

EL CONCEPTO DE DELITO FLAGRANTE EN EL REGISTRO DOMICILIARIO

JOSE ZARZUELO DESCALZO

Magistrado suplente de la Audiencia
Provincial de Valladolid

EL artículo 18-2º de la Constitución Española consagra como derecho fundamental de todo ciudadano la inviolabilidad de su domicilio como lugar en que desarrolla lo más íntimo de su actividad vivencial, y sólo invadible en los casos excepcionales contemplados en el propio precepto citado que autoriza la entrada en domicilio ajeno sólo en tres supuestos: consentimiento del titular, autorización judicial y caso de flagrante delito.

Se hace preciso determinar un concepto de flagrancia aplicado al delito. Contamos con un concepto tradicional recogido en el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su redacción originaria, que pese a que ya ha desaparecido de nuestra Ley Procesal la definición puede tener utilidad para precisar el concepto que nos ocupa.

El citado artículo 779 refería este concepto a los casos en que se estuviere cometiendo el delito o se acabare de cometer cuando el delincuente o delincuentes fueran sorprendidos, añadiendo el párrafo siguiente que "se entenderá sorprendido en el acto no sólo el delincuente que fuera cogido en el momento de estar cometiendo el delito, sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durara o no se suspendiera mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persigan". Por último se recogía que también se considerará delincuente in fraganti aquél a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido el delito con los efectos o instrumentos que infundan la vehemente sospecha de su participación en él.

Es decir, para que haya delito flagrante

tiene que sorprenderse al delincuente cuando está cometiendo el delito, o inmediatamente después en relación tal con el objeto o los efectos utilizados en su realización que ello sea una prueba de la existencia del delito y de la intervención del delincuente en el mismo.

Es el delito que no necesita prueba dada su evidencia porque se está ejecutando o acaba de suceder cuando el autor es detenido; estas connotaciones de la flagrancia, evidencia del delito y urgencia de la intervención policial están presentes en el concepto ínsito en el artículo 18.2 de la norma fundamental que no sólo tutela como fundamental el derecho a la inviolabilidad de domicilio, sino que al establecer con carácter rigurosamente taxativos los supuestos en que la entrada y registro en un domicilio pueda realizarse —consentimiento del titular, resolución judicial, o flagrante delito— viene a identificar el objeto del derecho: la inviolabilidad del domicilio, y su contenido propio: facultad de rechazo del titular frente a toda pretensión ilegítima de entrada.

Si la definición de delito flagrante recogida en el anterior artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no persiste en su actual redacción es evidente que es preciso mantener ese concepto de delito flagrante, dado que se sigue haciendo uso de él. La exigencia de urgente intervención para poner fin a la anómala y grave situación de delito y la facilitación de su prueba determinan la dispensa de exigencias o protecciones como ocurre con la posibilidad de la inmediata detención de quien sea sorprendido en flagrante delito —art. 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal—, la posibilidad de detención de Diputados y Senadores en caso de flagrante delito como excepción de la inmunidad que los protege como regla general —art. 72.1^º CE—, y la posibilidad igualmente de admitirse una excepción a la protección constitucional de inviolabilidad de domicilio en caso de delito flagrante —art. 18.2^º CE.

La existencia de la situación de flagrancia que excusa conforme al artículo 18.2^º de la Constitución Española del mandamiento judicial habilitante, y que permite entrar en domicilio ajeno sin el consentimiento del titular y sin resolución judicial que lo autorice en los

casos de flagrante delito, constituyen una excepción al contenido de un derecho fundamental; por ello la aplicación de esta excepción y el mismo concepto de delito flagrante han de ser objeto de interpretación restrictiva en aras del máximo respeto posible al derecho fundamental, debiendo concurrir una serie de requisitos **sine qua non** para poder admitir la excepción a la regla que pueden sintetizarse del siguiente modo:

1^º **Inmediatez temporal**, es decir, que la acción delictiva se esté cometiendo o acabe de desarrollarse en el momento en que se sorprende o percibe.

