

# Revisión de algunos aspectos de los delitos contra la inviolabilidad del domicilio (art. 191 del Código Penal) (\*)

EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid

El artículo 191 del Código Penal, situado entre aquellos que este texto punitivo dedica a los «delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes» (sec. 2.ª, cap. II, tít. II, lib. II), dispone:

«Incurrirán en las penas de suspensión y multa de 30.000 a 60.000 pesetas:

»1.º El funcionario público que, no siendo autoridad judicial, entrare en el domicilio de un súbdito español sin su consentimiento, fuera de los casos permitidos por las leyes.

»2.º El funcionario público que, no siendo autoridad judicial, y fuera de los casos permitidos por las leyes, registrare los papeles de un súbdito español y los efectos que se hallaren en su domicilio a no ser que el dueño hubiere prestado su consentimiento.

»Si no devolviera al dueño, inmediatamente después del registro, los papeles y efectos registrados, las penas serán las de inhabilitación especial y multa de 30.000 a 150.000 pesetas.

»Si los sustrajere y se los apropiare, será castigado como reo del delito de robo con violencia en las personas.

»3.º El funcionario público que, con ocasión del lícito registro de papeles y efectos de un súbdito español, cometiere cualquier vejación injusta contra las personas o daño innecesario en sus bienes.»

El primer antecedente de este artículo, dentro de la legislación penal codificada, es el 243, 4.º del CP de 1822, conforme al cual:

---

(\*) Ponencia presentada en las *Jornadas de Estudios Penales en homenaje al profesor José Antonio Sáinz Cantero. (Propuestas para la reforma de la parte especial del Derecho Penal español)*, celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada los días 11 a 14 de marzo de 1987.

«Son reos de atentado contra la libertad individual:

»4.º El juez o funcionario público de cualquier clase que allanare la casa de un español, no siendo en la forma y en los casos prescritos por el Código de procedimientos o por alguna otra ley. El que incurriere en alguno de los casos de este artículo perderá su empleo y quedará inhabilitado perpetuamente para obtener oficio o cargo alguno. Si cometiere prevaricación, será castigado con la pena señalada a este delito.»

Por comparación con el número 1.º del actual artículo 191 del CP, inmediatamente destacan una coincidencia y varias discrepancias.

Es la primera que ambos preceptos tan sólo deparan protección a la inviolabilidad del domicilio de los españoles. No a la del domicilio de los extranjeros que se encuentren en España.

Difieren, en cambio, en que mientras el Código Penal de 1822 considera sujetos activos al «juez o funcionario público de cualquier clase», el CP estima tales únicamente a los funcionarios públicos que no sean autoridad judicial. Asimismo se separan en que mientras el primero refiere la conducta típica a la «casa», el segundo la relaciona con el «domicilio». Además, dicha conducta es distinta en uno y otro: «allanar» —más amplia— en el artículo 243, 4.º del CP de 1822 y «entrar» —más restringida— en el artículo 191, 1.º CP, si bien el número 2.º de este último artículo incrimina el registro ilegal. Finalmente, resalta la mayor gravedad de la pena con que se conmina el comportamiento típico en el Código Penal de 1822.

Pues bien, en lo que sigue me propongo reflexionar sobre cada uno de los anteriores aspectos, en cuyo mantenimiento o variación se resume la historia de la incriminación a través de los sucesivos Códigos penales hasta llegar al de 1944, que dio al artículo 191 la redacción que ahora tiene.

\* \* \*

El CP de 1848 disponía en su artículo 290 lo siguiente:

«El empleado público que abusando de su oficio allanase la casa de cualquier persona, a no ser en los casos y en la forma que prescriban las leyes, será castigado con las penas de suspensión y multa de 10 a 100 duros.» (1).

---

(1) La pena de suspensión y multa que actualmente prevé el artículo 191 del CP procede, justamente, del artículo del Código de 1848 acabado de reproducir, desde el que se mantendrá (con obvias variaciones en la cuantía de la multa) en todos los Códigos que le sucedieron. A juicio de PACHECO (*El Código Penal concordado y comentado*, II, Madrid, 1848, p. 469) lo que el CP persigue mediante estas penas «es tan racional como posible», ya que «la suspensión y la multa podrán contener en el límite de sus deberes a los empleados. Falta sólo —añade— que esta pena se ejecute con la severidad que hace necesaria la extensión de la mala costumbre» en que, en su opinión, se habían convertido los allanamientos de referencia, que, por lo demás, enfoca como contrarios a la «seguridad del domicilio».

Texto este que recogió —idéntico— el artículo 299 del CP de 1850 (2).

Por su parte el CP de 1870 dedicó a esta materia sus artículos 215 a 217, en los términos que a continuación se reproducen que ya se aproximan notablemente a los actuales:

«*Art. 215.* Incurrirán en las penas de *suspensión* en sus grados mínimo y medio y *multa* de 125 a 1.250 pesetas:

»1.º El *funcionario público* que no siendo *autoridad judicial* y no estando tampoco en suspenso las garantías constitucionales, *entrare* en el *domicilio* de un *español* o *extranjero* sin su consentimiento, a no ser en los casos y con los requisitos previstos en los párrafos primero y cuarto del artículo 5.º de la Constitución.

»2.º El *funcionario público* que no siendo *autoridad judicial* y no estando tampoco en suspenso las garantías constitucionales, *registrare* los papeles de un *ciudadano* o *extranjero* y efectos que se hallaren en su domicilio, a no ser que el dueño hubiere prestado su consentimiento.

Si no devolviere al dueño inmediatamente después del registro los papeles y efectos registrados, la pena será inmediatamente superior en grado.

Si los sustrajere y se los apropiare, será castigado como reo de delito de robo con violencia en las personas.

»3.º El *funcionario público* que con ocasión del registro de papeles y efectos de un *ciudadano*, cometiere cualquiera otra vejación injusta contra las personas o daño innecesario en sus bienes.

Si los delitos penados en los tres números anteriores fueren cometidos de noche, las penas serán las de *suspensión* en sus grados medio y máximo y *multa* de 250 a 2.500 pesetas, salvo lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del número 2.º, respecto a los cuales la pena será la inmediatamente superior en grado a las en ellos señaladas.»

«*Art. 216.* La *autoridad judicial* que fuera de los casos previstos en los párrafos primero y cuarto del artículo 5.º de la Constitución, y no estando en suspenso las garantías constitucionales, *entrare* de noche en el domicilio de un *español* o *extranjero* sin su consentimiento, incurrirá en la pena de *suspensión* en sus grados mínimo y medio y *multa* de 125 a 1.250 pesetas.»

«*Art. 217.* En la misma pena incurrirá la *autoridad judicial* que *registrare* de noche en el domicilio de un *español* o *extranjero* sus papeles y efectos, a no ser con su consentimiento.»

(2) Yerra, pues, CUELLO CALON (*Derecho Penal*, II, *Parte Especial*, vol. 1.º, 14. ed., Barcelona, 1975, p. 99) cuando, tras señalar el precedente que supuso el artículo 243.4 del CP de 1822, indica: «...no volviéndose a hallar precepto análogo hasta el Código de 1870 (arts. 215 y 216)» (cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1975, p. 272, n. 372). Conviene aclarar, puesto que el primero de los autores citados seguidamente añade: «Los preceptos de éste [del CP de 1870] fueron acogidos por el Código de 1932 y por el de 1944», que, por una parte, el CP de 1928 no reguló esta materia y durante su vigencia dejó subsistentes (en éste como en otros aspectos) el CP de 1870, a la espera de una regulación mediante leyes especiales que no llegó a producirse (cfr. JARAMILLO, *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*, vol. 2.º, Salamanca, 1929, pp. 310 i.f.-311 y 312-313). Por otra parte, como se verá, entre la regulación del CP de 1870 (no sólo contenida en sus artículos 215 y 216, sino también en el 217) y la establecida en los de 1932 y 1944 hay notables diferencias.

He aquí por vez primera la restricción del círculo de posibles sujetos activos del delito en estudio: los funcionarios que no sean autoridad judicial, si bien ésta última, conforme al CP de 1870, podía ser sujeto activo de la violación nocturna del domicilio (art. 216). Una restricción que ha provocado la crítica de la moderna doctrina penalística cuando se ha reiterado (e incluso estrechado al no incluirse supuestos similares a los inculcados en los artículos 216 y 217 del CP de 1870) en el artículo 191 (3).

No obstante esa crítica —pues a su favor tiene la estricta literalidad de los términos típicos—, puede intentarse la revisión del usual modo de entender estos términos a la luz de las disposiciones legales vigentes en los momentos de emergencia y aplicación del CP de 1870.

Cuando este Código apareció se encontraba en vigor la Constitución de 1869, cuyo artículo 5.º (de ahí las referencias a él en el número 1.º del artículo 215 y en el 216 del CP de 1870) proclamaba:

«Nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos urgentes de incendio, inundación u otro peligro análogo, o de agresión ilegítima procedente de adentro, o para auxiliar a persona que desde allí pida socorro.

»Fuera de estos casos, la entrada en un domicilio de un español o extranjero residente en España, y el registro de sus papeles o efectos, sólo podrá decretarse *por juez competente y ejecutarse de día*.

»[.....]

»Sin embargo, cuando un delincuente hallado *in fraganti* y perseguido por la autoridad o sus agentes se refugiare en su domicilio, podrán éstos penetrar en él sólo para el acto de la aprehensión. Si se refugiare en el domicilio ajeno, precederá requerimiento al dueño de éste.»

