

LA LEY DE SEGURIDAD CIUDADANA: REFLEXIONES SOBRE ALGUNOS PUNTOS CONTROVERTIDOS (1)

Por

FEDERICO A. CASTILLO BLANCO

Profesor Asociado de Derecho Administrativo.

Doctor en Derecho.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: CUESTIONES PRELIMINARES AL EXAMEN DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS: A) *La justificación conceptual de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la Seguridad Ciudadana: el concepto de seguridad ciudadana.* B) *El modelo policial establecido en la Constitución y su eventual contradicción con la Ley de Seguridad Ciudadana.* C) *El fin social como causa limitadora de los derechos fundamentales.* D) *Las Leyes que desarrollan Derechos Fundamentales han de respetar su contenido esencial.* E) *Los convenios y tratados internacionales como fuente interpretativa de los Derechos Fundamentales.*—II. EL BINOMIO LIBERTAD-SEGURIDAD: LA RETENCIÓN DE INDOCUMENTADOS CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 20 DE LA LEY ORGÁNICA SOBRE SEGURIDAD CIUDADANA. A) *La dicotomía libertad y seguridad: el principio de proporcionalidad como parámetro referencial de actuación de las Fuerzas de Seguridad y la necesaria concreción legal de las medidas adoptadas.* B) *Las habilitaciones gubernativas contempladas en la Ley: del ordenamiento procesal-penal al administrativo.* C) *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el tema controvertido.*—III. LA INVIOLABILIDAD DE DOMICILIO Y EL DESARROLLO DEL ARTÍCULO 18.2 DE LA CONSTITUCIÓN. A) *La delimitación constitucional del concepto de domicilio y de su inviolabilidad.* B) *La configuración legal de las excepciones a la «inviolabilidad domiciliaria».* C) *El concepto de flagrancia y su traducción en la Ley de Seguridad Ciudadana: el «conocimiento fundado».*

I. INTRODUCCIÓN: CUESTIONES PRELIMINARES AL EXAMEN DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

- A) *La justificación conceptual de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la Seguridad Ciudadana: el concepto de seguridad ciudadana*

El artículo 104 de la CE asigna, como es sabido, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la misión de proteger el libre ejercicio

(1) La Ley de Seguridad Ciudadana contempla, junto a medidas que ya contemplaban otras leyes y que, por tanto, no añaden nada nuevo —Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Ley de Protección Civil, Ley de Extranjería, Leyes Reguladoras de los derechos de reunión y manifestación, Reglamentos del DNI y de Caza...—, diversos y variados puntos discutibles: la configuración de la identificación, el concepto de delito flagrante, la conceptualización de las sanciones administrativas, la regla del «solve et respete» que parece resurgir con la derogación del artículo 5.º de la Ley 62/1978, la propia ejecutividad de las sanciones administrativas... El presente estudio

de los derechos y libertades y de garantizar la seguridad ciudadana. Desaparece, pues, el tradicional concepto de orden público (2) como causa genérica habilitadora de un ejercicio indiscriminado de medidas restrictivas de la libertad y de los derechos de los individuos como misión de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y como concepto delimitador de competencias, siendo sustituido por el concepto de seguridad ciudadana. La actuación no deja de ser significativa en el legislador constituyente que apostaba, en ese decisivo momento, por un diseño constitucional de enorme respeto a los derechos fundamentales y para quien la noción de orden público, con todas las connotaciones de represión indiscriminada durante el régimen anterior, no satisfacía ni en el fondo ni en la forma las exigencias de configuración de un Estado social y democrático de Derecho.

No parece lícito, por consiguiente, tras el texto constitucional de 1978, la existencia de potestades sancionadoras genéricas ni una intervención administrativa en cualquier ámbito sin una precisa definición y unos límites proporcionales a la eventual transgresión. Fue GARCÍA DE ENTERRÍA quien, haciéndose eco de ello, señaló en forma expresiva que «esta interpretación del orden público está en abierta pugna con los principios constitucionales» para añadir más tarde que «la invocación de situaciones de peligro, y no de ruptura consumada, del orden público... deberá ser justificada en cada caso con datos concretos e inequívocos y no con simples afirmaciones apodípticas» (3).

Estos dos conceptos —seguridad ciudadana y orden público— son completados en nuestro Ordenamiento Jurídico por un tercero: la seguridad pública, concepto utilizado preferentemente por la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Una primera reflexión pone de manifiesto que, tanto en el texto constitucional como en los textos legislativos ordinarios, existe una absoluta imprecisión de los conceptos referidos anteriormente (4). Los mismos son utilizados en forma diversa y con significados también distintos (5).

simplemente pretende aportar un conjunto de reflexiones sobre algunas de las medidas contempladas en la Ley, concretamente la concepción de habilitaciones gubernativas para realizar prácticas tendente a la identificación y a la entrada en domicilio en caso de delito flagrante.

(2) Concepto que se utiliza, sin embargo, en otros artículos del texto constitucional: artículo 16 y artículo 21. Dicha recepción constitucional ha sido criticada por L. MARTÍN-RETORTILLO, «El orden público como límite al derecho de libertad religiosa», *Bajo el signo de la Constitución*, Inst. de Estudios de Administración Local, Madrid, 1983, pág. 298. El mismo autor ha puesto de manifiesto cómo, de alguna forma, la noción de orden público se encuentra presente en todas las regulaciones constitucionales. En torno a este último aspecto puede consultarse L. MARTÍN-RETORTILLO, *Notas para la historia de la noción de orden público*, «REDA», núm. 36, 1983.

(3) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Madrid, 1981, págs. 159 y ss.

(4) Al respecto pueden consultarse los trabajos de M. J. IZU BELLOSO, *Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978*, «REDA», núm. 58, 1988, y J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública*, «RVAP», núm. 27, 1990.

(5) En el debate parlamentario acontecido en el Congreso con motivo de la

Por otra parte, los conceptos referidos sirven de marco, de finalidad teleológica y de «leit motiv» a la regulación de la Ley Orgánica 1/1992, de Seguridad Ciudadana. Una aproximación a los mismos deviene así en imprescindible en orden a reflexionar en torno al alcance y constitucionalidad de la regulación contenida que, no debe olvidarse, se enmarca en una ley «contra los ciudadanos» en que podría convertirla una utilización abusiva de los formidables instrumentos en ella contenidos.

La noción de orden público ha sido debatida en los países de nuestro entorno, siendo quizás la doctrina alemana la que más se ha preocupado en profundizar sobre el significado del mismo (7); no obstante, la polémica en torno a su significado también ha estado presente en la doctrina española, italiana y francesa.

En general, la ciencia jurídica europea se ha debatido entre dos posiciones de la noción de orden público: una posición metajurídica, que identifica al orden público como «conjunto de reglas no escritas cuyo cumplimiento, según las concepciones sociales y éticas dominantes, se considera como condición previa indispensable para una convivencia próspera y ordenada dentro de la comunidad» (8); y, un sentido jurídico, que entiende que la concepción de orden público, en sentido metajurídico, corresponde a un tiempo en que el Ordenamiento Jurídico no había alcanzado aún una perfección técnico-jurídica suficiente, y que, por tanto, el orden público sólo puede ser concebido como un orden positivo (9).

Rechaza CARRO FERNÁNDEZ, al hilo de dichas reflexiones, que el concepto pueda ser integrado jurídicamente como concepto jurídico indeterminado (10) o como límite general de los derechos fundamentales que los

aprobación de la Ley ya se ponía dicha cuestión de manifiesto por algún grupo político, quien manifestaba —«Diario de Sesiones del Congreso», núm. 137, pág. 6584— que «hay una falta de definición clara de qué se entiende por seguridad ciudadana, equiparándola, en ocasiones, con la alteración del orden o con conceptos tan susceptibles de ser interpretados de manera subjetiva como puede ser el de tranquilidad ciudadana, sin que en caso alguno se haga referencia, por ejemplo, al peligro grave para las personas y las cosas...».

(6) Su preámbulo indica que «la protección de la seguridad ciudadana y el ejercicio de las libertades públicas constituyen un binomio inseparable, y ambos conceptos son requisitos básicos de la convivencia en una sociedad democrática», añadiendo que con la Ley «puede facilitarse y orientarse la tarea de proteger un ámbito de seguridad y convivencia en el que sea posible el ejercicio de derechos y libertades mediante la eliminación de la violencia en las relaciones sociales y la remoción de los obstáculos que se opongan a la plenitud de dichas libertades y derechos, todo lo cual entraña una de las principales razones de ser de las autoridades a que se refiere la presente Ley y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a sus órdenes».