2^º **Inmediatez personal**, consistente en que el delincuente se encuentre en el lugar del hecho en situación o relación con aspectos del delito —objetos, instrumentos, efectos o evidencias materiales del mismo— que proclamen su directa participación en la ejecución de la acción delictiva.

3^º Pero estos dos requisitos no son suficientes a los efectos que aquí examinamos para justificar la entrada de la policía en el domicilio de un particular, cuando no hay consentimiento del titular ni autorización judicial ha de concurrir otro requisito más, esto es, que haya una **necesidad urgente** que justifique el que los funcionarios actuantes se vean impelidos a intervenir inmediatamente con la intención de poner fin a la actividad delictiva con la detención de los partícipes en el hecho punible y, en su caso, con la consiguiente aprehensión de los efectos del delito; necesidad urgente que ha exigirse con singular rigor a fin de dar la mayor protección posible al derecho fundamental de inviolabilidad del domicilio, de modo que si dadas las circunstancias del caso concreto hay posibilidad de acudir al Juzgado para obtener la correspondiente autorización judicial así habrá de hacerse, dejando reducida en estos supuesto la intervención policial por su propia autoridad —art. 553 de la LECrim— a los casos en que las circunstancias así lo impongan a los fines de sorprender a los delincuentes infragante para así poner fin a su actividad delictiva, proceder a su detención y, en su caso, a la consiguiente aprehensión de los efectos del delito.

En este sentido la STS de 4 de marzo de 1994 (PONENTE SR. MARTIN CANIVELL) aplicando el último de los requisitos exigibles en cuanto a la entrada en domicilios en caso de flagrante delito, como excepción que es de la regla general, apreció su concurrencia al supuesto de autos en que los policías nacionales que se disponían a practicar el registro domiciliario sin la concurrencia de Secretario Judicial —acompañados de dos policías municipales cuyo testimonio ha de estimarse válido— se apercibieron todos los que se disponían a entrar, tras la advertencia hecha por una de las acusadas que estaba en el exterior de la vivienda y alertaba con sus voces antes de abrir a la que estaba en el interior para que se deshiciera de la droga, y otro acusado que simultáneamente dificultaba la utilización de la llave para abrir la puerta de entrada, que la tercera acusada en el interior de la vivienda se dedicaba a hacer desaparecer por los desagües del WC y del lavabo con la mayor celeridad que le era posible unas sustancias que los policías sospecharon se trataba de drogas, reconociendo en este hecho la citada Sentencia se dan las circunstancias de una situación de flagrante delito, afirmando que los policías que realizaron el registro se encontraron en circunstancias que les permitían obrar con la urgencia que requería la posible desaparición, si no intervenían, de los efectos de delito, cautela que necesariamente ha de exigirse en el caso de delitos que, como los de tenencia de drogas tóxicas, o estupefacientes o de sustancias psicotrópicas para dedicarlas al tráfico, son delitos de tracto sucesivo cuya consumación se prolonga temporalmente mientras dura la posesión, y obraron así los policías deparando legítimamente la actividad de simple búsqueda de droga que pretendían inicialmente.

Al respecto merece especial consideración el delito de posesión de drogas tóxicas para el tráfico por tener unas especiales características que le hacen menos apto, aunque no lo imposibilitan, para la aplicación al mismo del concepto de delito flagrante a los efectos de permitir la entrada en domicilio de un particu-

lar sin su consentimiento y sin autorización judicial.

Y así la STS de 29 de marzo de 1990 afirmaba que desde el momento en que tales infracciones quedaron consumadas por la tenencia ilegal de la droga, preordenada a tráfico, ya no requieren normalmente ninguna intervención urgente, al menos que no pueda esperar el tiempo preciso para obtener el oportuno mandamiento judicial. Por tanto la urgencia es de difícil justificación porque la infracción se ha consumado, o la lesión al bien jurídico abstracto se ha producido ya. Queda en pie entonces únicamente la posibilidad de una intervención urgente e imperiosa en aquellos casos en los que los efectos del delito, sus consecuencias y daños, presumiblemente aumenten de futuro seguido.