A la vista de la norma acabada de transcribir y de los artículos 215 y 216 del CP de 1870, comentaba Groizard (4): «También en esta de-

(3) Así, FERRER, *Comentarios al Código Penal*, III, Murcia, 1948, p. 143 (autor que yerra en su apreciación —n. 13, p. 144— de que el Tribunal Supremo realizó una interpretación muy libre del texto de la ley en su sentencia de 12 de abril de 1889, a la vista de lo dispuesto en el artículo 216 del CP de 1870 que era entonces el aplicable); RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades...*, cit., pp. 273-274; CÓRDOBA, *Comentarios al Código Penal*, III, Ariel, Barcelona, 1978, p. 346; GARCÍA VITORIA, *El derecho a la intimidad, en el Derecho Penal y en la Constitución de 1978*, Aranzadi, Pamplona, 1983, p. 81; RODRÍGUEZ DEVEZA, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 9.ª ed., Madrid, 1983, p. 735; MORALES, *La tutela penal de la intimidad: «privacy» e informática*, Destino, Barcelona, 1984, p. 166; del mismo, «“Privacy” y reforma penal: la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal (1983)», en *Documentación Jurídica*, vol. 1.º, núms. 37-40, enero-diciembre de 1983, p. 596; BUENO, «Los “delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución”, en la “Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal” de 1983», en *Documentación Jurídica*, vol. 2.º, núms. 37-40, enero-diciembre de 1983, p. 1320; MUÑOZ CONDE, Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.ª ed., Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1985, p. 593; BUSTOS, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Ariel, Barcelona, 1986, p. 376; JORGE, *El allanamiento de morada*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 95.

(4) *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, III, 2.ª ed., Madrid, 1911, p. 503.

licada materia hay que distinguir autoridades de autoridades. Las administrativas y sus agentes, rigiendo en toda su integridad los preceptos constitucionales, sólo pueden, sin responsabilidad, penetrar en el domicilio» en los casos a que se refieren los párrafos primero y cuarto del artículo 5.º de la Constitución de 1869, «las judiciales en cambio sólo tiene una prohibición: el no hacerlo de noche...». Considerada así la cuestión cobran su auténtico sentido los artículos 215, 1.º y 216 del CP de 1870, de donde procede —en línea directa y sin alteraciones en el camino— la aparente restricción actual de los sujetos activos en el artículo 191 del Código Penal. Y ese sentido es que cuando entonces —como ahora— la ley se refiere a la «autoridad judicial», tal expresión debe entenderse, en consideración al párrafo segundo del artículo 5.º de la Constitución de 1869, como autoridad judicial competente para decretar la entrada y registro del domicilio que, en efecto, la haya decretado (5). Esta autoridad, en esas circunstancias, no podía cometer, dado el texto constitucional entonces vigente, los delitos previstos en los números 1.º y 2.º del artículo 215 del CP de 1870. Sí, en cambio, los inculcados en los artículos 216 y 217 del propio Código: de ahí la necesidad de su creación.

Ahora bien, ya vigente el CP de 1870 la Constitución de 1869 fue sustituida por la de 1876, cuyo artículo 6.º alteró notablemente los términos de su precedente el artículo 5.º de la Constitución de 1869. Dicho artículo 6.º de la Constitución de 1876 establecía:

«Nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España, sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes.

»[.....].»

Como se ve el tenor del artículo reduce considerablemente el radical liberalismo de su predecesor, al permitir excepciones legales (no mencionadas específicamente en la Constitución, a diferencia de lo que hacía su antecesora) al principio general de inviolabilidad del do-

(5) Hacia esta interpretación apunta RODRÍGUEZ DEVESA (*Parte Especial*, cit., p. 735), aunque sobre un argumento distinto: «Ha de entenderse, sin embargo, que autoridad judicial es sólo aquella que tenga jurisdicción sobre el lugar en que el domicilio está enclavado, y que ha de actuar como tal autoridad judicial, esto es, a fines de oficio, pues de lo contrario no se le puede conceder aquél carácter, aunque sí el de funcionario público que sigue poseyendo.» Sigue este punto de vista y considera «autoridad judicial a tal efecto tan sólo a la que sea competente para ordenar o ejecutar la entrada y, en su caso, el registro»; RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades...*, cit., p. 274. Por su parte QUINTANO (*Compendio de Derecho Penal*, II, Parte Especial, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pp. 36 i.f.-37, y *Curso de Derecho Penal*, II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 540) no afirma (como se ha querido hacer ver: *vid. por todos* RODRÍGUEZ DEVESA, *Parte Especial*, cit., p. 735, n. 6) que cuando la violación de domicilio la comete un juez no realiza el tipo del artículo 191 pero sí el del 490 del CP, sino que indica que puede realizar éste último y también el del artículo 191 del CP (según el caso) «cuando no ejercieren las prerrogativas propias de la diligencia de registro domiciliario», de donde se infiere que —aunque sin razonarla— mantiene una interpretación similar a la que se propone en el texto y patrocinan los autores en esta nota citados.

micilio. Sin embargo, durante algún tiempo, pareció que ello no afectaba en nada a lo dispuesto sobre el particular en el CP de 1870. Pero, en 1882, la Ley de Enjuiciamiento Criminal trastornó esta apariencia inicial (6): el título VIII de su libro II (arts. 545 y ss.) estableció el régimen general que, hasta el presente, habían de seguir tales excepciones legales al principio de inviolabilidad del domicilio. Mas —frente a lo que pudiera parecer coherente— no por ello se derogaron o modificaron expresamente los artículos 215 a 217 del CP de 1870, vigente hasta el de 1928, el cual no reguló la materia y dejó subsistentes los mencionados preceptos del Código anterior. De él pasarían al de 1932, que no varió la redacción (salvo en la referencia al artículo de la nueva Constitución) del precedente artículo 215 del CP de 1870 y, por tanto, inadecuadamente, tampoco modificó la negativa alusión a la «autoridad judicial» que se contenía en el mismo. En cambio —congruente con la regulación de la LECr. sobre la entrada y registro nocturnos de los domicilios: artículo 570— eliminó las incriminaciones de los artículos 216 y 217 del CP de 1870. Disponía, en efecto, el artículo 205 del Código de 1932:

«Incurrirán en las penas de *suspensión* en sus grados mínimo y medio y *multa* de 250 a 2.500 pesetas:

»1.º El *funcionario público* que, no siendo autoridad judicial y no estando en suspenso las garantías constitucionales, *entrare* en el domicilio de un *español o extranjero* sin su consentimiento, a no ser en los casos y con los requisitos previstos en el párrafo cuarto del artículo 31 de la Constitución (7).

»2.º El funcionario público que, no siendo autoridad judicial, y no estando tampoco en suspenso las garantías constitucionales, registrare los papeles de un ciudadano o extranjero y efectos que se hallaren en su domicilio, a no ser que el dueño hubiere prestado su consentimiento.

»Si no devoliere al dueño inmediatamente después del registro los

(6) Confróntese GROIZARD, *Código Penal...*, cit., pp. 507-508: «Cuando en 1874 fijáramos el sentido y alcance de los textos referentes a la materia de ahora tratamos, ninguna ley había todavía puesto limitaciones al derecho de los españoles a la inmunidad de sus domicilios ni a los respetos de la vida privada. El Código de 1870 en nada contradecía el principio consagrado por la norma fundamental de 1876; las leyes orgánicas que podían derogar sus disposiciones no habían aparecido aún, y, por tanto, los artículos del Código a que nos referimos estaban vigentes y los Tribunales obligados a aplicarlos... Publicada la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 22 de junio de 1882, las cosas han variado. Desde ese día los preceptos antes vigentes quedaron derogados en cuanto se oponen a los artículos de dicha ley contenidos en su título VIII...» Conviene advertir, con todo, que la mutación señalada por GROIZARD se preanunció sobradamente: los artículos 428 y ss. del Decreto por el que se aprobó la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 22 de diciembre de 1872 para comenzar a regir el 15 de enero de 1873 y los 689 y ss. de la Compilación General formada en virtud de la autorización concedida por la Ley de 30 de diciembre de 1878 y aprobada por Real Decreto de 16 de octubre de 1879, sustancialmente coincidentes con algunos de los que al respecto estableció la LECr., ya anticiparon la situación creada por ésta y que tanta desesperanza y crítica produjeron en el autor citado: *vid. ob. cit.*, pp. 508 y ss.

(7) Decía este precepto: «El domicilio de todo español o extranjero residente en España es inviolable. Nadie podrá entrar en él salvo en virtud de mandamiento de juez competente...»

papeles y efectos registrados, la pena será la inmediatamente superior en grado.

Si los sustrajere o apropiare, será castigado como reo del delito de robo con violencia en las personas.

»3.º El funcionario público que, con ocasión del registro de papeles y efectos de un ciudadano, cometiere cualquier otra vejación injusta contra las personas o daño innecesario en sus bienes.»

El precepto, como se ve, coincide con el artículo 215 del CP de 1870. Y si en 1932 no se acogieron los artículos 216 y 217 de ese mismo cuerpo legal ello se debe a que, tras las innovaciones procesales mencionadas, los supuestos de hecho que en ellos se contenían se entendieron abarcados, sin necesidad de las precedentes especificaciones, en el artículo 205 del nuevo CP. Lo que significa tanto como admitir que la única «autoridad judicial» que este artículo excluye del círculo de posibles sujetos activos es la competente para adoptar válidamente la decisión de entrada y registro domiciliarios cuando, efectivamente, ha adoptado (lícitamente) tal decisión. Las demás «autoridades judiciales» entran en el ámbito de los «funcionarios públicos» —que la norma indica como sujetos activos idóneos del comportamiento que incrimina— habida cuenta lo dispuesto en el artículo 410 del CP de 1932 (8).

Si tomamos en cuenta que el artículo 205 del CP de 1932 pasaría a ser, con las modificaciones que después se dirán, el artículo 191 del Código de 1944, que mantiene el CP actual, se comprende que la referida interpretación de la expresión «autoridad judicial» siga hoy teniendo vigencia y que, por consiguiente, antes de declarar la impunidad —a los efectos del artículo 191 del CP— de las conductas que en él se describen cuando las realiza tal autoridad judicial e intentar la subsunción de las mismas en otros tipos del Código (9), haya que afirmar que se encuentran abarcadas en el mismo artículo 191 del Código Penal.

Pero es que, además del anterior argumento histórico que habla en favor de entender la expresión «que no sea autoridad judicial» en el sentido de «que no sea la autoridad judicial competente para decretar la entrada y registro domiciliarios y que, en efecto, así lo haya decretado», hay un argumento sistemático que opera en la misma dirección.