(7) CARRO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 14 y ss., da cuenta detalladamente del estado actual de dicha discusión doctrinal. Más recientemente pueden destacarse en torno a la cuestión V. GÖTZ, «Allgemeines Polizei-und Ordnungsrecht», 10 Aufl., 1991; F. L. KNEMEYER, *Polizei-und ordnungsrecht*, 4 Aufl., 1991.

(8) Autores alemanes representativos de esta línea, un tanto tradicional, son MAYER, FRIAUF, WOLFF, KLEIN, KIRCHHOF, MARTENS...

(9) Fundamentalmente GÖTZ, DENNINGER, ACHTERBERG, PEINE, THIELE, HILL...

(10) Que, sin embargo, sí es considerado así por alguna jurisprudencia. Véase SSTs de 19 de noviembre de 1984, Ar. 6220, y 20 de junio de 1988, Ar. 4638.

convertiría, si así fuese, en una especie de derechos debilitados o intereses legítimos. Tampoco, añade el autor citado, es admisible aceptar la existencia de un orden público constitucional en el sentido de conjunto de valores subyacentes a la Constitución Española que justifique cualquier tipo de limitación de los derechos fundamentales.

No obstante, tras la Constitución de 1978, continúa argumentando este autor, el orden público sólo puede ser concebido como un orden positivo, esto es, un orden establecido por el Derecho y no por una difusa conciencia social que no tenga traducción concreta en normas jurídicas. Toda intervención limitadora de los derechos fundamentales, matiza CARRO, ha de estar perfectamente determinada por la ley (prevista constitucionalmente) y no justificada en base a una cláusula de orden público entendida como una habilitación general e indeterminada en favor de las autoridades policiales. El orden público no puede ser un límite implícito en cualquier derecho fundamental y cualquier posibilidad limitadora de éstos ha de venir específicamente prevista en el texto constitucional.

Junto a este concepto de orden público se aludió, unas líneas más atrás, a que la CE contempla la «seguridad ciudadana» como misión de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Respecto del mismo, opina CARRO, a quien seguimos en estas consideraciones, que ha de referirse a la protección de personas y bienes de acuerdo con el resto del ordenamiento jurídico; protección que naturalmente ha de conectarse con la naturaleza misma de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, lo que hace que dicha protección se lleve a cabo en el ámbito que le es propio, esto es, frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro (normalmente constitutivas de delitos o faltas) o calamidades públicas.

Por tanto, frente a la noción de orden público entendida como protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales (11) aparece el significado de seguridad ciudadana concebido como protección de las personas y bienes frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro o calamidades públicas (12).

Por último, junto a estos dos conceptos, orden público y seguridad ciudadana, surge asimismo un tercero: seguridad pública (13), que sólo es

(11) La STC 19/1985 aclara que «el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público». En idéntico sentido se pronuncia el TS quien, en Sentencia 20 de enero de 1989, Ar. 392, afirmaba que «el orden público se alcanza cuando cada ciudadano puede usar pacíficamente de sus derechos y libertades». De otro lado, en la Sentencia 27 de enero de 1987 reflexionaba que «tras la Constitución, la cláusula de orden público no puede encerrar otro interés que garantizar el orden público de las libertades».

(12) Noción que coincide en sus rasgos fundamentales con la mantenida por IZU BELLOSO, *op. cit.*, pág. 247, quien, no obstante, señala que el concepto de seguridad ciudadana mantiene un ámbito relativamente amplio. Dice así: «Contiene tanto actividad normativa (legislativa o reglamentaria) como de ejecución; de carácter preventivo y de carácter corrector o represivo; la actividad de los poderes públicos y también la de los particulares colaborando, voluntaria u obligatoriamente, con aquéllos».

(13) Aunque algunos autores entiende el concepto como sinónimo del de orden público, L. DE LA MORENA, *La seguridad pública como concepto jurídico indeterminado*:

utilizado constitucionalmente como concepto delimitador de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (14). Razón que avala su consideración como un concepto integrador de los anteriores (15).

En este sentido, la STC 33/1982, de 8 de junio, afirmó que en ésta última se incluye la actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad y orden ciudadano, y la STC de 18 de diciembre de 1984, avalando este carácter integrador que se está subrayando, incluye dentro del concepto a la protección civil.

Decíamos que importaba destacar la claridad y precisión de los conceptos que la Ley maneja y, básicamente, de uno, el que la sustenta: la seguridad ciudadana, a los efectos de comprobar si las medidas contenidas en la Ley se adecúan y respetan los mismos. Veámoslo.

El concepto de seguridad ciudadana —entendida como protección de personas y bienes frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro o calamidades públicas, de conformidad con el Ordenamiento Jurídico en adecuación a la naturaleza de estas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad—, ha encontrado respaldo constitucional en diversas declaraciones del Tribunal Constitucional. Concretamente, las SSTC 33/1982, de 8 de junio, 117/1984, de 5 de diciembre, 123/1984, de 18 de diciembre, 104/1989, de 8 de junio, etc., se refieren a su significación. De forma más reciente, la STC 55/1990, de 28 de marzo, afirma que

«el artículo 104.1 CE trata de asegurar la adaptación del sistema policial, de sus funciones y de sus principios básicos, al orden constitucional, subrayando en un plano positivo, y en la misma línea que el artículo 53 CE, la función de garantía de libertades y derechos fundamentales que también corresponden a la Policía, pero, al mismo tiempo, negativamente destacando que la actuación de la fuerza de la Policía debe respetar también y garantizar las libertades y derechos fundamentales de los ciudadanos»,

y añade a esta primera aseveración que corresponde a la Policía la protección de los derechos fundamentales. Resaltando que dicha protección lo es

«no sólo respecto de los ciudadanos afectados por una conducta que amenaza, obstaculiza o impide aquel libre ejerci-

su concreta aplicación a los traspasos de servicios en materia de espectáculos públicos, «RAP», núm. 109.

(14) En torno a ello es orientativa la consulta de FERNÁNDEZ FARRERES, *Sobre la distribución de competencias en materia de seguridad pública entre el Estado y las Comunidades Autónomas a la luz de la jurisprudencia de conflictos del Tribunal Constitucional*, «REDC», núm. 14, 1985.

(15) En la misma línea se manifiesta CARRO MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 22. Por su parte, IZU BELLOSO, *op. cit.*, págs. 250 y 252, aún señalando como sinónimos los conceptos de seguridad pública y seguridad ciudadana, incluye dentro de éstos el concepto de orden público.

cio, sino también respecto de los causantes de la amenaza, obstáculo e impedimento»

Pues bien, siguiendo el razonamiento precedente contenido en la sentencia, si este concepto de seguridad ciudadana en modo alguno comporta exclusión de derechos y libertades, sino, por el contrario, exige su tutela, parece del todo punto incomprensible que razones de «seguridad ciudadana», que connotan protección de derechos y libertades básicas, lleguen a traducirse en privación o menoscabo de tales derechos y libertades, sin la exigible proporcionalidad de toda medida represora.

La seguridad ciudadana, como bien jurídico protegible constitucionalmente, no goza, sin embargo, de la consideración de derecho fundamental y, por supuesto, tampoco tiene la consideración de principio superior a la libertad. La seguridad, en cualquier caso, es un principio instrumental al servicio de la libertad y no un pretexto para ser utilizada en su contra.

El Estado de Derecho, definido y delimitado constitucionalmente, no admite, desde nuestro punto de vista, poner la eficacia policial por encima del respeto absoluto, material y no sólo formal, de los derechos fundamentales, máxime si éstos se refieren a cuestiones tales como la libertad o la inviolabilidad domiciliaria (16).

Desde otro punto de vista, la Ley traspira una profunda desconfianza del Poder Ejecutivo frente al Poder Judicial (17), desconfianza que, como está advirtiendo la doctrina, no es nueva y se traduce en otros campos (18). Y esta razón, aparente desconfianza en el Poder Judicial, tampoco

(16) En este sentido, en el debate parlamentario, que tuvo en este caso buen nivel, el señor Trillo Figueroa —«Diario de Sesiones del Congreso», núm. 137, pág. 6570— manifestaba que «esas libertades son la primera frontera que se ganó frente al Estado absoluto y esas justas libertades son la última frontera que se cruza por un Estado democrático cuando se quiere degenerar en un Estado autoritario».