Como los delitos de tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para dedicarlas al tráfico son delitos de tracto sucesivo, que se consuman instantáneamente, aunque la consumación se prolonga temporalmente mientras dura la posesión con intención de transmitir las a terceros, el último requisito de necesidad urgente debe estar rodeado de toda cautela para evitar dar validez a intervenciones que pudieran esperar a contar con la autorización judicial, de tal modo que para que esta última modalidad sea admisible es preciso que la intervención sea absolutamente necesaria en su urgencia porque de otro modo se presente como evidente la desaparición de los agentes del delito o la destrucción u ocultación de los objetos o instrumentos del mismo.

Pero en ocasiones se presentan situaciones extremas que exigen una rápida actuación a fin de permitir la detención de los delinquentes y la ocupación de los efectos del delito. Y así la S de 2 de julio de 1993 recoge un supuesto en que esto ocurrió; como consecuencia de informaciones recibidas, la Guardia Civil montó un dispositivo de vigilancia para detener a varias personas de nacionalidad turca por medio de un agente encubierto que se puso en contacto con dos de los procesados de nacionalidad paquistaní que le propusieron venderle una cantidad de heroína, llegando los tres turcos al piso que

constituía el domicilio de los dos paquistaníes en un coche con un kilogramo de heroína, subieron dos de los turcos al domicilio de los dos paquistaníes, quedando el tercero abajo para vigilar la droga que se hallaba en el vehículo, y tras bajar uno de los dos turcos, éste cogió la heroína, se la dio al que estaba abajo y los dos la subieron al piso; volvió a bajar el tercer turco, y luego de examinada arriba la droga, lo hizo el referido agente encubierto, acompañado de otro de los turcos diciendo que iba a por la cocaína para cambiar por la heroína conforme habían concertado; ya en la calle los Guardias Civiles que cubrían la operación detuvieron a los dos turcos, al que había bajado con el agente y al que lo había hecho antes, y es entonces cuando la Guardia Civil decide detener a los otros tres sujetos que habían quedado arriba, la pareja de paquistaníes y el otro turco, así como aprehender el kilogramo de heroína que había quedado sobre la mesa del salón, lo que efectuaron sin obstáculo alguno, pues las puertas fueron abiertas al llamar al portero automático el mencionado agente que aún continuaba en su papel simulador.

Como conclusión de lo expuesto, la Sentencia de 2 de julio de 1993 señala que el concepto de delito flagrante a los efectos del artículo 18.2º de la CE y del correlativo 533 de la LECrim, delimitado por los tres requisitos antes examinados: inmediatez temporal, inmediatez personal, y necesidad urgente que justifique la intervención, concurre en el caso de autos y así no hay duda respecto de la inmediatez temporal y personal, se hallaban en el interior de la vivienda unos sujetos en posesión de un kilogramo de heroína con destino al tráfico, y por lo que respecta al tercero de los requisitos, las circunstancias respecto de la detención de los otros compañeros, hicieron conveniente sorprender rápidamente a los que se encontraban en la vivienda, consiguiendo de este modo la ocupación de una importante cantidad de droga; en tal situación, dirá la citada Sentencia, no se podía esperar acudir al Juzgado para obtener la resolución correspondiente que les autorizara a entrar.

Y así se entiende que el artículo 18.2º de la

CE y el artículo 553 de la LECrim, al prever el caso de delito flagrante como causa de justificación para entrar en el domicilio de un particular sin el consentimiento de éste ni autorización judicial, ampara situaciones como la aquí expuesta, en que es clara la necesidad urgente de intervenir para sorprender a unos delincuentes con el objeto de su delito y así poder aprehenderlos evitando los daños que una actuación tardía podía haber producido por su ocultación y el posible desvío de la droga a otro lugar con el consiguiente riesgo para la salud pública.