Cuando la ley se refiere, como sujeto activo, al «funcionario públi-

---

(8) Artículo coincidente (salvo por el calificativo de «popular» que atribuía a la elección que menciona) con el párrafo tercero del actual artículo 119 del CP. Por cierto que sobre esta materia cabe indicar, incidentalmente, que la modificación literal de la esfera de sujetos activos en el artículo 545 de la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983 (tipificador del delito en estudio), mediante el señalamiento de «la autoridad o el funcionario público», no pasa de esa literalidad, pues a la vista del artículo 26 de la misma Propuesta hay que concluir (como hoy se concluye respecto al artículo 119 del CP) que si bien no todo funcionario público es autoridad, toda autoridad sí es funcionario público a efectos penales y, por consiguiente, con sólo la mención del funcionario público se incluye también a la autoridad.

(9) *Vid.* al respecto obras y lugares citados *supra* la nota 3.

co» no lo está haciendo a cualquier funcionario público (10), sino a aquellos de entre éstos que, en determinados casos (de ordinario como consecuencia de encomendárselo una resolución judicial), pueden entrar en el domicilio de los ciudadanos sin o contra el consentimiento de éstos. Pues lo que aquí se protege es la inviolabilidad del domicilio como derecho fundamental de la persona frente al Estado, es decir, como garantía política en el marco del más genérico derecho a la intimidad, y esa garantía lo es, por tanto, frente al funcionario en el ejercicio (ilícito) de *sus funciones*; consiguientemente, frente al funcionario a quien tales funciones (de entrada y registro en el domicilio sin o contra la voluntad de sus titulares) están en principio encomendadas. De donde se sigue que tanto el funcionario que incontinentamente entra en el domicilio ajeno cuando no se halla en el ejercicio de función alguna, como el que lo hace pretextando (ilícitamente) unas funciones a él no inicialmente atribuidas por la ley (así, arts. 553 y 563 LECr., 11 LOP, 16.1 LOBAET, 17.2 LEAES y 130 y 141 LGT), no comenten el delito del artículo 191 del CP, sino el del artículo 490 del mismo cuerpo legal (con la agravante décima del artículo 10 del Código Penal en el segundo caso).

Pues bien, si esto es así respecto al «funcionario público», también lo ha de ser respecto a la «autoridad judicial». Lo que significa que por ella debe entenderse, cuando el CP indica que el funcionario no ha de ser tal, la autoridad judicial competente en el ejercicio (ilícito) de su competencia. Y significa también que cuando la autoridad judicial competente entra en el domicilio ajeno en uso ilícito de su competencia, comete (en concurso con prevaricación) el delito del artículo 191 del CP. Como lo comete (a diferencia de lo dicho respecto al funcionario que no es autoridad judicial), con el mismo concurso si media resolución, la que realiza igual conducta siendo concretamente incompetente (ya que en abstracto la función está atribuida a la autoridad judicial: artículo 18.2 CE).

\* \* \*

De regreso al artículo 205 del CP de 1932, importa destacar que sería ésta la última vez que se mencionaran en el Código a los españoles y a los extranjeros como titulares del derecho a la inviolabilidad de sus domicilios. A partir del CP de 1944 el artículo 191 referirá este derecho tan sólo a los españoles. A los cuales, por otra parte, es la primera ocasión que la ley punitiva codificada se refiere no como ciudadanos o como personas, sino como «súbditos». Un segundo síntoma de los tiempos que corrían (11).

---

(10) Confróntese CUELLO CALON, *Parte Especial*, cit., p. 100; JORGE, *El allanamiento...*, cit., pp. 95 if.-96. *Vid.*, respecto a la detención ilegal del artículo 184 del CP, el mismo criterio que se mantiene en el texto en VIVES, VIVES-GIMENO, *La detención*, Bosch, Barcelona, 1977, pp. 52 y ss.; CÓRDOBA, *Comentarios...*, cit., p. 303; POLAINO, *El delito de detención ilegal*, Aranzadi, Pamplona, 1982, pp. 138-139.

(11) Y aún deben seguir corriendo, pues el artículo no se ha modificado pese a las numerosas reformas del CP y, sobre todo, a la tan amplia operada por la L.O. 8/1983, de 25 de junio.

Esta limitación, ampliamente criticada (12), se ha sugerido (13) que pueda deberse al tenor del artículo 15 del llamado Fuero de los Españoles (14). Sin perjuicio de que ello pueda ser así, conviene recordar que el Fuero de los Españoles es posterior (17 de julio de 1945) al CP de 1944. Otra explicación plausible (y, por lo demás, no contradictoria con la anterior) pudiera ser —aparte la de apelar, sin más, al carácter autocrático y autárquico del régimen político entonces impuesto— que el Estado del «nuevo régimen» sacrificara la protección penal de la inviolabilidad del domicilio de los extranjeros en aras de proporcionarse un más fácil control de las situaciones a que podían dar lugar los tiempos (finales de la segunda guerra mundial y años después de la española) en que entraba en vigor el CP de 1944: momentos en que ya habían abandonado España los extranjeros que apoyaron a la facción triunfante en la guerra civil, a los que el «nuevo Estado» sí quisiera deparar esa protección (15) y en los que, a cambio, entraban o podían llegar a entrar en España extranjeros (tanto de las naciones derrotadas como de las victoriosas) respecto de los que el Estado deseaba tener la mayor libertad de acción.

En cualquier caso, lo cierto es que constitucionalmente y también con base en la legislación ordinaria (16) la discriminación que, a contrario, establece la literalidad del artículo 191 del CP es inadmisibles. Tal y como ha dicho el Tribunal Constitucional, en su sentencia 99/1985, de 30 de septiembre:

---

(12) QUINTANO, *Compendio...*, cit., p. 37, y *Curso...*, cit., p. 541; RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades...*, cit., p. 274; GARCÍA VITORIA, *El derecho...*, cit., p. 81; RODRÍGUEZ DEVESA, *Parte Especial*, cit., p. 734; MORALES, «“Privacy”...», cit., p. 596, y *La tutela...*, cit., p. 166; BUENO, «Los “delitos”...», cit., p. 1320; MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, cit., p. 593; BUSTOS, *Parte Especial*, cit., p. 376; JORGE, *El allanamiento...*, cit., pp. 95-96.

(13) Muy tangencialmente y, desde luego, no afirmado: Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades...*, cit., p. 274, y JORGE, *El allanamiento...*, cit., p. 95.

(14) Decía: «Nadie podrá entrar en el domicilio de un español ni efectuar registros en él sin su consentimiento, a no ser con mandato de la Autoridad competente y en los casos y en la forma que establezcan las leyes.» Es interesante observar —además de que en este artículo (de pretendido nivel «constitucional») no se obligaba a que la «autoridad competente» fuera la judicial— que tanto el artículo 184 del *Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.* como el 388 del *Proyecto de Código Penal de 1939* aludían al domicilio tanto de los españoles cuanto de los extranjeros (Vid. los respectivos textos, bajo cada uno de esos mismos títulos, en Casabo (estudio preliminar y edición), Departamento de Derecho Penal y Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1978): resulta cuando menos sintomático —en el sentido de lo que a continuación digo en el texto— que en momentos más próximos a la guerra civil que los del CP de 1944 y, por tanto, de mayor exaltación antidemocrática y autoritaria, se depare una protección más amplia —en cuanto también extendida a extranjeros— a la inviolabilidad del domicilio que la concedida cinco o seis años más tarde por el artículo 191 del CP de 1944.

(15) Vid. nota anterior en lo que se refiere —por contraste— al *Anteproyecto de 1938* y al *Proyecto de 1939*.

(16) La L.O. 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, no limita —en otro caso habría incurrido en inconstitucionalidad— la inviolabilidad del domicilio de los extranjeros. Por su parte la LECr. explícitamente rechaza esta discriminación en punto a la inviolabilidad del domicilio: vid., por ejemplo, artículos 545, 550 y 551 (al remitir al artículo 6.º de la Constitución de 1876).

«El disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el título I de la Constitución... podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los tratados internacionales y la ley interna española. Pero ni siquiera esta modulación o atemperación es posible en relación con todos los derechos, pues existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, y cuya regulación ha de ser igual para ambos.»

Entre estos derechos se halla el de inviolabilidad del domicilio a que se refiere el artículo 18.2 CE.

Ante tan solemne como trascendente y certera declaración, sólo caben dos posibilidades de cara a un artículo, como el 191 del CP, que tiene la peculiaridad de ser inconstitucional por omisión, esto es, por lo que no dice.

O admitir que han sido innovados los tipos que contienen, como efecto directo de la vigencia del texto constitucional, y así haberse de entender que donde dice «españoles» dice también «extranjeros». Lo que choca con el principio de legalidad penal (especialmente en cuanto principio de tipicidad), también constitucionalmente acogido, y supone una «interpretación» (aunque en puridad no sería tal) del artículo 191 del CP contraria al reo en la medida en que amplía el ámbito de la incriminación

O buscar otro tipo que permita afirmar penalmente amparada la inviolabilidad del domicilio de los extranjeros. Esto último se hace cuando se preconiza la aplicabilidad, en estos casos, de los artículos 490 (17), ó 194 ó 496 (18) del Código Penal.

Sin embargo, como en la doctrina se ha puesto de relieve (19), apreciar el primero de estos tres artículos no es una solución satisfactoria del problema planteado, pues la naturaleza política del interés protegido con la existencia del artículo 191 del CP, supone una notable diferencia de aquél respecto al bien jurídico amparado por la incriminación del allanamiento de morada en el artículo 490 del Código (y ello aún suponiendo que en efecto coincidan los conceptos de «domicilio» y «morada» a que, respectivamente, aluden cada uno de estos artículos).

Por lo que hace a la posibilidad de calificar el hecho como coacciones del artículo 496 del CP, debe advertirse que implicaría dejar desprotegidas las violaciones no violentas del domicilio de los extranjeros, ya que la violencia (20) es elemento típico inexcusable del referido delito.

Queda así como solución más factible —sin perjuicio de que, por

(17) QUINTANO, *Compendio...*, cit., p. 37, y *Curso...*, cit., p. 541; BUSTOS, *Parte Especial*, cit., p. 376.

(18) MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, cit., p. 593; GARCÍA VITORIA, *El derecho...* cit., p. 81; MORALES, *La tutela...*, cit., p. 166; JORGE, *El allanamiento...*, cit., p. 96.

(19) RODRÍGUEZ DEVESA, *Parte Especial*, cit., p. 734, n. 4.