(17) En efecto, el debate de aprobación de la Ley estuvo plagado de intervenciones de los defensores de la Ley aludiendo a determinadas, a su juicio equivocadas, resoluciones jurisdiccionales que «parecían determinar» la necesidad de que acabar con el delito exigía trasladar los poderes del juez al poder policial. El argumento, sin perjuicio de otras consideraciones que podrían hacerse, podría llevarnos a dejar sin protección el sistema de derechos fundamentales.

(18) Me refiero concretamente a la «huida» del Derecho Administrativo y de los tribunales de su jurisdicción que están protagonizando, en algunos casos de forma escandalosa, servicios públicos del país mediante su transformación en empresas públicas. La doctrina está reaccionando con preocupación frente a ello y, así, tras un primer toque de atención de PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, parte General, Madrid, 1989, págs. 25 y ss., otros autores han puesto de manifiesto la sacralización de valores, protegidos constitucionalmente, claro es, pero no en perjuicio de garantías largamente aquilatadas en el Estado de Derecho. En este sentido, puede verse S. MARTÍN-RETORTILLO, *Las Empresas Públicas, reflexiones del momento presente*, «RAP», núm. 125, o PALOMAR OLMEDA, *Consideraciones generales sobre el sometimiento al Derecho Privado de la actividad administrativa*, «RICA», núm. 57. Ultimamente, S. DEL SAZ, «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional», en *Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo. Tres Estudios*, Madrid, 1992, pág. 103, pone de manifiesto: «Se pretende, en definitiva, so pretexto del pésimo funcionamiento de los tribunales de justicia y las desconfianzas que suscitan en estos últimos años, que las garantías o, lo que es lo

es buena consejera del diseño constitucional de relaciones entre los poderes del Estado en orden a la configuración de los derechos fundamentales.

En efecto, el modelo diseñado en la Constitución, siguiendo el modelo clásico de Estado de Derecho, atribuye la administración de justicia a los jueces y tribunales; la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público, al Ministerio Fiscal, y, por último, la averiguación del delito y el descubrimiento y aseguramiento del delincuente, a la Policía Judicial, dependiente de los Jueces y del Ministerio Fiscal. Tal diseño constitucional de colaboración entre distintos órganos del Estado parece ser ignorado por la Ley, que confía de forma fervorosa, con pía devoción podría decirse, en el Poder Ejecutivo como prácticamente el único actor de la seguridad ciudadana, con una «gubernamentalización de lo judicial» que no responde a los conceptos emanados del texto constitucional. Tendremos ocasión de ver cómo en el examen de los puntos a que nos referiremos subyace siempre una «huida» del control judicial y un robustecimiento del Poder Ejecutivo.

En este sentido, Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ denunciaba, de modo ilustrativo, la concepción del concepto de seguridad ciudadana como un fin en sí mismo y la pérdida de la naturaleza de la función policial. Decía así:

«En estos casos la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se orienta de manera explícita no a ulteriores finalidades procesales, sino en razón de lo que se denomina seguridad ciudadana, que actúa como un fin en sí misma. Con ello la función policial pierde su naturaleza siquiera formalmente instrumental y subordinada al ejercicio de la jurisdicción que es característica de su colocación en el Estado de Derecho, para cargarse de significación sustantiva, para convertirse en el órgano autónomo de una nueva función penalizadora, extraconstitucional y fáctica. Nueva no por su originalidad, sino por el preocupante estatuto de normalidad que puede haber adquirido» (19).

Como conclusión, si nos referíamos al comienzo a que, tras nuestro texto constitucional, no cabía ya la invocación a situaciones de peligro y no de ruptura consumada como causa legitimadora de la limitación de los derechos fundamentales, cabe deducir que es, precisamente esa, la causa de exclusión del concepto de «orden público» como concepto legitimador de la actuación de nuestras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Sin embargo, la Ley de Seguridad Ciudadana, un auténtico monumento legal en este sentido, está llena de referencias abstractas y generales, de intervencio-

mismo la protección de los derechos de los particulares pasen más que por una decisión del juez, por la confianza en una Administración con medios técnicos suficientes, pero, paradójicamente, cada vez más dócil a los criterios políticos».

(19) P. ANDRÉS IBÁÑEZ, «Derechos Fundamentales y Jurisdicción Ordinaria», en el volumen colectivo *La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, pág. 151.

nes discrecionales en la esfera de los derechos fundamentales... que hacen sospechar la resurrección por la puerta falsa, aunque recubierto de una nueva terminología, de la concepción del «orden público», tan denostada en otros tiempos, y que, ¡abra cadabra!, resurge con fuerza, en su contenido tradicional, con esta Ley. Basta observar la configuración técnica de las sanciones administrativas en contra de las más recientes y avanzadas opiniones doctrinales y jurisprudenciales sobre el tema para comprobar que la Ley es, con todos los respetos, un precedente no muy progresista si este último término tiene, en los tiempos actuales, alguna significación.

B) *El modelo policial establecido en la Constitución y su eventual contradicción con la Ley de Seguridad Ciudadana*

La Constitución española de 1978 plantea, en cierto modo, una solución rupturista frente al anterior modelo policial y de seguridad presente hasta ese momento y, hasta cierto punto, podría añadirse, militarizado para la defensa del orden público, en contraposición con su función de preservación de un orden democrático y de derecho, bajo dependencia judicial, al que aspira el constituyente cuando se enfrenta a modelar y caracterizar dicho sector de actividad pública (20). En efecto, dejando a un lado la articulación competencial de la seguridad pública (21), los artículos 8, 104 y 126 CE configuran un modelo policial, al servicio de la seguridad ciudadana, basado en varios parámetros, entre los que cabe señalar:

— La separación neta entre las funciones de defensa exterior del Estado —atribuidas a las Fuerzas Armadas— y las de seguridad ciudadana —confiadas a las Fuerzas de Seguridad—. En este sentido se rompe la inclusión establecida en el artículo 37 de la Ley Orgánica del Estado de

(20) En esta materia nos remitimos a las exhaustivas monografías de BALLVE, *Orden público y militarismo en la España Constitucional (1812-1983)*, Madrid, 1983, prologado por GARCÍA DE ENTERRÍA, y LÓPEZ GARRIDO, *La Guardia Civil y los orígenes del Estado centralista*, Madrid, 1982, y, del mismo autor, *El aparato policial en España*, Barcelona, 1987. También, aunque con menor extensión, cabe mencionar el trabajo de J. CURBET, *Los orígenes del aparato policial en España*, en la obra colectiva «Policía y Sociedad democrática», compilada por J. M. RICO, Madrid, 1983.

(21) Respecto del tema puede consultarse FERNÁNDEZ FARRERES, *Sobre la distribución de competencias en materia de Seguridad Pública entre el Estado y las Comunidades Autónomas a la luz de la jurisprudencia de conflictos del Tribunal Constitucional*, «REDC», núm. 14, 1985; DOMÍNGUEZ-BERRUETA, SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE GATTA y FERNANDO PABLO, *Reforma policial y Constitución: algunas claves para su interpretación*, «RAP», núm. 109, 1986; GARCÍA ITURRIAGA-TURRADO VIDAL, *La coordinación como principio fundamental de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Su evolución histórico-jurídica*, «Boletín de Documentación del Ministerio del Interior», núm. 106, 1986; LÓPEZ NIETO Y MALLO, *La policía municipal*; VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *Las competencias autonómicas en materia de policía*, «RAP», núm. 113, 1987; MARTÍN PÉREZ, «Funciones de la Policía Municipal, a la luz de la nueva normativa local, y de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad», *Actualidad Administrativa*, núm. 36, 1987; CASTELLS ARTECHE, «La policía autónoma», *Oñati*, 1988; LLISET BORREL, *Los cuerpos de policía provincial*, «REDA», núm. 65, 1990.

1967 que incluía, entre las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas de Orden Público.

— Dificultad de articulación, en esa doble función, de un *tertium genus*, la Guardia Civil, de amplia tradición en nuestro país, que, en palabras de LÓPEZ GARRIDO, puede suponer el mantenimiento de un «*continuum* Ejército-Policía». En efecto, de un lado, los rasgos configuradores de dicho Cuerpo, claramente de carácter militar, y, de otro, la delimitación de sus funciones que obedece, sin embargo, a las singularidades propias de una fuerza civil, establecen una difícil convivencia constitucional de este Cuerpo que se manifiesta en la difícil configuración de la pervivencia en el mismo de los derechos fundamentales (22).

— Dependencia del Gobierno, o de los correspondientes órganos ejecutivos, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en su aspecto orgánico y que se deriva inequívocamente de las responsabilidades atribuidas por el artículo 97 CE al poder ejecutivo que no implica necesariamente, no obstante, la dependencia orgánica de la policía judicial (23).