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 20 de julio de 1993, en donde los hechos probados patentizan la existencia de un delito flagrante porque cuando los agentes policiales se dirigían a la chabola en que se encontraban los acusados uno de ellos, situado fuera y en las cercanías, se precipitó hacia el interior con la finalidad de indicar a la otra acusada que debía hacer desaparecer la droga objeto del delito tirándola, lo que procedieron a efectuar ambos seguidamente, recibiendo parte de ella contra su cara uno de los agentes cuando entraba en la chabola; había pues inmediatez temporal en la comisión de los hechos, inmediatez personal respecto a sus agentes, y necesidad de intervención policial inmediata y urgente si se quería evitar con la desaparición o destrucción de la droga objeto del delito.

Conviene hacer en este punto una breve referencia a la **distinción entre delito flagrante y sospecha de la existencia de un posible delito**, y así el núcleo del concepto de flagrancia en cuanto evidencia del delito, en el sentido de ser perceptible para cualquiera, no precisa otra prueba de su ejecución que el propio hecho de haber sorprendido al delincuente en tales circunstancias. De ahí que no se dé tal concepto, porque no hay evidencia, cuando únicamente concurren sospechas de su existencia, las que precisamente se pretenden confirmar o rechazar con el registro. De ahí que no existe delito flagrante si se actúa únicamente por importantes sospechas.

Este concepto material de la flagrancia aparece reforzado por la Sentencia del Tri-

bunal Constitucional de 18 de noviembre de 1993 la que, al declarar inconstitucional el artículo 21.2º de la LO 1/92, de 21 de febrero sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, señala como notas de la flagrancia la evidencia del delito y la urgencia de la intervención judicial, y niega que pueda asimilarse a tal evidencia el conocimiento fundado o la constancia, y por tanto menos aún la sospecha, aunque sea igualmente fundada, de la existencia del delito que en cuanto no integran necesariamente un conocimiento o percepción evidente van notoriamente más allá de aquello que es esencial o nuclear en la situación de flagrancia.

Así la Sentencia de 21 de abril de 1994 considera la inexistencia de delito flagrante el supuesto de autos que exigió para comprobar su existencia el arduo registro de un vehículo, hasta dar con la droga que se presume se encuentra escondida en el mismo, pero cuya existencia o se percibe "ab initio" de un modo sensorial y evidente, sospechándose únicamente, con todo el fundamento que se quiera pero sólo en base a indicios y conjeturas, su existencia.

Parece también conveniente en este momento delimitar los **conceptos de flagrancia y delito provocado**, y la ilicitud de la flagrancia delictiva si es provocada. Para ello se partirá de la doctrina y antecedentes citados en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1994. La doctrina del delito provocado sostiene que es sólo aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de un agente que, deseando conocer la propensión al delito de una persona sospechosa y con la finalidad de constituir pruebas indubitadas para que lleve a cabo su conducta, simulando primero allanar el "iter criminis" y obstruyéndolo finalmente, suele conseguir la detención del inducido y la obtención de pruebas que se juzgan directas e inequívocas. Dicha doctrina no ha sido pacífica en cuanto a la figura del agente provocador, y así cierto sector doctrinal ha propugnado su prohibición en cuanto tal actuación choca frontalmente con los principios inspiradores del Estado de Derecho y supone desconocer la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y

donde se eleva la categoría de principio fundamental el respeto a la dignidad de la persona y a su libertad, lo que se plasma y traduce en su espontánea determinación, vedando tanto las formas coactivas de la voluntad ajena, como las engañosas y torticeras, aunque todas ellas se dirijan al descubrimiento y castigo de los delitos.

Si bien el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal atribuye a la Policía la averiguación de los delitos públicos y la práctica de las diligencias para su comprobación, así como el descubrimiento de los delincuentes y la recogida de efectos, instrumentos o pruebas con la finalidad de ponerlas a disposición del Juez de Instrucción, ello lleva implícito que tal actuación policial ha de ser conforme con la Constitución y la Ley y no puede por ello utilizar en su actividad y trabajo medios ilícitos o reprochables entre los que se encuentran los tendentes a la provocación del delito cualquiera que sea su finalidad perseguida.