(20) Y recuérdese la crítica doctrinal a la «espiritualización» jurisprudencial de este concepto: *vid.* por todos MIRA, «El concepto de violencia en el delito de coacciones», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 22, 1984, pp. 95 y ss.

efecto del artículo 204 bis *a*) del CP, quepa aplicar en su caso, por ejemplo, el citado artículo 496— la de recurrir al artículo 194 del Código, que se muestra como auténtico cajón de sastre de los desechos del articulado de la sección en que se incardina. Aunque no debe ocultarse la resistencia que el tipo ofrece a la operación de incluir los hechos de referencia en el señalado artículo. Pues, al cabo, la conducta en él incriminada es la de impedir a una persona el *ejercicio* de sus derechos cívicos y si, con Morales (21), hemos de considerar que «la inviolabilidad domiciliaria constituye una parcela de la *privacy* en la que éste bien jurídico se manifiesta como una *libertad-límite* frente al Estado», en el sentido que a este concepto da Vives, es preciso recordar que para este último autor (22) tales libertades-límite poseen un «carácter eminentemente pasivo» y así, como por lo demás parece claro, habría de decirse que la inviolabilidad del domicilio más que ejercerse se ostenta, con la consiguiente dificultad para hablar de «impedir su ejercicio» como demanda el artículo 194 del Código Penal (23).

Al margen de ello, no deja de llamar poderosamente la atención el final paradójico que, de aceptarse la anterior solución, tendría la (seguramente) intencionada desprotección penal de la inviolabilidad del domicilio de los extranjeros en el artículo 191 del CP: al no poderse incluir allí la vulneración de ese derecho por los funcionarios públicos, se ha hecho preciso recurrir a otras normas que lo abarcasen, todas las cuales conminan más gravemente que el artículo 191 del Código los hechos que incriminan. Y si ello —dentro de la regulación actual— podría tener la lógica que alimenta el artículo 204 bis *a*) del CP por lo que al artículo 496 del Código respecta, no guarda coherencia alguna cuando se concluye que el aplicable es el artículo 194 del Código —situado en la misma sección que el 204 bis *a*)—: en este caso resulta que la discriminación no opera en el sentido de colocar en peor situación a los extranjeros que a los españoles, sino al contrario; pues mientras el artículo 191 (salvo en las hipótesis de los párrafos segundo y tercero de su número 2.º) prevé penas de suspensión y multa —y parece oportuno recordar que la suspensión, a diferencia de la inhabilitación, es una «situación» del funcionario en su carrera (24)— el artículo 194 del CP amenaza el comportamiento a que se refiere con pena de inhabilitación especial. ¡Todo un éxito final del pensa-

(21) «“Privacy”...», cit, p. 596, y *La tutela...*, cit., pp. 310-311.

(22) «Introducción: Estado de derecho y Derecho Penal», en V.V.A.A., *Comentarios a la legislación penal*, I: *Derecho Penal y Constitución*, Edersa, Madrid, 1982, p. 37.

(23) En este sentido se pronuncian RODRÍGUEZ DEVESA, *Parte Especial*, cit., p. 745, y CÓRDOBA, *Comentarios...*, cit., pp. 364-365; se manifiesta en contra de la opinión de estos autores GARCÍA VITORIA, *El derecho...*, cit., p. 104; MUÑOZ CONDE, por su parte, pese a seguir el criterio de los primeros (*Parte Especial*, cit., pp. 581-582), se inclina más tarde (*ob. cit.*, p. 593) por la posibilidad de aplicar el artículo 194 del CP en supuestos de ataque (por autoridad judicial o en caso no de entrada ilícita, sino de ilegítimo mantenimiento) a la inviolabilidad del domicilio.

(24) *Vid.* al respecto OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 448 y ss.

miento político del fenecido Estado franquista! Todo un éxito, por lo demás, que si, de una parte, parece desmentir las amargas consideraciones de la doctrina sobre este extremo (25), de otra nos enfrenta de nuevo a un problema de inconstitucionalidad por infracción del artículo 18.2 en relación con el 14 CE, cerrando así un auténtico círculo vicioso respecto al que nuestros premiosos —por referencia a la inaplazable modificación de la legislación penal— poderes públicos no muestran prisa alguna por romper.

\* \* \*

Es también en 1870, como se ha visto, cuando el Código Penal sustituye dos dicciones anteriores por otras que se mantendrán hasta la actualidad. Me refiero a la indicativa de la conducta, antes «allanar» y ahora «entrar», y a la significativa del objeto de la misma, antes «casa» y ahora «domicilio».

La sustitución del término «casa» por el de «domicilio», seguramente apegada a la similar variación experimentada por los textos constitucionales al declarar la inviolabilidad de una y otro (26), genera el problema de si por éste ha de entenderse algo más amplio o distinto de lo que quiere indicarse con aquélla.

La cuestión se complica, de nuevo, con la entrada en vigor en 1882 de la LECr., que en su artículo 547 establece lo que se reputan por «edificios y lugares públicos para la observancia de lo dispuesto en este capítulo»; en el 554 lo que ha de estimarse «domicilio», para los efectos de los artículos anteriores»; y en el 557 que «las tabernas, casas de comidas, posadas y fondas no se reputarán como domicilio de los que se encuentren o residan en ellas accidental o temporalmente; y lo será tan sólo de los taberneros, hosteleros, posaderos y fondistas que se hallaren a su frente y que habiten allí con sus familias en la parte del edificio a este servicio destinada» (27).

(25) *Vid. supra* nota 12.

(26) Antes del CP de 1870 tales declaraciones fueron: artículo 126 de la *Constitución de Bayona de 1808*: «La casa de todo habitante en el territorio de España y de Indias es un asilo inviolable: no se podrá entrar en ella sino de día y para un objeto especial determinado por una ley, o por una orden que dimane de la autoridad pública»; artículo 306 de la *Constitución de Cádiz de 1812*: «No podrá ser allanada la casa de ningún español, sino en los casos que determine la ley para el buen orden y seguridad del Estado»; artículo 7.º de la *Constitución de la Monarquía Española de 1837*: «No puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa, sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban»; artículo 7.º de la *Constitución de la Monarquía Española de 1845*: idéntico contenido que el artículo 7.º de su predecesora (que también se repite en el artículo 8.º de la Constitución no promulgada de 1856). Es precisamente a partir de la *Constitución de la Monarquía Española de 1869*, que inspiraría el CP de 1870, cuando los sucesivos textos constitucionales mutan la mención de la «casa» por la del «domicilio» (arts. 5.º de la Constitución de 1869, 6.º de la Constitución de 1876, 23-5.º del Anteproyecto de Constitución de la Monarquía Española de 1929, 31-párrafo cuarto de la Constitución de la República Española de 1931, 15 del Fuero de los Españoles de 1945 y 18.2 de la actual Constitución).

(27) En otros artículos se establecen reglas respecto a la «habitación u oficina de los representantes de naciones extranjeras acreditadas cerca del Gobierno de España» (arts. 559 y 560), a los buques mercantes o de guerra extranjeros (art. 561) y a las «habitaciones de los cónsules extranjeros y sus oficinas» (art. 562).

Así las cosas, la doctrina se divide entre quienes remiten la determinación del concepto de «domicilio» empleado por el artículo 191 del CP al 554 (con las excepciones del 557) de la LECr. (28), y quienes —bien siguiendo criterios jurisprudenciales al respecto unidos a la idea de evitar «escandalosas impunidades allanatorias» (29), bien por razón de la finalidad de garantía política que persigue el artículo 191 del CP (30), o bien como derivado del entendimiento que se otorga al ámbito de la intimidad domiciliaria (*privacy*) como bien jurídico protegido (31)— propugnan una noción de domicilio más amplia (32) que la proporcionada por dichos artículos 554 y 557 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ante esta opción, y sobre la base que procuran los tres argumentos acabados de relacionar, me inclino en principio por la segunda tendencia hermenéutica.

En principio, pues, con todo, la solución a este problema depende antes que de otra cosa de la manera en que se interprete el artículo 18.2 CE. A este respecto señala Basile (33) dos modos de entender tal norma.

Uno, vinculando de manera esencial y exclusiva la inviolabilidad del domicilio allí proclamada con el derecho a la intimidad. De donde derivaría que lo tutelado es la «vivienda o morada privada» (eso sí, tan-

(28) FERRER, *Comentarios...*, cit., p. 144; CUELLO CALON, *Parte Especial*, cit., p. 100; RODRÍGUEZ DEVESA, *Parte Especial*, cit., p. 735; RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades...*, cit., p. 274.

(29) QUINTANO, *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, p. 536, en relación con las 896-897.

(31) MORALES, *La tutela...*, cit., pp. 165-166.

(32) Local «cerrable» para QUINTANO (*ob. cit.*, p. 847), que permite abarcar «habitaciones de huéspedes, casetas de reposo o de guardas y hasta «coches-cama» y vehículos ambulantes de funámbulos», aunque no «patios o jardines cerrados»; «lugar de residencia de una persona» para CÓRDOBA Y JORGE (*ob. y pp. cit.*), que permite comprender «tanto los apartamentos y dormitorios hoteleros, como la casa habitación, o los despachos u oficinas donde se ejerce una actividad profesional», esto es, «todos los lugares de residencia (sea o no habitual)» (JORGE), de manera que las fondas o posadas excluidas por el artículo 557 de la LECr. han de considerarse «domicilio» a los efectos del artículo 191 del CP, así como cualquier lugar que merezca este calificativo según la noción inicial del mismo aunque «ostente, en cambio, la cualidad de edificio o lugar público, conforme a la LECr.» (CÓRDOBA); «el contexto espacial en el que se desenvuelve la libertad doméstica» para MORALES (*ob. y pp. cit.*), de manera que en él quedan incluidas las «viviendas, locales de negocios, apartamentos de temporada, habitaciones de hospedaje...», siempre que delimiten un espacio separado del exterior sobre el que se proyecte una voluntad de habitar (transitoria o permanente) y de excluir a terceras personas, con independencia del título por el cual mora el sujeto (propiedad, usufructo, arrendamiento o precario). Asimismo la morada o domicilio deben estar destinadas a actividades propias de la vida privada, profesional o familiar».

(33) «Los «valores superiores», los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas», en A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA (dirigido por...), *Constitución Española de 1978. Estudio sistemático*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 291-292.