— Junto a dicha configuración y dependencia orgánica (24), el artículo 126 de la Constitución, al delimitar claramente que, en las funciones de

(22) Fruto, precisamente, de esa ambigüedad en la configuración de este cuerpo de seguridad es la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia. En este sentido, pueden consultarse las SSTC 317/1985, 93/86, 194/89, donde fácilmente es detectable una tensión interpretativa entre la tradicional configuración de este Cuerpo y el diseño constitucional de la seguridad ciudadana y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Cuestión, esta última, que determina que el Tribunal Constitucional inste en la Sentencia 194/89, a la mayor brevedad posible, al Poder Legislativo a dar una respuesta específica a este Cuerpo en el aspecto concreto de su régimen disciplinario. Respecto del tema puede consultarse MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El Estatuto de los policías según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, «REDA», núm. 61, año 1989, y DOMÍNGUEZ-BERRUETA, SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE GATTA y FERNANDO DE PABLO, *El modelo policial ante el Tribunal Constitucional*, «RAP», núm. 123, 1990.

(23) MORENO CATENA, «Dependencia orgánica y funcional de la Policía Judicial», *Poder Judicial*, núm. especial VIII, 1989, pág. 151, expone en torno a dicho punto: «dicho esto, la dependencia de la Policía Judicial de los Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal puede regularse de dos modos distintos: como una dependencia absoluta —orgánica y funcional—, lo que exigiría la asunción de un conjunto de funcionarios regidos por una cabeza de hidra, el Ministerio Fiscal (que no tendría excesivos problemas para asumirlos, aplicando el principio de jerarquía) y los Jueces y Tribunales (cada uno de ellos, puesto que el auxilio se presta en el ejercicio de las funciones de investigación que legalmente se les encomiendan), constituyendo todos ellos sus mandos y debiendo proceder a la regulación y desarrollo de la (o las) Policía Judicial. La segunda solución es la de instituir una doble dependencia: de los órganos antedichos y del Ejecutivo, lo que es habitual en el Derecho comparado, justificándose indudablemente esta solución con poderosas razones...», y, expuestas las alternativas, MORENO CATENA razona la opción escogida por el legislador, «despejando el interrogante que se planteó a este propósito con la Constitución, el legislador orgánico ha acogido el sistema de doble dependencia (dependencia funcional de unos y dependencia orgánica de otros), nato en la LOPJ (art. 444) como en la LO 2/1986 (art. 31): se prevé el establecimiento dentro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de Unidades de Policía Judicial que dependerán funcionalmente de los Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal y orgánicamente del Ministerio del Interior».

(24) No obstante, como indica F. ZUBIRI DE SALINAS, «La Policía Judicial», *Poder Judicial*, núm. 19, 1990, «la Constitución no entraba en el espinoso tema de la dependencia orgánica de la policía judicial, dejando plena libertad al legislador ordinario para abordarlo en la forma en que tuviera por conveniente. Únicamente había de respetarse

averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, la policía judicial depende de los Jueces, Magistrados y Fiscales, apuesta por un modelo de separación de poderes en el Estado frente al modelo del régimen anterior, anclado en otro tipo de articulación ideológica y, consecuentemente, organizativa que respondía a la unidad de poder y coordinación de funciones (25).

Se produce una mutación, por tanto, tras la Constitución española de la caracterización de nuestras Fuerzas de Seguridad que, a mi juicio, en su consideración de policía judicial no requieren la constitución de unidades específicas en su actuación ni de la creación de nuevos cuerpos. El diseño constitucional lo que provoca es un cambio en la fundamentación de la actuación de nuestra policía judicial que, en las funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, han de depender del Poder Judicial (26). Es decir, la Constitución apostó por un modelo judicialista pues la remisión que el apartado *in fine* del artículo 126 realiza a la Ley no puede desvirtuar el contexto ni la interpretación sistemática que de la conjugación de los diversos preceptos que estamos comentado se desprende.

Pues bien, frente a esta clara opción realizada por el constituyente en 1978 se han alzado una serie de barreras, ancladas en la tradición policial española, que han dificultado y dificultan la plasmación coherente, sencilla y sistemática de un modelo policial en España que responda a este diseño realizado al inicio de la andadura democrática. Desde este punto de vista, tres claros exponentes de la configuración tradicional de nuestra Policía —con independencia de que existan o no más cuerpos de policías dependientes de otros entes territoriales— lo constituyen la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985 (arts. 443 a 446), la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de 13 de mayo de 1986 y el RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial que consagran un modelo que más que de coordinación, podría denominarse de confusión entre la policía preventiva y la Policía Judicial o de investigación y que responde más al modelo anterior a 1978 que al sistema que inspiró el artículo 126 del texto constitucional.

aquella dependencia funcional, de modo que no era posible que, mediante una regulación excesivamente estricta o condicionante de la orgánica, quedase maltrecha la constitucionalmente necesaria dependencia respecto de Jueces y Tribunales, en el ámbito de la función de averiguación de hechos delictivos y aseguramiento de las personas responsables de los mismos».

(25) Artículo 2.º de la Ley Orgánica del Estado de 1967.

(26) MORENO CATENA, «Dependencia orgánica y funcional de la Policía Judicial», *Poder Judicial*, núm. especial VIII, 1989, pág. 144, que, aunque desde otro punto de vista y, seguramente, con otras conclusiones, entiende que «por consiguiente, la Constitución se limita a reconocer la existencia de una función pública de investigación de los delitos y de poner a disposición judicial tanto los sospechosos de su comisión como los instrumentos y efectos del delito y las piezas de convicción, función que deberá ser realizada por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ejerciendo funciones de Policía Judicial... la Constitución dispone que tales servidores públicos, en el ejercicio de las funciones de Policía Judicial dependen, de los Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal en los términos que la Ley establezca...».

En este contexto se sitúa la Ley de Seguridad Ciudadana que viene a constituirse en la «ley de procedimiento policial» que consagra, una vez más, el descolgamiento de los postulados que inspiraban el texto constitucional. Dedicuemos alguna reflexión a este asunto.

Aludimos anteriormente a que la Constitución de 1978 configuraba un modelo de averiguación de los delitos confiado al Poder Judicial, es decir, es a los órganos dependientes del Poder Judicial a quienes compete de forma exclusiva y excluyente, parece dar a entender el texto constitucional, dicha función. De esta forma, el ejercicio de la misma necesariamente ha de realizarse a través de unos medios que el propio artículo 28 del RD 769/1987 se encarga de precisar y de los que, entre otros, pueden reseñarse las inspecciones oculares, la recogida de pruebas, las actuaciones de inmediata intervención, la averiguación de domicilios..., y dichos medios para el descubrimiento del delito se ejercen han de ejercerse, en estricta dependencia de los órganos del Poder Judicial.

Pues bien, la Constitución expresamente quiso que justamente en tres tipos de medidas de actuación policial: interceptación de comunicaciones, entrada en domicilio y privación de libertad de movimientos, la actuación policial estuviese sometida al Poder Judicial por la indudable incidencia que dichas medidas podían tener sobre derechos fundamentales de los ciudadanos. Es esto, justamente, lo que desconoce la Ley de Seguridad Ciudadana, que apartándose de ese modelo no sólo pone orgánicamente las fuerzas de seguridad bajo la dependencia del Poder Ejecutivo, sino que también funcionalmente, en cierto sentido, quedan las principales medidas para el averiguamiento del delito en manos del Poder Ejecutivo y no del Poder Judicial como quedó diseñado en el ya reiterado artículo 126 del texto constitucional.

C) *El fin social como causa limitadora de derechos fundamentales*

Precediendo a la promulgación de la Ley se produjo un debate social, político y periodístico, algunos de cuyos argumentos, de forma subliminal, parecieran haber calado en la opinión pública. El argumento, profusamente utilizado, se basaba en que las medidas contenidas en la Ley 1/1992 eran necesarias e imprescindibles para la lucha contra el narcotráfico y el terrorismo. De hecho, la medida de entrada en el domicilio basándose en un conocimiento fundado (¿...?) se justifica en dicho «fin social».

Ahora bien, es preciso aclarar que sólo intereses públicos constitucionales justifican la limitación de derechos fundamentales, máxime si éstos pertenecen al ámbito de la personalidad y, por ello, han de considerarse como básicos. Añádase a ello que dos de las medidas adoptadas, el «requerimiento» y la «entrada en domicilio con conocimiento fundado», pueden vulnerar derechos a la libertad y a la dignidad de la persona protegidos como derechos superiores y fundamentales de nuestro orden jurídico constitucional (27).

