada.

Rodríguez Ramos, L., (2009), Código Penal; Comentado y con Jurisprudencia, *La Ley*, Madrid.

Rodríguez Sol, L., (1998), *Registro domiciliario y prueba ilícita*, Comares, Granada.

Rodríguez Yagüe, C., (2007), *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid.

Ruiz Rodríguez, L. R., (2016), "Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales", *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal; Derecho penal, parte especial*, Iustel, Madrid.

Sánchez García de Paz, I, (2000), Delitos contra la Constitución: Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales, *Eguzkilore*, n° 14, diciembre 2000.

Sánchez Melgar, J., (2004) “La entrada y registro en domicilio de particulares. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Madrid.

Sánchez Melgar, J., (2016), *Código Penal; Comentarios y Jurisprudencia*, Sepín, Madrid.

Serrano Gómez, A., (2016), “Delitos cometidos por los funcionarios contra las garantías constitucionales. De los delitos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías constitucionales”. *Curso de derecho penal: Parte especial*, Dykinson, Madrid.

Vives Antón, T.S., (1999), “Autoría y Participación”, *Derecho Penal; Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Vives Antón, T.S., (2010), “Delitos contra la constitución. De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad”, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia.

## JURISPRUDENCIA

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 22/1984, de 17 de febrero.

STC 56/1987, de 14 de Mayo.

ATC 171/1989, de 3 de abril

STC 160/1991, de 18 de julio.

STC de 18 de noviembre de 1993.

STC 7/1994, de 17 de enero.

STC 50/1995, de 23 de febrero.

STC 94/1996, de 28 de mayo.

STC 10/2002, de 17 de enero.

STC 22/2003, de 10 de febrero.

STC 209/2007, de 24 de septiembre.

### TRIBUNAL SUPREMO

STS 24 de septiembre de 1990.

STS 29 de marzo de 1990.

STS 364/1990 de 14 de enero de 1992.

ATS de 18 de abril de 1992.

STS 30 de octubre de 1992.

STS 14 de noviembre de 1992.

STS 7 de mayo de 1994.

STS 1968/1994, de 9 de noviembre.

STS 15 de enero de 1995.

STS 16 de enero de 1995.

STS 24 de enero de 1995.

STS 15 de febrero de 1995.

STS 4 de marzo de 1995.

STS 553/1995, de 7 abril.

STS 9 de mayo de 1995.

STS 27 de noviembre de 1995.

STS 29 de febrero de 1996.

STS 472/1997, de 14 de abril.

STS 577/1998, de 27 de abril.

STS 1292/2000 de 10 julio.

STS 550/2001, de 3 de abril.

STS 678/2001, de 17 de abril.

STS 1803/2002, de 4 de noviembre.

STS 980/2004, de 22 de julio.

STS 1544/2004 de 23 diciembre.

STS 9/2005, de 10 de Enero.

STS 1067/2005, de 26 de septiembre.

STS 471/2006, de 26 de abril.

STS 879/2006, de 20 de septiembre.

STS 894/2007, de 31 octubre.

STS 620/2008, de 9 de octubre.

STS 726/2008, de 12 de noviembre.

STS 1006/2009, de 19 de octubre.

STS 758/2010, de 30 de junio.

STS 1031/2010, de 25 de noviembre

STS 65/2011, de 2 de febrero.

STS 77/2011, de 23 de febrero.

STS 419/2011, de 10 de mayo.

STS 816/2011, de 21 de julio.

STS 986/2011, de 4 de octubre.

STS 809/2012 de 25 de octubre.

STS 827/2012 de 24 octubre.

STS 125/2014, de 20 febrero.

#### SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SAP 1/2008, de 20 de noviembre de 2008.

#### SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA

SAP 40/2002, de 5 de julio.