El artículo 18.2 CE dispone: «El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.»

to la permanente como la ocasional y al margen de que se posea o no en propiedad), con exclusión entonces del «lugar de trabajo u otro lugar para la realización de actividades extradomésticas (la sede de una asociación, por ejemplo)». Tal entendimiento se hallaría avalado por los estrictos términos con que se expresa el artículo 18.2 CE en contraste con los empleados por la Constitución italiana (34). Esta, en su artículo 14, admite limitaciones a la inviolabilidad —por razones de interés público— de origen no judicial que, en cambio, son incompatibles con el tenor del artículo 18.2 CE. En él tan sólo se alude a la entrada y registro (no inspecciones de otra índole) domiciliarios autorizados por resolución judicial (salvo en caso, como única excepción, de delito flagrante). De donde se deduce —dice el autor citado— «que los constituyentes han pretendido excluir todo tipo de limitaciones que no tengan su origen en las exigencias de la justicia penal». Lo que, «para evitar inconvenientes más graves de los que ya así se vislumbran», lleva a pensar que el domicilio no puede considerarse «más que como vivienda o morada privada aparte de los enseres que allí se encuentren» (35).

Pero el artículo 18.2 CE también puede interpretarse en el sentido de que si bien vincula de manera esencial la inviolabilidad del domicilio con el derecho a la intimidad, no lo hace de forma exclusiva. «Entonces —dice Basile— por domicilio habría que entender todo espacio cerrado necesario para el desarrollo de la autonomía de la persona, en actividades domésticas y extradomésticas.» Claro que en este caso, como contrapartida, no quedaría prohibido el establecimiento de «límites distintos a los que exige la justicia penal, por razones de sanidad pública o en atención a los fines económicos y fiscales a los que se refiere el artículo 14 de la Constitución italiana». Aunque, eso sí, el artículo 18.2 CE exige —salvo que medie consentimiento del interesado— la autorización judicial para la puesta en práctica de tales límites (36).

Pues bien, a mi juicio el Tribunal Constitucional parece haberse decantado por esa segunda vía hermenéutica (37), según se desprende

---

(34) Dice su artículo 14: «El domicilio es inviolable. No podrán efectuarse inspecciones, registros o secuestros a no ser en los casos y en las formas establecidos por la ley con arreglo a las garantías prescritas para la tutela de la libertad personal. Las averiguaciones y las inspecciones por motivos de sanidad y de incolumidad pública o con fines económicos y fiscales se regularán por leyes especiales.»

(35) Parece inclinarse por esta interpretación BAJO, «Protección del honor y de la intimidad», en V.V.A.A., *Comentarios a la legislación penal, I: Derecho Penal y Constitución*, Edersa, Madrid, 1982, p. 106.

(36) «Se trata probablemente —concluye el propio autor (*ob. cit.*, p. 292)— de una garantía excesiva, aunque no tanto como para provocar graves inconvenientes.» No parece compartir esa apreciación y este temor ALZAGA (*La Constitución española de 1978. Comentario sistemático*, Ed. del Foro, Madrid, 1978, p. 208), para quien el artículo 18.2 CE «recoge una formulación prácticamente perfecta».

(37) Comentando el artículo 18.2 CE se inclina por un concepto amplio de domicilio LUCAS VERDÚ, en V.V.A.A., *Constitución española*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, p. 59, aunque excluye los lugares públicos (p. 60: sin indicar

de su sentencia 22/1984, de 17 de febrero, cuando dice (y aunque la cita sea larga merece la pena hacerla pues, al tiempo que permite corroborar el anterior aserto, sirve para indicar en términos bastante exactos el bien jurídico protegido por la incriminación contenida en el artículo 191 CP):

«El artículo 18, apartado 2.º, de la Constitución contiene dos reglas distintas: una tiene carácter genérico o principal, mientras la otra supone una aplicación concreta de la primera y su contenido es por ello más reducido. La regla primera define la inviolabilidad del domicilio, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido... para garantizar el ámbito de privacidad de ésta dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública. Como se ha dicho acertadamente, el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones, incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos (38).

La regla segunda establece un doble condicionamiento a la entrada y registro, que consiste en el consentimiento del titular o en la resolución judicial. La interdicción fundamental de este precepto es la del registro domiciliario, entendido como inquisición o pesquisa, para lo cual la entrada no es más que un trámite de carácter instrumental. Contempladas desde esta perspectiva las cosas, puede extraerse la conclusión de que en toda actividad de ejecución de sentencias o decisiones llevada a cabo por los órganos públicos en que se produce, bien que necesariamente, el ingreso de los órganos ejecutores en un domicilio privado, se realiza en mayor o menor medida una inquisición de éste. De la facultad que el titular del derecho sobre el domicilio tiene de impedir la entrada en él es consecuencia que la resolución judicial o la resolución administrativa que ordenan una ejecución que sólo puede llevarse a cabo ingresando en un domicilio privado, por sí solas no conllevan el mandato y la autorización del ingreso, de suerte que cuando éste es negado por el titular debe obtenerse una nueva resolución judicial que autorice la entrada y las actividades que una vez dentro del domicilio pueden ser realizadas. La regla anterior no es aplicable únicamente a los casos en que se trata de una resolución tomada por la Administración en virtud de un principio de autotutela administrativa... A la misma conclusión se puede llegar cuando la decisión que se ejecuta es una reso-

---

si por ellos entiende los señalados en el artículo 547 de la LECr.). También en comentario al artículo 18.2 CE prefiere remitir el concepto al artículo 554. SERRANO ALBERCA, en V.V.A.A., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, p. 368.

(38) *Vid.* el sustancialmente coincidente punto de vista al respecto de MORALES, *La tutela...* cit., pp. 162-165.

lución de la jurisdicción ordinaria en materia civil. Si los agentes judiciales encargados de llevar, por ejemplo, a cabo un desahucio o un embargo encuentran cerrada la puerta o el acceso de un domicilio, sólo en virtud de una específica resolución judicial pueden entrar. Por consiguiente, el hecho de encontrarse ejecutando una decisión, judicial o administrativa, legalmente adoptada, no permite la entrada y el registro en un domicilio particular. Sin consentimiento del titular o resolución judicial, el acto es ilícito y constituye violación del derecho, salvo en caso de flagrante delito y salvo, naturalmente, las hipótesis que generan causas de justificación, como puede ocurrir con el estado de necesidad.»

Si se relaciona la tesis implícitamente mantenida en esta sentencia, esto es, la de que (aparte el caso de mediar consentimiento, al margen de la hipótesis de que concurra alguna causa de justificación y además del supuesto de flagrante delito) es posible el establecimiento legal de límites a la inviolabilidad del domicilio siempre y cuando la puesta en práctica de los mismos vaya precedida de válida resolución judicial que específicamente autorice la entrada y, en su caso, registro domiciliarios, con los dos modos de entender el artículo 18.2 CE antes reseñados, debe concluirse que, como congrua contrapartida a la admisión de tales límites, el concepto de «domicilio» constitucionalmente sustentable, y consiguientemente operativo a los efectos del artículo 191 del CP, es el amplio.

\* \* \*

Como se ha visto, la sentencia del Tribunal Constitucional que acaba de reproducir parcialmente indica que, pese a su no expresa mención en el artículo 18.2 CE, ciertas causas de justificación pueden autorizar la práctica de violaciones típicas del domicilio las cuales, por tanto, no generarán responsabilidad penal. Efectivamente, como bien ha apuntado Bajo (39), «las causas de justificación encierran una lógica y una fundamentación tales que no es necesario reconocerlas expresamente a nivel constitucional para confirmar su eficacia».

Muy otra es, por el contrario, la opinión de Serrano Alberca (40), para quien si no hay resolución judicial «no son causa suficiente para la entrada y registro... los supuestos de estado de necesidad... sin la previa declaración de una situación excepcional» (41).

Este último punto de vista, sin duda excesivo, a mi juicio debe rechazarse. Y no sólo por lo que al estado de necesidad respecta, sino también por lo que concierne a la legítima defensa: el fundamento de cada una de ellas, tal y como se concibe en la moderna doctrina penalista, obliga a ello. En cambio, ausente la autorización judicial previa y no dándose alguna de las situaciones extraordinarias a que alude el artículo 55 CE, no resultan admisibles a estos efectos, según

(39) «Protección...», cit., p. 106.

(40) *Comentarios...*, cit., p. 369.

(41) El sentido contrario ALZAGA, *La Constitución...*, cit., p. 209.

creo, las causas de justificación de obediencia debida, ejercicio legítimo del cargo y cumplimiento de un deber. La primera porque sin esos condicionantes nos hallaríamos siempre ante mandatos antijurídicos no obligatorios que, por tanto, transformarían la obediencia en no debida. La segunda porque en igual situación el ejercicio del cargo sería ilegítimo. Y la tercera porque esa misma situación haría que el pretendido deber a cumplir no fuera tal.

Por su parte, el consentimiento del titular del derecho hace inexistente la violación del domicilio y, en su caso (cuando a él va referido), la ilegalidad del registro. Tal se desprende directamente del artículo 18.2 CE y quiere decir tanto como que nos hallamos ante un caso de comportamiento atípico y no ante un supuesto de conducta típica (la violación del domicilio y/o el registro ilegal) justificada por la concurrencia del consentimiento. Conclusión esta que también se alcanza a partir del examen de los tipos contenidos en el número 1.º y en el primer párrafo del número 2.º del artículo 191 del CP, que contienen como elemento negativo la ausencia de consentimiento del titular del derecho (42). Un error sobre la misma habrá de considerarse, por consiguiente, no error de prohibición sino de tipo, a tratar conforme a los dos primeros párrafos del artículo 6 bis a) del Código Penal (43).