(27) En torno a la especial singularidad e importancia de los derechos que afectan a la intimidad de la persona un reciente e importante Auto del Tribunal Supremo

En este sentido, lo ha venido a establecer el Tribunal Constitucional, quien en Sentencia 22/1984, de 17 de febrero, saliendo al paso de argumentos parecidos a los esgrimidos para la defensa y justificación de la Ley, señalaba que

«La segunda de las razones que esgrime el Fiscal General del Estado es la idea de que el ejercicio de un derecho fundamental no puede alegarse para entorpecer un fin social, que, como general, es de rango superior. Una afirmación como la anterior, realizada sin ningún tipo de matizaciones, conduce ineludiblemente al entero sacrificio de todos los derechos fundamentales de la persona y de todas las libertades públicas a los fines sociales, lo que es inconciliable con los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama. Existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución».

Subrayemos especialmente el último párrafo, «la prioridad ha de resultar de la propia Constitución», no basta que sean socialmente deseables o políticamente aconsejables, han de estar constitucionalmente priorizados. El riesgo y la tentación de proporcionar un mayor ámbito de seguridad, si es que la Ley coadyuva a ello que está por demostrar puede poner en peligro garantías esenciales a los derechos fundamentales. CHIAVARIO, en la doctrina penalista italiana, explicaba el peligro de la siguiente forma:

«... Nada sería más funesto que hacer de los derechos del hombre... una bandera que se hace ondear en los momentos felices y que se mantiene arriada —aunque permanezca formalmente intacta e inmaculada— en los momentos difíciles... Si se quiere continuar creyendo en una posibilidad de supervivencia y de desarrollo de la democracia

(relativo a escuchas telefónicas), de 18 de junio de 1992, declaraba «también hay que recordar que uno de los presupuestos fundamentales de nuestro Estado de Derecho, democrático y social, establecido en la Constitución, es el del respeto a la dignidad e intimidad de la persona humana, esencialmente libre, como base de la convivencia... Las excepciones a este principio traen causa directa e inmediata en la Constitución, y han de venir, por consiguiente, establecidas en la Ley. Han de llevarse a cabo a través del Juez, y han de responder a dos exigencias, sólo aparentemente formales, también básicas: una la motivación de la medida y otra la existencia de proporcionalidad, inherente al valor justicia, entre la medida misma y su finalidad, lo que supone graduar la naturaleza del delito, su gravedad, la posibilidad o no de su descubrimiento por otros medios menos traumáticos social e individualmente considerados y valorar, por último, las demás circunstancias concurrentes».

en la sociedad y en las instituciones, no se puede nunca renunciar a la pretensión de que el Estado se penetre de la exigencia de observar escrupulosamente los límites; incluso cuando se debe combatir la delincuencia más aguerrida, y es más fuerte la tentación del "a la guerre comme á la guerre..."» (28).

En su momento aludimos a que la seguridad no era un bien constitucional prioritario a la libertad, pero, sin duda, no responde a los valores constitucionales contraponer la seguridad ciudadana a garantías constitucionales y a bienes jurídicos que conforman el Estado de Derecho (29). Ese falso dilema tendrá alguna validez en la dialéctica política, pero desde luego difícilmente consolida un Estado de Derecho. Dicha actuación era denunciada por ANDRÉS IBÁÑEZ, quien señalaba:

«Este modo de actuación —significación sustantiva de la función policial—, para compensar la carencia de legitimidad constitucional y legal se ha dotado también de un modo de legitimación específico, en buena medida autorreferencial o tautológico, sumamente eficaz, que pasa a través de los medios de comunicación y se concentra en las conocidas campañas de ley y orden.

Estas últimas, partiendo del dato real de un crecimiento porcentual de las cifras de delincuencia, alimentan la alarma social y con ello inducen la demanda, siempre creciente, de seguridad a cualquier precio. Así la política del orden a que nos referimos resultará ser al fin respuesta legítima a una necesidad profundamente sentida» (30).

En definitiva, la seguridad ciudadana no debe ni puede ser un pretexto para situar el listón de derechos fundamentales, tan significativos como la libertad y la inviolabilidad domiciliaria, a niveles preconstitucionales. Tal vez el camino correcto sea otro: mayor eficacia policial, mejor funcionamiento del Poder Judicial, rehabilitación de drogadictos...

Las palabras de DAHRENDORF son paradigmáticas en este sentido, «buscábamos a Rousseau y hemos dado con Hobbes», añadiendo dicho autor «una vez que hace su aparición el problema hobessiano del orden,

(28) M. CHIAVARIO, «Problemi attuali della libertà personale. Tra "emergenza" e "anotidiano" della giustizia penale», Milano, Giuffrè, 1985, pág. 51.

(29) El ATS, de 18 de junio de 1992, aludía a que la intimidad es uno de los derechos constitucionales más importantes: «La intimidad —dice el auto referido— es, probablemente, el último y más importante reducto, con el derecho a la vida, a la integridad y a la libertad de la persona humana, de las mujeres y de los hombres todos», y añade: «si en él se introducen quiebras sin la suficiente justificación, puede romperse el equilibrio y la cimentación en el que se sustenta el edificio social en cuanto sostenedor, a su vez del ordenamiento, que nace y vive para defender a la persona».

(30) P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *op. cit.*, pág. 151.

la solución tiende, asimismo, a ser hobbesiana» (31). Pareciera haber asistido al debate parlamentario y social de esta Ley.

D) *Las leyes que desarrollan los derechos fundamentales han de respetar su contenido esencial*

Si bien la Constitución autoriza al desarrollo mediante Ley Orgánica del contenido de los derechos fundamentales —en ningún caso para que la interpretación sirva para ampliar las excepciones a los mismos— el artículo 53.1 de la Constitución precisa que dichas leyes han de respetar su contenido esencial.

Nuestro Tribunal Constitucional, en forma temprana, en Sentencia de 8 de abril de 1981, precisó que por contenido esencial había de entenderse:

«aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecuencia el derecho se otorga...»,

y añadió en la Sentencia 11/1981, de 16 de marzo, que

«De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección».

Necesariamente, por tanto, cualquier regulación legislativa que directa o indirectamente afecte a los derechos fundamentales, ha de respetar el contenido esencial establecido en éstos. No son admisibles, por tanto, interpretaciones extensivas o desnaturalizadoras que perturben el normal ejercicio de estos derechos abriendo cauces a la arbitrariedad y a desconocer su existencia. Dicha actuación posibilitaría, en suma, lo que la doctrina alemana (JELLINEK) ha denominado «mutación constitucional».

En este sentido, con recepción de la doctrina constitucional alemana (32), nuestro Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de referirse a la distinción entre un contenido resistente al legislador, que no puede disponer del mismo, y otro sólo vinculante para el resto de los poderes públicos. Es expresiva de dicha distinción la STC 51/1988, que expresa:

(31) R. DAHRENDORF, «Law and Order», London, The Hamlyn Lectures, Steven and Sons, 1985, pág. 9.

(32) Puede consultarse P. HÄBERLE, «Die Wesensgehaltsgarantie des Art 19. 2 GG», 3 Aufl., 1983; K. HESSE, «Grundzüge des Verfassungsrechts de BR Deutschland», 16 Aufl., 1988; P. LERCHE, «Übermass und Verfassungsrecht», 1961.

«El reconocimiento o creación (por norma legal o incluso reglamentaria) de un medio de acción legal adicional a los mínimos indispensables... impide alegar que afecten al contenido esencial de la libertad sindical; pero el derecho fundamental se integra no sólo por su contenido esencial, sino también por esos derechos o facultades básicas que las normas crean y pueden alterar o suprimir, por no afectar al contenido esencial del derecho».

La intervención y limitación, por parte del Poder Legislativo, de los derechos fundamentales para autorizar o justificar una intervención administrativa no puede, por tanto, afectar a ese núcleo indisponible (33). En el caso de la libertad dichas garantías se extreman. En este sentido señala HABERLE,

«Corresponde por principio a la esencia de la libertad jurídico-fundamental en el Estado constitucional, que sólo puede ser limitada en función de otros temas constitucionales de superior o semejante valor; el mandato de prohibición es tan esencial que viene a ser inmanente al derecho fundamental; en otras palabras, comporta una parte integrante del derecho fundamental como principio constitucional» (34).