Y así en la Sentencia citada se resume que se admite la figura expresada del agente provocador cuando no existe quebranto para el principio de la legalidad, lo que acontece cuando se trata de descubrir delitos ya cometidos, generalmente de tracto sucesivo, como suelen ser los de tráfico de drogas, porque en tales casos los agentes no buscan la comisión del delito, sino poner al descubierto los canales por los que fluye y se realiza tan ilícito tráfico —Sentencia de 17 de noviembre de 1992—, o sea, cuando tan sólo se pretende la probanza del delito realizado —Sentencia de 27 de noviembre de 1992— y cuando la proposición parte del propio autor del delito, aunque lo haga con la creencia errónea de que las propuestas estarían dispuestas a su comisión, pues en tal caso la resolución criminal es libre y la iniciación del "iter criminis" a través de aquella proposición arranca de una decisión voluntaria del propio autor y por ello debe ser punible —Sentencia de 22 de diciembre de 1992.

La ilicitud del denominado agente provocador y su carencia de virtualidad probatoria se apoya en el elemento culpabilístico necesario en todo delito o falta, y esto no existe cuando

la acción no se realiza de una manera voluntaria, o sea, cuando tal voluntad está viciada desde el principio debe entenderse como inexistente. A la luz de tal doctrina, en la Sentencia de 22 de junio de 1994 se afirma no puede estimarse como delito provocado, cuando conocedores los agentes policiales que en una concreta casa se vendía heroína, para comprobar tal extremo uno de los funcionarios pidió una papeleta que le vendieron los acusados; hasta tal momento no aparece inducción, invitación o provocación extraña que determinara la actuación delictiva, sino el descubrimiento y comprobación de una actividad ilícita. Dada la esencial bilateralidad de la compraventa manual, dicha pluralidad subjetiva de la contraposición de comprador-vendedor no determina incitación cuando el traficante tiene la sustancia para su enajenación, la actividad de los vendedores no se induce o determina, sino únicamente se hace aflorar y sacar a la luz. Pero si la actuación de los agentes va más allá, como en el caso de autos, en que pidiendo a uno de los acusados la rebaja del precio de la papelina, él mismo contestó negativamente, diciéndole que el precio era ése, y que si no se fuera a una determinada vivienda; siguiendo el registro domiciliario en la misma, la flagrancia ha sido provocada a efectos de realizar el registro domiciliario sin el preceptivo mandamiento judicial, y si no ha sido inducido a una conducta que en el acusado era espontánea, la venta de la droga, si ha sido provocada al señalar un domicilio, y hacer una declaración que ha desencadenado el registro.

Las connotaciones de evidencia del delito y urgencia de la intervención policial, necesarias en el concepto de flagrancia, y presentes en el artículo 18.2º CE no son suficientes en su conexión con la inviolabilidad de domicilio, y así puede existir una posible desconexión entre que el sujeto venda droga a un solicitante en el portal, con la existencia de tal sustancia en el domicilio.

Así pues, inducida la flagrancia, si ésta no surge de forma espontánea, sino provocada e incitada por la propia actuación policial, no integra el concepto sistemático, etimológico e histórico exigible de delito flagrante, sino

que la flagrancia delictiva ha sido provocada a efectos de realizar el registro domiciliario sin el preceptivo mandamiento judicial, con vulneración del artículo 18.2º CE, por lo que el registro será nulo.

Finalmente, cabe hacer referencia a aquellos supuestos en que con ocasión de practicarse un registro domiciliario en virtud de solicitud para la averiguación de un determinado delito, habiendo obtenido la Policía mandamiento judicial para la entrada y registro, se produce el **hallazgo casual** de objetos que demuestran otra actividad delictiva.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto ha sufrido ciertas oscilaciones, y así en SS como las de 28 de octubre de 1992 y 21 de enero de 1994 se defendía una tesis formalista de exigir la suspensión de la diligencia de entrada y registro practicada para recabar de la Autoridad judicial una nueva resolución que hiciese extensiva la autorización a la investigación de otros delitos presuntos; por contra en SS como las de 7 de junio de 1993 y 18 de febrero de 1994 la Sala consideró ajustada a derecho la condena por delitos comprobados por medio de una diligencia de entrada y registro destinada a la averiguación de hechos delictivos diferentes, aduciendo que tales pruebas hubieron podido ser obtenidas por medio de una diligencia idéntica con la sola mención del supuesto delictivo correspondiente.