Aparte la necesidad de que el consentimiento se preste antes de la consumación del delito y de que en tal prestación no medie engaño, ni amenaza, ni coacción (44), también se afirma generalmente que no basta un consentimiento presunto (45), ni siquiera tácito (46), y sí en cambio (a la vista del artículo 551 de la LECr.), además del expreso, el otorgado a través de actos concluyentes (47), aunque —como acertadamente añade Córdoba (48)— «concurrirá un tal consentimiento cuando el indicado sujeto admita la entrada a conciencia de todos los elementos que la caracterizan. En virtud de esta exigencia intelectual —concluye—, el consentimiento únicamente podrá ser estimado si el titular del domicilio sabe que por no estar permitida la entrada por la ley, puede él válidamente oponerse a ella», sin que a esta apreciación quepa oponer el artículo 551 de la LECr., pues —al

(42) En el mismo sentido RODRÍGUEZ DEVESA, *Parte Especial*, cit., p. 735; RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades...*, cit., p. 276; GARCÍA VITORIA, *El derecho...*, cit., p. 81; JORGE, *El allanamiento...*, cit., p. 98. Consideran el consentimiento causa de justificación MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, cit., p. 593; MORALES, *La tutela...*, cit., p. 166; BUSTOS, *Parte Especial*, cit., p. 376.

(43) Al contrario MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, cit., p. 593.

(44) Vid. por todos JORGE, *El allanamiento...*, cit., p. 98.

(45) RODRÍGUEZ DEVESA, *Parte Especial*, cit., p. 735; RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades...*, cit., pp. 276-277; ALZAGA, *La Constitución...*, cit., p. 208; BAJO, «Protección...», cit., p. 107; JORGE, *El allanamiento...*, cit., p. 98.

(46) RODRÍGUEZ DEVESA, ob. y p. últ. cits.

(47) Por todos JORGE, *El allanamiento...*, cit., p. 98. SERRANO ALBERCA, *Comentarios...*, cit., p. 368, identifica el consentimiento a que se refiere el artículo 551 de la LECr. con un consentimiento presunto.

(48) *Comentarios...*, cit., pp. 348-349.

margen de que circunscribe sus efectos al ámbito de la ley en que está situado— sus términos procede interpretarlos en el mismo sentido.

La lícita resolución judicial que autorice —en los términos del artículo 558 de la LECr.— la entrada y, en su caso, el registro del domicilio de que se trate, es una de las cuatro hipótesis incluíbles en los «casos permitidos por las leyes» a que asimismo se refieren los números 1.º y 2.º del artículo 191 del CP. Son las otras tres el supuesto de flagrante delito mencionado por el artículo 18.2 CE y las suspensiones del derecho reconocido por este artículo que posibilita el 55 del propio texto constitucional: declaración de estado de excepción o de sitio en que el Congreso autorice tal suspensión (arts. 116.3 y 4 CE y 17 de la Ley Orgánica 9/1981, de 1 de junio, sobre los estados de Alarma, Excepción y Sitio) y L.O. que disponga lo propio «para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas» (art. 16 de la L.O. 9/1984, de 26 de diciembre, sobre la actuación de Bandas armadas y Elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución). En todos estos casos la entrada y el registro en el domicilio son igualmente comportamientos atípicos (49). Así se deriva del rechazo de la tesis de los «tipos abiertos» (50) y correlativa imposibilidad de calificar de este modo a los contenidos en el artículo 191 del CP, por lo que se refiere a los elementos negativos de falta de consentimiento y ausencia de casos permitidos por las leyes. Ello también aparece fundado, por lo que atañe a los dos primeros de estos cuatro supuestos, en el carácter «enteramente imperativo» (sin perjuicio de su desarrollo) (51) que se atribuye al artículo 18.2 CE.

El hecho de que, por efecto de ese mismo carácter imperativo del artículo 18.2 CE, sea absolutamente indispensable —salvo en los casos acabados de indicar y en los de consentimiento, flagrante delito y concurrencia de causa de justificación— una específica resolución judicial que autorice la entrada y, en su caso, el registro domiciliario (conforme señala la sentencia del Tribunal Constitucional antes parcialmente reproducida), hace que pueda ponerse en cuestión la constitucionalidad de varias disposiciones legales. Así:

— La del artículo 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dispone:

«Los agentes de policía podrán asimismo proceder de propia autoridad al registro de un lugar habitado cuando haya mandamiento de prisión contra una persona y traten de llevar a efecto su captura, cuando un individuo sea sorprendido en flagrante delito o cuando un delincuente inmediatamente perseguido por los agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa.»

(49) Justificados según MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, cit., p. 593, y MORALES, *La tutela...*, cit., p. 166. Sobre este particular sí se muestra favorable a la idea de atipicidad BUSTOS, *Parte Especial*, cit., pp. 376-377.

(50) Vid. OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA, *Derecho Penal, Parte General*: «Teoría jurídica del delito», 2.ª ed., Ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1986, pp. 165 y ss.

(51) ALZAGA, *La Constitución...*, cit., pp. 208 i.f.-209.

Los supuestos problemáticos son, evidentemente, el primero y el tercero de los que este artículo enuncia (52). Respecto de ellos es imposible apreciar, según lo antes dicho, lo que más inmediatamente sugieren: esto es, que en ambos casos los agentes de policía se encuentran bien en el ejercicio legítimo de su cargo o bien en el cumplimiento de un deber y que, de esta forma, su comportamiento típico se halla justificado. Pues la ausencia de la constitucionalmente impuesta (con directa eficacia) resolución judicial previa (53), hace —concretamente, aunque quizá no en abstracto— ilegítimo el ejercicio del cargo e inexistente (en los mismos términos) el pretendido deber. Ello obliga —para preservar la compatibilidad de este artículo con el 18.2 CE— a buscar otros ámbitos de justificación que, en mi opinión, son los del estado de necesidad: al cabo en las dos hipótesis se da un conflicto entre los intereses de la administración de justicia que protege el artículo 359 del CP y el derecho a la inviolabilidad del domicilio como garantía jurídico-política que ampara el artículo 191 del mismo cuerpo legal. De compartirse este criterio la conclusión sería que el artículo 553 de la LECr. es innecesario dada la eficacia en este campo de la indicada causa de justificación. En todo caso no parece que pueda admitirse la expresión «de propia autoridad» que dicho artículo utiliza, salvo por lo que a la hipótesis de delito flagrante concierne. Dicho sea todo lo anterior sin perjuicio de que el tercer supuesto de los incluidos en el artículo 553 de la LECr. pueda entenderse abarcado, precisamente, en el «caso de flagrante delito» (excepcionado de la autorización judicial previa por el artículo 18.2 CE) en los términos de lo dispuesto por el párrafo tercero del artículo 779. Primera de la propia LECr.: de ser así sería clara su constitucionalidad.

— La del artículo 11 de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959 (54), conforme al cual:

«La autoridad gubernativa y sus agentes no podrán entrar en el domicilio de una persona sin su consentimiento o mandamiento judicial, salvo en los casos siguientes:

»Primero. Cuando fueren agredidos desde él.

»Segundo. En los casos de flagrante delito, tanto para la persecución de los presuntos culpables como para la ocupación de los instru-

---

(52) Respecto a lo que deba entenderse por «caso de flagrante delito» en el sentido del artículo 18.2 CP y los límites de tal caso, *vid.*, BAJO, «Protección...», cit., pp. 108 y ss.

(53) No puede estimarse tal, en el sentido del artículo 18.2 CP conforme ya hemos visto que lo interpreta el tribunal Constitucional (resolución judicial específica de entrada y, en su caso, registro), el mandamiento de prisión a que se refiere el primer caso de los recogidos en el artículo 553 de la LECr. En los términos en que el artículo 505 de este mismo cuerpo legal se refiere a dicho mandamiento, éste nunca se identificará con la resolución judicial de entrada y, en su caso, registro domiciliario regulada en la artículo 558 de la propia LECr.

(54) Ley que, a contrario, declara en vigor la Disposición Derogatoria de la L.O. 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Obsérvese que en el citado artículo 11 de la LOP (ya del año 1959) no se discrimina como en el artículo 191 del CP y 15 del Fuero de los Españoles a los extranjeros respecto a los nacionales.

mentos y efectos del mismo y de cuanto pueda servir para su comprobación.

»Tercero. Cuando en aquél se produjeran alteraciones que perturbaran el orden.

»Cuarto. Si fueren requeridos por sus moradores.

»Quinto. Cuando fuere necesario hacerlo para auxiliar a las personas o evitar daños inminentes y graves en las cosas.

»[.....].»

A juicio de Serrano Alberca (55) «de todos estos supuestos quedarían fuera del delito flagrante (única hipótesis que el artículo 18.2 CE exceptúa del requisito de resolución judicial previa) la agresión desde el interior si no es delito, las simples alteraciones o perturbaciones del orden y el supuesto de necesidad». «Y la consecuencia inmediata», añade, «sería su inconstitucionalidad.» A mi entender es preciso introducir mayores matizaciones al respecto. Así:

En cuanto al apartado primero, debe estimarse inconstitucional en la medida en que la agresión a que se refiere no quepa identificarla con aquella que genera un legítimo derecho de defensa (56), pues en este caso nos hallaríamos ante un comportamiento justificado en relación con el que no rige, de acuerdo con lo ya dicho sobre el particular, la exigencia constitucional de resolución judicial previa. Así las cosas, la interpretación que parece más adecuada es la de que, dada la indefinición legal al respecto, la LOP no se refiere a una «agresión ilegítima» en el sentido del artículo 8.4 del CP, pues en tal caso incorporaría una norma superflua por redundante habida cuenta la general eficacia de la referida causa de justificación. De ser así se trataría, efectivamente, de un precepto inconstitucional; en caso contrario, de un precepto innecesario; y si lo que se concluye es que abarca tanto agresiones generadoras de legítimo derecho de defensa como agresiones insuficientes para originarlo, sería inconstitucional en cuanto a esto último y reiterativo en cuanto a lo primero.

Por lo que concierne al apartado segundo, cierto es que la Constitución exonera de la necesidad de resolución judicial previa el «caso

(55) *Comentarios...*, cit., p. 369; recuérdese que, como queda indicado, en opinión de este autor el artículo 18.2 CE impide considerar compatibles con la Constitución las entradas y registros domiciliarios no autorizados por resolución judicial previa incluso en supuestos de estado de necesidad (salvo en casos de declaración anterior de una «situación excepcional»).