En principio podemos adelantar, esa es tarea de todo este trabajo, que las medidas contenidas en la Ley de Seguridad Ciudadana van, por el fon-

(33) P. CRUZ VILLALÓN, «El legislador de los derechos fundamentales», *La garantía constitucional...*, op. cit., pág. 127, en forma clara y sencilla, ha resumido gráficamente la esencialidad de los derechos fundamentales en el panorama actual:

«1. No sólo cabe hablar de un "contenido esencial" de cada uno de los derechos fundamentales individualmente considerados, sino que también habría un "contenido esencial" de los derechos fundamentales en su conjunto, como tal categoría. Este contenido esencial vendría integrado por una vertiente material y una vertiente formal.

2. En su vertiente material, los derechos fundamentales son aquellos considerados como tales en la conciencia y en la cultura jurídicas en las que se inserta el Estado constitucional español. Sería éste el concepto con el que vendría operando el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, tal como ha sido apreciado, particularmente, por el Tribunal Constitucional Federal alemán en su Sentencia de 22 de octubre de 1986. En su virtud, el Derecho constitucional comparado tendería a operar, en este ámbito, como el "derecho natural de hoy día".

3. En su vertiente formal, el contenido esencial de los derechos fundamentales se integraría por un elemento genérico, común a todo derecho, la garantía judicial, y un elemento específico de todo derecho fundamental: la vinculación del Legislador.

4. En el primer sentido, el derecho fundamental es, ante todo, Derecho, lo que presupone la tutela judicial del mismo en los términos del aforismo "where there is no remedy there is no right". Sin tutela judicial no hay Derecho ni, en consecuencia, derecho fundamental.

5. La garantía específica del derecho fundamental es, sin embargo, la vinculación efectiva del legislador. La capacidad de vincular al legislador es lo que hace de un derecho un derecho fundamental».

(34) P. HABERLE, «El legislador de los derechos fundamentales», *La garantía constitucional de...*, op. cit., pág. 121.

do y por la forma —conversión de habilitaciones judiciales en habilitaciones gubernativas y quizá esa filosofía sea lo peor que inspira la Ley—, en contra de ese núcleo básico indisponible por el legislador. Alteran el reconocimiento de la libertad y de sus garantías, situando al individuo en una situación de indefensión frente al Estado y dotando al poder público de unos exacerbados poderes, con límites de carácter formal, que degradan a un punto muy bajo el exquisito diseño constitucional realizado en torno a la garantía de los derechos fundamentales que se hizo en 1978. Hoy como ayer es necesaria una actitud beligerante y decidida de defensa de los derechos fundamentales. El Estado, en su expresión de Poder Ejecutivo, se debate siempre entre la tensión de ser la máxima amenaza de éstos y tener que cumplir, a la vez, su posición de máximo garante. Lamentablemente, y eso hace aún más discutible a la Ley, sólo parece haber tenido importancia el primer aspecto.

E) *Los convenios y tratados internacionales como fuente interpretativa de los Derechos Fundamentales*

En realidad la polémica suscitada en nuestro país con la Ley de Seguridad Ciudadana es una polémica abierta en todos los países europeos donde, con mejor o peor fortuna, se ha abordado el contenido y alcance de las medidas de policía y su respeto a los derechos fundamentales (35).

La situación es reveladora y síntoma de que, en estos momentos, se asiste a la construcción de una Europa unida. Dicho empeño ha de determinar la necesaria armonización de nuestras legislaciones, precisamente de una manera más esforzada en materia de protección de los derechos fundamentales, piedra y rasgo esencial definidor de la Europa de nuestros días. Hoy el viejo debate entre las inmunidades del poder (36) y la eficacia de la Administración es de nuevo una discusión abierta.

(35) Así, en Italia, la Ley 152/1975 contiene previsiones sobre inmovilización de los ciudadanos y cacheos policiales, el Decreto-Ley 59/1978, de 21 de marzo, asimismo, contiene medidas sobre indocumentados (art. 11) y el Código Procesal Penal contiene medidas sobre entrada en domicilio en que se estén cometiendo delitos flagrantes.

En Francia sucesivas normas como la Ley de Seguridad de 1981 la Ley 866/1983 o la Ley 1020/1986 autorizan la retención por cuatro horas de indocumentados.

En Alemania también existen disposiciones similares. Por su carácter sumamente reciente es de destacar la Ley de Policía de Baden-Wurtemberg (Polizeigesetz, PolG), de 13 de enero de 1992, que contempla medidas de identificación de personas (art. 26.1) pero siempre limitado a determinados supuestos establecidos en la norma, se establecen unos límites a la actividad policial (art. 3) y se regula la vigencia del principio de proporcionalidad en sus tres vertientes clásicas: adecuación del medio, necesidad o intervención mínima y principio de proporcionalidad en función de los bienes (art. 5).

(36) Como es conocido la expresión fue acuñada por GARCÍA DE ENTERRÍA en su célebre libro «La lucha contra las inmunidades del poder», Madrid, 1983 (3.ª ed.). En éste el autor impulsó la tesis del sometimiento total de la Administración al control judicial, sin espacios de inmunidad que intenten legitimarse en la vieja «maiestas» del poder y en la confusión tradicional entre poder y exención del Derecho y los jueces.

El célebre jurista alemán KIRCHHOF ponía de relieve la necesidad de articular este Derecho común, especialmente caro y deseado, en materia de libertades públicas. Señalaba:

«Pero deberemos en el mismo sentido y cada vez más ser conscientes de que la idea de la libertad de las Constituciones europeas tiene una raíz y unos objetivos comunes. Cuanto más económica, políticamente y en intercambios jurídicos nos aproximamos, tanto más estamos convocados a introducir tales afinidades en la interpretación de las constituciones nacionales. El Tribunal Constitucional alemán ha dado expresamente tal paso respecto de la interpretación de la libertad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de Estrasburgo. En nuestro ordenamiento jurídico la Convención de Derechos del Hombre no tiene rango constitucional, sino validez a nivel de ley ordinaria. Nosotros nos servimos como criterio de interpretación de los derechos fundamentales de la jurisprudencia de la Convención Europea de Derechos Humanos. Ello opera ya mismo para la interpretación literal: a la hora de interpretar un concepto, a fin de “comprender” el problema, disponemos de un acervo común, que no ha nacido en un Estado sólo, sino que en lo que concierne a la concepción de libertad e igualdad es una idea europea» (37).

Nuestra Constitución, quizá por la fecha en que se dictó, y porque en la mente de los constituyentes estaba la unanimidad de todas las fuerzas políticas con representatividad suficiente de incorporar a nuestro país al proceso de construcción de Europa, introdujo en el texto constitucional un artículo, el 93 —muy conocido—, y otro, el 10 (38), que establece en su párrafo segundo lo siguiente:

(37) P. KIRCHHOF, «La Jurisprudencia constitucional de los Derechos Fundamentales», *La Garantía Constitucional...*, *op. cit.*, págs. 258 y ss. En el mismo sentido BENDA —jurista especialmente autorizado por haber sido Presidente del Tribunal Constitucional alemán—, *op. cit.*, pág. 279, que incluso añadía a la observación anterior que ésta no era una tarea ya realizada. Decía así: «En el fondo se trata de una cuestión de teoría del Estado. En conversaciones con magistrados de otros Tribunales Constitucionales europeos he lanzado la idea —en la conciencia de la actual reflexión sobre el particular— de elaborar un sistema europeo de derechos fundamentales —en el bien entendido de que importa menos el resultado final que poner en marcha el proceso mismo de elaboración—. Para quienes importe el resultado final, ya disponen de la Convención Europea de Derechos Humanos, de lo que el Tribunal Europeo de Luxemburgo menciona como principios comunes y de nobles tradiciones de ciertas naciones europeas».

(38) Este artículo tiene como precedente histórico el artículo 7 de la Constitución republicana de 1931, que proclamaba: «El Estado español acatará las normas universales del Derecho Internacional incorporándolas a su Derecho Positivo». Asimismo en el Derecho Comparado, la Constitución de Bonn de 1949 establece en su artículo 25: «Las normas generales del Derecho Internacional Público son parte integrante del Derecho Federal. Estas normas tienen primacía sobre las leyes y constituyen fuentes directas de Derecho y obligaciones para los habitantes del territorio federal».

«Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Pero, sin duda, nuestra Constitución quiso hacer hincapié en la vinculación que, para nuestro Derecho, tienen las normas internacionales y la formación de un *ius commune*. En este sentido, en otro artículo de nuestro texto constitucional en concreto el artículo 96 declaró solemnemente, en relación con la validez de los tratados:

«Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del Ordenamiento interno».