Esta última parece ser en el momento actual la tesis predominante y así refiriéndose específicamente al delito flagrante la Sentencia de 28 de abril de 1995 (PONENTE SR. D. JUSTO CARRERO RAMOS) –interpuesto recurso por infracción de ley por el Ministerio Fiscal frente a la Sentencia de 21 de septiembre de 1994 dictada por la Audiencia Provincial de Santander que absolvía al acusado de un delito contra la salud pública, por haber estimado que el hallazgo en el registro domiciliario del interesado por la Policía de 69 bolsitas de heroína, aunque sea prueba directa de dicha tenencia, no puede surtir efectos procesales probatorios porque el mandamiento judicial expedido para dicha entrada y registro se acordó en virtud de solicitud alegando posibles indicios relacionados

con la tenencia de objetos y efectos procedentes de un delito de robo con intimidación, considerando que la Policía se extralimitó de la investigación objeto del mandamiento y que no cabe considerar desvirtuada la presunción de inocencia por pruebas ilegalmente practicadas-, la mencionada Sentencia del TS afirma que es cierto que el objeto del registro era para buscar objetos procedentes de un robo con intimidación, pero con ello la Policía entró ya legalmente a efectos constitucionales en ese domicilio, con lo que la garantía de su inviolabilidad no se ha infringido; pero es más, una vez que la Policía entró en el piso legalmente, aunque se admitiera la tesis rigorista -seguirá la citada Sentencia- de que no podía investigar otra presunta actividad delictiva que la que figuraba en el mandamiento, ello no quiere decir que tuviera que vendarse los ojos para no percibir el posible cuerpo o efectos de otro delito que allí se le pusiera de manifiesto. Cuando buscando útiles del robo la Policía encontró droga de grave daño para la salud, como es la heroína, dosificada en 69 bolsitas, los agentes se encontraron con un delito flagrante... No se puede exigir a la Policía que suspenda la entrada cuando se da esta circunstancia para solicitar un nuevo mandamiento, que automáticamente le sería concedido, exponiéndose a la fuga del responsable o la destrucción o desaparición del cuerpo del delito o de sus pruebas objetivas.

Se considera de esta forma que si el acto de entrada y registro domiciliario fue en su origen lícito, la concurrencia de la flagrancia de un hecho delictivo distinto al que dio origen a la entrada exceptúa del requisito formal de un nuevo mandamiento y de la protección de ese domicilio con aquella garantía.

* * *

Para la elaboración de este trabajo, además de las Sentencias mencionadas expresamente, se ha tomado referencia de las siguientes: SSTS 8-6-80, 8-6-84, 15-11-84, 9-10-87, 14-7-89, 27-2-90, 25-6-90, 10-12-90, 24-1-91, 5-2-91, 8-2-91, 20-2-91, 22-2-91, 21-3-92, 10-4-91, 3-5-91, 19-7-91, 12-9-91, 30-10-91, 5-11-91, 8-11-92, 17-11-92, 11-12-92, 14-12-92, 23-12-91, 6-2-93, 3-3-93, 23-4-93, 26-4-93, 28-4-93, 14-5-93, 10-6-93, 23-6-93, 2-7-93, 20-7-93, 30-9-93, 5-10-93, 13-10-93, 3-12-93, 10-12-93, 21-1-94, 4-3-94, 27-4-94, 30-5-94, 22-6-94, 9-7-94, 22-7-94, 3-10-94, 26-10-94, 5-12-94, 28-12-94, 20-1-95, 28-1-95, 31-1-95, 28-4-95.

SSTC 17 de febrero de 1984, 14 de marzo de 1991, 11 de noviembre de 1991, 18 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1994, 17 de febrero de 1994, 14 de marzo de 1994.