(56) Agresión ésta última que, según creo, no necesariamente ha de equivaler a aquella que quepa calificar de delito (cuando así sea, por otra parte, normalmente nos hallaremos ante el supuesto de delito flagrante a que aluden tanto el artículo 18.2 CE como el 11-Segundo de la LOP): vid. OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA, *Parte General*, cit., pp. 213 i.f. y ss., donde se concluye (p. 220) que, a los efectos del artículo 8.4.º del CP, «agresión ilegítima es toda conducta activa u omisiva, dolosa o imprudente, que ponga en peligro de inminente lesión bienes juridicopenalmente protegidos, de carácter individual, y suponga el camino, en caso de no ser frenada a tiempo por la reacción defensiva, para llegar a constituir un delito o falta consumados contra dichos bienes (sólo delito en caso de agresión a bienes patrimoniales o a la morada)». Conviene advertir que las agresiones calificables de falta no satisfacen las exigencias del supuesto de «delito» flagrante: vid. al respecto Bajo, «Protección...», cit., p. 108.

de flagrante delito», pero para determinar la constitucionalidad del artículo 11-Segundo de la LOP es preciso resolver antes la cuestión del alcance de la salvedad constitucional, ya que, en efecto, sobre este extremo se plantea el interrogante de si la concurrencia de flagrante delito consiente el registro domiciliario. Pues bien, en opinión de Bajo (57) el artículo 18.2 CE tan sólo admite, en caso de flagrante delito, que tras la entrada se lleve a cabo un registro con objeto de hallar al delincuente en el domicilio, no permite en cambio el registro tendente a la obtención de pruebas: «Esta interpretación restrictiva», dice, «se deriva... de la especial protección dada a los derechos fundamentales y de la referencia del artículo 779 de la LECr. al delincuente “sorprendido”». «En efecto», añade, «este precepto de la ley procesal define “delito flagrante” en función de que el delincuente sea “sorprendido”. Y continúa: “Se entenderá sorprendido en el acto no sólo el delincuente que fuere cogido en el momento de estar cometiendo el delito, sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen.” Es decir, concluye, si la desaparición del delincuente de la escena de la persecución elimina el concepto de “delito flagrante”, cuando la Constitución entiende éste como excepción a la prohibición de entrada o registro, está pensando en el registro para hallar al delincuente.» Lo que —de aceptarse esta suscribible interpretación— implica que el artículo 11-Segundo de la LOP es inconstitucional en lo que se refiere a su pretensión de legitimar, en casos de flagrante delito, registros distintos del acabado de indicar.

Respecto al supuesto de que en el domicilio «se produjeran alteraciones que perturbaren el orden» (art. 11-Tercero de la LOP), debe advertirse que en la medida en que éstas no engendren legítima defensa (en cuanto las alteraciones se materialicen en «agresiones ilegítimas» contra bienes jurídico-penalmente protegidos de titularidad individual) o estado de necesidad, o bien no supongan un flagrante delito, tampoco puede estimarse compatible con el artículo 18.2 CE. Lo que reproduce la situación ya comentada en relación con el apartado primero.

Finalmente, por lo que atañe a los apartados cuarto y quinto del repetido artículo 11 de la LOP, estimo que son redundantes y que por ello huelgan: el cuarto se viene a identificar con el consentimiento mediante actos concluyentes y el quinto refleja una situación de necesidad justificante de la violación del domicilio.

— La del artículo 141 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 (parcialmente modificada por la Ley 10/1985, de 26 de abril), según el cual:

«1. Los inspectores de los tributos podrán entrar en las fincas, locales de negocio y demás establecimientos o lugares en que se des-

---

(57) «Protección...», cit., pp. 108 i.f.-109.

arrollen actividades o explotaciones sometidas a gravamen para ejercer las funciones prevenidas en el artículo 109 de esta ley.

»2. Cuando el dueño o morador de la finca o edificio o la persona bajo cuya custodia se hallare el mismo se opusieren a la entrada de los inspectores, no podrán llevar a cabo éstos su reconocimiento sin la previa autorización escrita del delegado o subdelegado de Hacienda; cuando se refiera al domicilio particular de cualquier español o extranjero será preciso la obtención del oportuno mandamiento judicial» (58).

A pesar de las precauciones que este artículo adopta en su número 2.º respecto al domicilio particular (59), en tanto los sitios a que se refiere el número 1.º puedan calificarse de «domicilio» de acuerdo con el concepto amplio de éste que, conforme queda indicado, acoge el artículo 18.2 CE, la presente disposición de la LGT (60) debe esti-

---

(58) Se corresponde a este artículo el 39 del Real Decreto 939/1986, de 25 de abril (B.O.E. núm. 115, de 14 de mayo; corrección de errores en el *Boletín Oficial del Estado* número 183, de 1 de agosto), por el que se aprueba el Reglamento General de Inspección de los Tributos, que dice lo siguiente:

«1. La Inspección de los Tributos podrá entrar en las fincas, locales de negocio y demás establecimientos o lugares en que se desarrollen actividades o explotaciones sometidas a gravamen, existan bienes sujetos a tributación o bien se produzcan hechos imponibles o exista alguna prueba de los mismos, siempre que lo juzguen conveniente para la práctica de cualesquiera actuaciones y, en particular, para reconocer los bienes, despachos, instalaciones o explotaciones del interesado, practicando cuantas actuaciones probatorias conexas sean necesarias.

»2. Se precisará autorización escrita, firmada por el delegado o administrador de Hacienda territorialmente competente, o por el director general correspondiente, cuando la entrada y reconocimiento se intenten fuera del horario usual de funcionamiento o desarrollo de la actividad o respecto de fincas o lugares donde no se desarrollen actividades de la Administración pública o bien de naturaleza empresarial o profesional.

»La misma autorización será precisa cuando el interesado o la persona bajo cuya custodia se encuentren las fincas se opusieren a la entrada de la inspección, sin perjuicio, en todo caso, de la adopción de las medidas cautelares que procedan. Los interesados deberán siempre, sin más trámite, permitir el acceso de la inspección a sus oficinas donde hayan de tener a disposición de aquella durante la *jornada laboral aprobada para cada Empresa* su contabilidad y demás documentos y justificantes concernientes a su negocio. Del mismo modo, los jefes de las unidades administrativas correspondientes permitirán el acceso de la inspección a los registros, despachos, dependencias u oficinas de entes integrados en cualesquiera Administraciones públicas.

»3. Cuando la entrada y reconocimiento se refieran al domicilio particular de una persona física será precisa la obtención del oportuno mandamiento judicial, si no mediare consentimiento del interesado. Si la misma finca se destina a casa-habitación y al ejercicio de una actividad profesional o económica con accesos diferentes y clara separación entre las partes destinadas a cada fin, se entenderá que la entrada a las habitaciones donde se desarrolle una actividad profesional o económica no lo es al domicilio particular.

»A estos efectos, se considerará domicilio particular no sólo la vivienda que sirva de residencia habitual a una persona física sino, asimismo, cualquier vivienda o lugar que sirva efectivamente de morada.

»4. Se considerará que el interesado o el custodio de las fincas prestan su conformidad a la entrada o reconocimiento cuando ejecuten los actos normalmente necesarios que de ellos dependan para que aquellas operaciones puedan llevarse a cabo. No obstante, cuando la entrada y reconocimiento se refieran a un domicilio particular se requerirá *expresamente* del interesado si consiente el acceso, advirtiéndole de sus derechos.»

(59) Matizadas todavía más en el número 3 del artículo 39 del Reglamento General de la Inspección de Tributos transcrito en la nota anterior.

(60) Como la del artículo 39 del Reglamento General de la Inspección de Tributos.

marse inconstitucional (61) salvo, precisamente, en lo que dice sobre entrada en domicilios particulares. Ello es así —a partir de la referida premisa— porque ni esos casos puede identificarse (según lo antes dicho al respecto) con alguno de los «permitidos por las leyes» a que alude (como elemento negativo del tipo) el artículo 191 del CP, ni tampoco con alguna de las causas de justificación de posible aplicación en esta materia, ni por último en tales casos dicho precepto exige la resolución judicial previa impuesta por el artículo 18.2 CE.

\* \* \*

Como antes decía, otra de las modificaciones operadas en 1870 —que también habría de permanecer— respecto a lo establecido por los precedentes Códigos penales, consistió en abandonar en la descripción típica del delito de violación del domicilio el verbo «allanar» —para denotar la conducta incriminada— y sustituirlo por el de «entrar en el domicilio». De no haberse llevado a cabo tal variación, posiblemente no habría surgido el interrogante en torno a sí, además de la entrada propiamente tal, el tipo admite como forma de realización la de que el sujeto activo se mantenga o permanezca en el domicilio contra la voluntad del titular del derecho, tras haber accedido al mismo merced al válido consentimiento que dicho titular prestó inicialmente.

Y, sin embargo, en la referida variación de la fórmula típica no puede hallarse más voluntad innovadora que la de adaptar el texto del Código Penal a la terminología constitucional del momento. Efectivamente: mientras las constituciones de 1812 (art. 306), 1837 (art. 7.º) y 1845 (art. 7.º) proclamaron el derecho de los españoles a que su casa no fuese «allanada», los Códigos penales de 1822 (art. 243, 4.º), 1848 (art. 290) y 1850 (art. 299) incriminaron la conducta de los funcionarios públicos que «allanasen» la casa de los españoles (CP de 1822) o de cualquier persona (Códigos de 1848 y 1850). Es de destacar que en tanto las constituciones y los Códigos penales emplearon estos términos, ni en unas ni en otros se hizo referencia al «registro» de la casa. Cuando las constituciones de 1869 (art. 5.º), 1876 (art. 6.º), 1931 (art. 31, párrafo cuarto), el Fuero de los Españoles (art. 15) y la Constitución de 1978 (art. 18.2) se han referido a «entrar en el domicilio» y han proscrito el «registro» ilegal de los mismos, los Códigos penales de 1870 (art. 215 a 217), 1932 (art. 205), 1944 (art. 191) y el actual (art. 191) han tipificado el comportamiento del funcionario público

---

(61) No así, en cambio, el artículo 130 de la propia LGT que exige la autorización previa del juez de paz. *Vid.* respecto a las competencias de éste el artículo 100 LOPJ.

En relación con el artículo 18 de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, modificada por la L.O. 10/1983, de 16 de agosto, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios, referido al acceso a diferentes locales por parte de los miembros de la Comisión de Vigilancia de las Infracciones de Control de Cambios en cumplimiento de sus cometidos investigadores, dado que remite la regulación de las entradas en cualquier lugar cerrado a la LECr., debe ser objeto de las mismas observaciones que respecto al artículo 553 de este cuerpo legal he hecho anteriormente.

que «entrare» en domicilio y, en su caso, practicara en el mismo el «registro» de papeles y efectos.