Este precepto, sin lugar a dudas, englobaría el anterior, ¿entonces, por qué esta declaración duplicativa? No se nos escapa que el artículo 27 de nuestra Constitución —referido como se sabe a la educación— estuvo presente en el espíritu de los redactores, pero a nuestro juicio, el artículo 10.2 va a cumplir una segunda misión, y es la imposición a nuestros Tribunales de que, en su tarea interpretativa y de aplicación del derecho, en lo relativo a los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce, tengan en cuenta y apliquen las normas internacionales (39).

Por tanto, en la interpretación del contenido y alcance de los derechos fundamentales habrá que acudir, también, a las declaraciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de Luxemburgo —toda vez que es precisamente en Europa donde se ha llegado a las más elaborada doctrina sobre los derechos fundamentales (40)—, pero, ¿cuál es el valor de estas declaraciones?

Respecto de esta cuestión, Jiménez BLANCO, con acierto, ha señalado sobre la aplicabilidad de la jurisprudencia emanada de ambos Tribunales (41):

(39) El Tribunal Supremo, a este respecto, ha declarado en su Sentencia de 25 de junio de 1986 (RA 3200): «los derechos fundamentales constituyen la parte esencial de la Constitución en su hermenéutica a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948, y los Tratados Internacionales ratificados por España».

(40) Respecto de ello puede verse A. TRUYOL Y SERRA, «Los Derechos Humanos», Madrid, 1984; P. LUCAS VERDÚ, «Los Títulos Preliminar y Primero de la Constitución y la interpretación de los derechos y libertades», *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 2, Universidad Complutense; LINDE PANIAGUA, en la obra dirigida por GARCÍA DE ENTERRÍA, «El sistema europeo de los derechos humanos», Madrid, 1983, págs. 172-179, este último afirma que «la autovinculación de la CE a la interpretación practicada por el TEDH en esta materia... debe entenderse como vinculación a un estándar mínimo susceptible de verse incrementado por la legislación española y la jurisprudencia de nuestros tribunales».

(41) A. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, «El sistema de protección de los Derechos Humanos en el ámbito europeo», *Actualidad Administrativa*, núm. 48, 1989, pág. 3026.

«1. Aún sin mención expresa, las más importantes de tales fuentes internacionales son las europeas. En singular, debe citarse el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, hecho en Roma bajo los auspicios del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y al que España se adhirió en 1979. Este Convenio es, como quizá resulta conocido, el que aplica el Tribunal de Estrasburgo.

2. Aún cuando la Comunidad Europea carece como tal de una "tabla" de derechos fundamentales, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo maneja tal noción cada vez con más frecuencia...

3. Si el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo del texto y si todos los jueces y Tribunales están vinculados a su doctrina de acuerdo con el artículo 5.º.1 de la LOPJ de 1985, se verá que estamos ante una cadena de mandatos interpretativos: el Tribunal Constitucional habrá de guiarse por los textos internacionales —en lo esencial, europeos— y todo el poder judicial español habrá de seguir al Tribunal Constitucional en esa tarea. Esa cadena puede sintetizarse diciendo que nuestro ordenamiento contiene un *mandato de interpretación de los derechos fundamentales conforme a la supranacionalidad*».

Añadiendo, más adelante, el autor citado

«... De acuerdo con la cadena de mandatos de interpretación a que antes nos hemos referido, todos nuestros jueces y tribunales, desde el Supremo hasta abajo, tendrían que conocer lo que el Tribunal Constitucional ha dicho sobre el Convenio Europeo (aunque, como más adelante señalará, éste en algunas ocasiones ha interpretado restrictivamente lo establecido en dichos convenios), y juzgar acerca de los derechos fundamentales con ese baremo. No dispongo de datos estadísticos que, con el suficiente grado de análisis, me permitieran expresar una opinión fundada acerca de la real existencia de ese fenómeno. En mi sentir último, sin embargo, late al respecto el más profundo de los excepticismos».

El Tribunal de Justicia de Luxemburgo, por su parte, ha destacado cómo, a pesar de la inexistencia de una «tabla» de derechos en los Tratados constitutivos de la CEE (42), hay en ellos disposiciones proclamadoras de derechos fundamentales, y en singular de los «nuevos» derechos constitui-

(42) Dicha omisión es salvada por el Tratado de Maastricht, que en sus disposiciones comunes (art. f) dispone: «La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como

dos por las célebres libertades del mercado: de circulación de mercancías, capitales y trabajadores, de establecimiento y de prestación de servicios insertando estos derechos fundamentales dentro de lo que el Tribunal Europeo denomina principios generales del Derecho comunitario. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas *Hoechts A.G.v. Comisión*, de 21 de septiembre de 1989, señala:

«este artículo no puede recibir una interpretación que conduzca a resultados que serían incompatibles con los principios generales del Derecho comunitario y en particular con los derechos fundamentales. En efecto, según una jurisprudencia constante, los derechos fundamentales son parte integrante de los principios generales del Derecho cuyo respeto asegura el Tribunal, conforme a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros así que a los instrumentos internacionales a los cuales los Estados miembros han cooperado o se han adherido... El Convenio Europeo de salvaguarda de los derechos humanos y libertades fundamentales reviste a este efecto una significación particular. Para interpretar el precepto conviene tener en cuenta las exigencias derivadas del respeto de los derechos de defensa, principio cuyo carácter fundamental ha sido subrayado varias veces por la jurisprudencia del Tribunal» (43).

En conclusión, se puede afirmar que, por expreso deseo del legislador constituyente, las normas relativas a los derechos fundamentales habrán de interpretarse de conformidad con los Tratados internacionales en la

resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario».

(43) La sentencia se recoge del artículo de GARCÍA DE ENTERRÍA, *El problema de los poderes del juez nacional para suspender cautelarmente la ejecución de las Leyes nacionales en consideración al Derecho Comunitario Europeo*, «REDA», núm. 63, 1989. En este artículo se plantea la problemática ocasionada por un conflicto pesquero, surgido de la Ley inglesa *Merchant Shipping Act. 1988*, y la posibilidad de que un tribunal nacional otorgue medida cautelar de suspensión de una Ley, mientras dura la cuestión prejudicial en Luxemburgo. Dicho artículo ha sido continuado por el mismo autor con *Novedades sobre los procesos en el conflicto de pesca anglo-español*, «REDA», núm. 64, 1989, donde se da cuenta del Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de fecha 10 de octubre de 1989, que obliga a suspender, hasta tanto se decide el pleito principal, las condiciones de nacionalidad previstas en la *Merchant Shipping Act*. Por último, el mismo autor, en el artículo *La sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, «REDA», núm. 67, 1990, da cuenta de la sentencia *Factortame* de 19 de junio de 1990, que declara que el Derecho comunitario debe ser interpretado en el sentido de que la jurisdicción nacional que, conociendo de un litigio que concierne al Derecho comunitario, estime que el único obstáculo que se opone a que pueda ordenar medidas cautelares es una regla de su Derecho nacional, debe excluir la aplicación de esa regla.

Esta sentencia, indica GARCÍA DE ENTERRÍA, incide también en nuestro Derecho nacional, pues determina la necesidad de extraer de la «tutela judicial efectiva» la existencia de medidas cautelares y la exigencia de que resulten efectivas.

Del tema, en nuestra doctrina, se ha ocupado también A. JIMÉNEZ BLANCO, *De nuevo sobre el asunto Factortame*, «REDA», núm. 66, 1990.

materia. En concreto, el Convenio Europeo de Derechos Humanos se constituye así en una fuente imprescindible a la hora de analizar los artículos 17, 18, 24 y 25 del texto constitucional (artículos donde principalmente incide la Ley de Seguridad Ciudadana), y en la interpretación del alcance de lo establecido en este Convenio habrá que acudir a la jurisprudencia del TEDH (44).

II. EL BINOMIO LIBERTAD-SEGURIDAD: EL «REQUERIMIENTO-RETENCIÓN» DE INDOCUMENTADOS CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 20 DE LA LEY ORGÁNICA 1/1992 SOBRE SEGURIDAD CIUDADANA

El artículo 20 de la Ley establece literalmente:

«1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomiendan la presente Ley y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

2. De no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior, los agentes, para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible.

(44) A este respecto es interesante consultar J. DELGADO BARRIO, «Proyección de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia española». *Revista de Administración Pública*, núm. 119, 1989, pág. 233. En éste el autor pone de manifiesto las ideas que hemos venido exponiendo en líneas anteriores, señalando, en cuanto al objetivo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que «basándose en una tradición cultural común, su labor contribuye a hacer posible un proyecto de vida también común: en esta línea sus decisiones tienen una virtualidad que trasciende de los límites propios del litigio en que se dictan para constituir así una verdadera jurisprudencia que, al dar "complemento" al ordenamiento europeo sobre derechos humanos y libertades fundamentales, participa decisivamente en la elaboración de un Derecho común en la materia».

