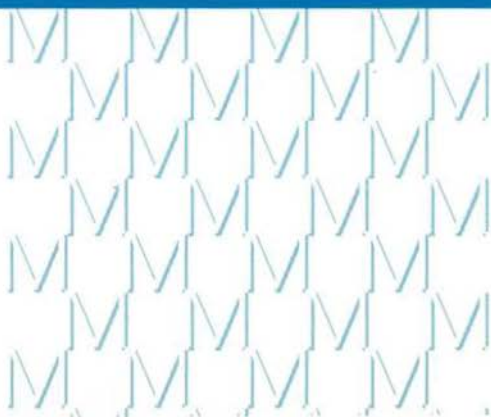


Francisco Javier Matia Portilla

El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio



Monografía



FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA

Profesor de Derecho Constitucional.
Universidad de Valladolid

El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio

Prólogo de
Paloma Biglino Campos
Catedrática de Derecho Constitucional.
Universidad de Valladolid

Monografía



Madrid, 1997

McGraw-Hill

MADRID • BUENOS AIRES • CARACAS • GUATEMALA • LISBOA • MÉXICO
NUEVA YORK • PANAMÁ • SAN JUAN • SANTAFÉ DE BOGOTÁ • SANTIAGO • SÃO PAULO
AUCKLAND • HAMBURGO • LONDRES • MILÁN • MONTREAL • NUEVA DELHI • PARÍS
SAN FRANCISCO • SIDNEY • SINGAPUR • ST. LOUIS • TOKIO • TORONTO

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

DERECHOS RESERVADOS © 1997, respecto a la primera edición en español por
McGRAW-HILL/INTERAMERICANA DE ESPAÑA, S. A. U.
Edificio Valrealty, 1.ª planta
Basauri, 17
28023 Aravaca (Madrid)

ISBN: 84-481-1126-5
Depósito legal: M. 20.242-1997

Editora: Elena Argüello
Diseño de cubierta: Estudio F. Piñuela, S. L.
Compuesto en: Fernández Ciudad, S. L.
Impreso en: Cobra, S. L.

IMPRESO EN ESPAÑA - PRINTED IN SPAIN

ACERCA DEL OBJETO Y DEL MÉTODO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

miento explícito de la inviolabilidad del domicilio como libertad pública¹⁷.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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