La cuestión es entonces si en cada uno de estos dos momentos históricos se estaban diciendo, tanto en el ámbito constitucional como en el de la legislación penal, realmente cosas distintas o de diferente alcance. A este respecto la lógica más elemental conduce a dar una respuesta negativa: aunque la terminología variara, el derecho proclamado constitucionalmente y penalmente protegido frente a los abusos estatales ha permanecido siempre uno y el mismo.

Es interesante reparar en que el principal argumento (aparte el de acoger el más estricto sentido literal en la interpretación de lo que sea «entrar») en contra de admitir la tipicidad, a los efectos del artículo 191 del CP, de la permanencia de los funcionarios en domicilio ajeno contra la voluntad del titular del derecho tras haber penetrado consentidamente en aquél, proviene de trazar un paralelismo sistemático de dudosa consistencia si se examina desde la perspectiva histórica.

Dicho paralelo es el que se establece entre el artículo 191 del CP y el concomitante delito de allanamiento de morada del 490. Mientras en el primero se habla tan sólo de la acción de «entrar» en el domicilio —se dice—, en el segundo se incrimina, además, el comportamiento de quien sin habitar en la morada «se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador». De donde se infiere que el artículo 191 del CP, a diferencia del 490 del mismo cuerpo legal, presenta una laguna de tipicidad por lo que al «mantenerse» en el domicilio respecta. Esta conclusión se asentaría en la lógica de un viejo brocardo: si en un caso la ley distingue y en otra no, «donde la ley no distingue no es dado distinguir al intérprete». Con ello se olvidarían, sin embargo, dos cosas:

Primera, que las incriminaciones del artículo 191 (como las de sus precedentes hasta el CP de 1870 inclusive, así como las declaraciones al respecto de las constituciones correspondientes a esos códigos) no son ajenas a toda manifestación del «mantenerse» en el domicilio. Pues, si bien se castiga inicialmente el «entrar» en el mismo, asimismo se tipifica el «registro» in consentido de papeles y efectos que en él se hallaren; registro que inexorablemente demanda el mantenimiento, sin o contra la voluntad del titular del derecho, del sujeto activo en el domicilio. En vía teórica entre la entrada en el domicilio y la específica forma de mantenerse en él que implica el registro acabado de aludir, se puede hipotetizar una gran diversidad de situaciones que también supongan la permanencia, tras lícita entrada, en el domicilio. Pero en la práctica el número de esas situaciones será realmente reducido. Con todo, en la medida en que las mismas pueden subsistir, cabe denunciar todavía la laguna de tipicidad. Aunque, desde luego, ya no en los términos generales con que la doctrina suele hacerlo, dado que la más grave y frecuente forma en que los funcionarios públicos se mantendrían en el domicilio (aquella que se deriva del registro que en él practiquen) sí se encuentra incriminada.

Segunda —y fundamentalmente— el peculiar origen histórico tan-

to de la pretendida ampliación típica del delito común de allanamiento de morada, cuanto del que pudiera estimarse «olvido» de llevar a cabo una similar operación ampliatoria de la tipicidad correspondiente al delito especial de violación del domicilio.

En relación con el delito de allanamiento de morada (art. 490 del CP actual), circunscrito en los Códigos penales de 1848 y 1870 también al «entrar» en morada ajena, fue el artículo 688 del CP de 1928 el que introdujo, junto a esa modalidad típica, la de «mantenerse» en la morada contra la voluntad de su morador. No realizó, en cambio, una similar modificación en el tipo del delito de violación del domicilio cometida por funcionario; la razón de ello (en su caso) es elemental y queda ya apuntada: el CP de 1928 dejó en vigor al de 1870 en esta materia como en otras que se pensaban regular mediante leyes especiales; lo que no llegó a suceder. El CP de 1932 retrotrajo la redacción de ambos tipos a la de 1870 (con las supresiones ya señaladas de los artículos 216 y 217 de éste último), redacción que (con las modificaciones antes indicadas, que no afectaron al presente extremo) mantuvo el CP de 1944. Fue la Ley de 7 de abril de 1952 la que reintrodujo la variación operada en 1928 y dio al artículo 490 del CP (sin retocar por el contrario el 191) la conformación que todavía tiene. La Ley de 1952 explicaba así la mutación que realizaba: «... la forma pasiva de esta figura delictiva regulada por el Código español de 1928 ha desaparecido de nuestra legislación sin explicación plausible, puesto que tal delito se comete tanto por la resistencia que oponga una persona a salir del domicilio ajeno cuando al efecto lo requiera el dueño de la casa, como por el ingreso arbitrario en ella».

Si se considera bien el anterior proceso histórico, todo se vuelven preguntas a las que pueden darse tanto unas como las contrarias respuestas: ¿de haberse materializado la pretendida regulación especial de la violación del domicilio que se pensó en 1928, se habría reformado este delito de manera pareja a la ampliación del allanamiento de morada?, ¿se habría considerado, por el contrario, innecesaria tal reforma en vista de la tipicidad del «registro» o en atención a ser factible una interpretación no gramaticalmente rigorista de la expresión «entrar»? ¿habida cuenta la modificación del allanamiento de morada que se efectuó en 1952, de ella cabe inferir un olvido respecto a la precisión de ampliar también la violación del domicilio?, ¿cabe pensar, inversamente, que si en 1952 no se varió la violación del domicilio, ello responde a que se estimó innecesario por advertirse tanto la tipicidad del «registro» como la posibilidad de entender la acción de «entrar» de forma no inexcusablemente literal? Las preguntas podrían multiplicarse inmiscuyendo otras variables (así, por ejemplo, la posible diferencia entre domicilio y morada, la diversidad típica que representa la exigencia, en el allanamiento, de entrar «contra la voluntad del morador» frente a la más laxa demanda, en la violación del domicilio, de entrar «sin el consentimiento» del titular del derecho). Las respuestas podrían igualmente ser muchas y, en gran cantidad de ocasiones, incluso contrapuestas y sin embargo fundadas.

Con lo anterior quiero, en definitiva, poner de relieve que nada de-

terminante puede extraerse del argumento sistemático consistente en comparar las tipicidades del allanamiento de morada y de la violación del domicilio. Y que, por tanto, antes de que, simplemente, por la fuerza aparente de esa comparación se concluya que hay un defecto en el tipo del segundo de estos delitos (siquiera haya de matizarse en consideración a la tipicidad del «registro»), es menester intentar una hermenéutica del artículo 191 del CP a la luz de sus fundamentos propios, generadores de modos de interpretación más convincentes.

Es el primero de ellos uno ya apuntado: la permanencia en el tiempo, a través de las distintas constituciones, de la proclamación de un mismo derecho fundamental establecedor de idéntica garantía jurídico-política: el derecho a la intimidad y la garantía de la inviolabilidad del domicilio. Ante tal igualdad de las normas supremas, no cabe admitir una magnitud distinta en el núcleo de las correspondientes protecciones penales del mismo interés. Lo que significa, a mi juicio, que la tutela penal de ese bien jurídico ha tenido la misma extensión típica cuando el respectivo Código Penal (en consonancia con la Constitución correlativa) hablaba de «allanar», que cuando han incriminado la «entrada» y «registro». Claro que para sostener tal punto de vista es preciso no identificar la conducta de «entrar» con la de, simplemente, trasponer un cierto umbral físico: «entrar» en el domicilio ajeno, en el sentido del tipo del artículo 191.1 del CP, es lo anterior cuando se practica sin el consentimiento del titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio (y sin que concurra alguno de los «casos permitidos por las leyes») y, además, es permanecer en el domicilio en contra de la voluntad de ese mismo titular desde el mismo momento en que dicha voluntad contraria se ha puesto de manifiesto (siempre que tampoco concurra alguno de los referidos casos de permisión legal).

Un segundo argumento que, a partir de considerar el anterior, abunda en la validez de la anterior línea interpretativa, queda igualmente reseñado. Me refiero al entendimiento del derecho a la inviolabilidad del domicilio patrocinado por la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de febrero de 1984 —antes parcialmente transcrita—, que en ella se sostiene pese a que también el artículo 18.2 CE hable —como el 191 del CP— de «entrada» (y «registro») en el domicilio ajeno. Recordemos lo afirmado por dicho Tribunal en esa resolución:

«...a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones, incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos».

Así las cosas, una de dos: o el artículo 191 del CP es, también por esta causa, inconstitucional (de nuevo por omisión) al ofrecer una la-

guna de tipicidad por lo que a determinados casos de «mantenimiento» en el domicilio ajeno se refiere, o debe (y puede) interpretarse la expresión «entrare en el domicilio» de manera tal que dicha laguna quede cubierta. De entre estas dos opciones me quedo con la segunda.

Por lo demás la solución de intentar subvenir la pretendida laguna de tipicidad mediante el recurso a los artículos 194, 490 ó 496 del CP, presenta aquí los mismos inconvenientes que ya vimos suponía respecto a la desprotección de la inviolabilidad del domicilio de los extranjeros que se encuentren en España. Las dificultades que estos artículos ofrecen para rellenar, en todo caso, ambas lagunas, pueden llevar a aconsejar prácticas sorprendentes: así, el extranjero que vea invadido ilegítimamente su domicilio por funcionarios públicos o el español o extranjero que vea desatendida su lícita voluntad contraria a la permanencia de tales funcionarios en su domicilio (una vez consentida la entrada de los mismos en él), lo mejor que puede hacer para evitar la impunidad de esos sujetos por su comportamiento atípico a los efectos del artículo 191 del CP, es resistirse frente a ellos de manera tal (lo que hará conforme a Derecho dada la agresión de que es objeto: y aquí vuelve a plantearse lo que haya de entenderse por «entrada» en el sentido del artículo 8.4, 1.º del CP) que provoque la reacción violenta de los funcionarios: a partir de ese momento resultará ya plenamente aplicable el artículo 496 del CP. Antes que esto el más común de los sentidos jurídicos parece aconsejar una —perfectamente viable según se ha visto— interpretación más amplia de lo que sea «entrar» que la ordinariamente patrocinada en doctrina.