Algunas decisiones del TEDH, famosas por la traslación de garantías del Convenio Europeo (art. 6 fundamentalmente), son las sentencias GOLDER, de 21 de febrero de 1975; SILVER, de 25 de marzo de 1983; CAMPBELL Y FELL, de 28 de junio de 1984; BOYLE Y RICE, de 27 de abril de 1988; MCCALLUM, de 30 de agosto de 1990; KRUSLIN, de 24 de abril de 1990...

3. En las dependencias a que se hace referencia en el apartado anterior se llevará un Libro-Registro en el que se harán constar las diligencias de identificación realizadas en aquéllas, así como los motivos y la duración de las mismas, y que estará en todo momento a disposición de la autoridad judicial competente y del Ministerio Fiscal. No obstante lo anterior, el Ministerio del Interior remitirá periódicamente extracto de las diligencias de identificación al Ministerio Fiscal.

4. En los casos de resistencia o negativa infundada a identificarse o a realizar voluntariamente las comprobaciones o prácticas de identificación, se estará a lo dispuesto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

El artículo objeto de análisis, como puede leerse, autoriza a los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para que, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, puedan requerir la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar en que se hubiese hecho el requerimiento. Se condiciona tal requerimiento a que sea necesario, no sólo en el ejercicio mencionado de sus funciones de indagación y prevención comunes, sino, en forma amplia y generosa «para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomiendan la presente Ley y la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado».

Su apartado segundo contempla el supuesto de que siendo necesario a dichos fines y no lográndose la identificación por cualquier medio, los agentes «para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación». El requerimiento, en tales casos, se circunscribe «a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible».

A) *La dicotomía libertad y seguridad: el principio de proporcionalidad como parámetro referencial de actuación de las Fuerzas de Seguridad y la necesaria concreción legal de las medidas adoptadas*

La Ley parte en su Preámbulo de la dicotomía libertad-seguridad como justificativa de la necesidad de establecer un equilibrio entre estos dos bienes jurídicos a través de su articulado. En este sentido se arguye literalmente:

«La protección de la seguridad ciudadana y el ejercicio de las libertades públicas constituyen un binomio inseparable, y ambos conceptos son requisitos básicos de la convivencia en una sociedad democrática... desde la promulgación de la Constitución... las Cortes Generales han tratado de mantener

un positivo equilibrio entre libertad y seguridad, habilitando a las autoridades correspondientes para el cumplimiento de sus deberes constitucionales en materia de seguridad...».

Sin embargo, a nuestro juicio, es falaz la existencia de una dicotomía entre ambos derechos. El artículo 17.1 de la Constitución establece que «toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad», y, por tanto, no se trata de dos bienes jurídicos susceptibles de contraposición —el sacrificio de uno permite la existencia de otro—, sino más bien estamos en presencia de dos valores que no pueden ser entendidos el uno sin el otro y en los que la existencia de uno permite la del otro en un Estado democrático y de derecho.

De esta forma, la invasión de un derecho reforzado en nuestro ordenamiento constitucional como la libertad sólo puede operarse en virtud de intereses públicos constitucionales, y, en consecuencia, los mismos han de ser lo suficientemente relevantes como para permitir y justificar la restricción de derechos fundamentales, máxime si, como ocurre en el presente caso, estos derechos han de ser considerados básicos y personalísimos. Necesariamente dicha restricción ha de adoptarse, por tanto, para evitar peligros demostrables o altamente probables y se han de precisar necesariamente las suficientes garantías; en caso contrario se vulneraría el principio de concreción legal o garantía del contenido esencial: se estaría ante el sacrificio de un derecho fundamental a través de medidas de extraordinaria importancia, sin acreditar que todo ello es necesario en virtud de intereses públicos constitucionalmente protegidos al derecho que se ve parcialmente sacrificado y sin habilitar las medidas suficientes para contrapesar la limitación del derecho (45).

En definitiva, la Ley de Seguridad Ciudadana ha previsto una medida que, en sí misma, pudiera no ser contraria al principio de proporcionalidad (46) —el artículo no establece como supuesto de hecho único que

(45) La necesaria concreción legal de las medidas que limiten derechos fundamentales ha sido subrayada por el ATS, de 18 de junio de 1992, que en torno al tema, en este caso referido a las escuchas telefónicas, declara: «Volviendo a las escuchas telefónicas, aunque el citado artículo 8 del Convenio Europeo no alude a ellas, su inclusión en él no planteó problemas especiales al TEDH. Así, en el caso KLASS y en el caso MALONE, porque en las comunicaciones telefónicas se incluyen los conceptos de vida privada y de correspondencia. No podía ser de otra manera. También en el caso HUVIG y en el caso KRUSLIN: las escuchas y otras formas de intervención de las conversaciones telefónicas representan un atentado grave respecto de la vida privada y de la correspondencia. Deben, por tanto, basarse en una Ley que ofrezca una precisión especial. La exigencia de reglas claras y detalladas en esta materia parece, por consiguiente, indispensable».

(46) Como es conocido, en el Derecho policial opera como principio general el oportunitätsprinzip, en virtud del cual las habilitaciones no son regladas sino discrecionales, operando el principio de proporcionalidad en la actuación específica de las fuerzas de seguridad que tendrán que someter su actuación al mismo. Respecto del mismo puede consultarse K. H. FRIAUF, «Grundlagen des Polizei- und Ordnungsrechts», en Von Münch y Schmidt-Asmann, *Besonderes Verwaltungsrecht*, Berlín, 1992, pág. 121; SCHMATZ, «Die Grenze des Opportunitätsprinzips im heutigen deutschen Polizeirecht», 1966; DREWS/WACKEL/VOGEL/MARTENS, «Gefahrenabwehr. Allgemeines PolizeiRecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder», 1977, págs. 370 y ss.

necesariamente se identificará, sino que podrá procederse al requerimiento, con lo que la medida no es directamente confrontable al juicio de proporcionalidad—, aunque sí puede rebasar con creces, por la habilitación genérica que contiene, la necesaria concreción legal de una medida que restringe derechos fundamentales (47). En efecto, la regulación de la medida de retención hace referencia a supuestos extraordinariamente indeterminados, genera cierta confusión sobre el concepto de sospecha, no arbitra medidas eventuales de protección suficientes..., lo que determina que el legislador podría haber hecho un uso insuficiente de la necesaria regulación legal que infringiría el principio de concreción legal a que nos venimos refiriendo.

Al respecto, una medida de tan extraordinaria importancia no puede entenderse que no haya sido equiparada, en cuanto a las garantías que deben rodearla, a la medida de detención. Precisamente en este intento de no equipararla a la detención, sustrayéndose de las garantías jurídicas que ella comporta, se revela su poco o nulo respeto de dicho principio. En efecto, como es conocido, la detención otorga ciertos derechos: lectura de derechos, derecho a no declarar, asistencia de letrado, ser asistido por interprete, ser puesto a disposición judicial, control judicial de la legalidad de la detención, etc., derechos de los que no va a gozar el «retenido». ¿Cuál es el interés de que esto ocurra así? Incluso, con esta regulación, se llegaría por el «retenido» a una situación jurídica con menores garantías que en el estado de excepción (que no suspende los derechos del art. 17.3 CE) o de sitio (que sólo suspende la asistencia letrada). ¿Se ha respetado por el legislador el contenido esencial del derecho sin haber realizado el necesario esfuerzo de concreción legal de la medida adoptada? Sinceramente, una detallada lectura del precepto y la extracción de algunas hipótesis de aplicación deja muchas dudas.

Por tanto, el problema planteado puede no ser tanto si las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pueden o no requerir, sino, ¿qué circunstancias habilitan para ello? ¿Qué condiciones disciplinan dicha actuación? ¿Qué garantías rodean la adopción de dicha medida? (48).

Realizada esta primera aclaración conviene precisar dos extremos en cuanto a la interpretación del artículo de acuerdo con los principios que disciplinan el Derecho policial y con arreglo a los cuales debe necesariamente entenderse la medida contemplada en el artículo 20 de la Ley comentada. Abordémoslos.

(47) En relación al principio de concreción legal, como subprincipio del Principio de Legalidad, en la actividad del legislador que afecta a los derechos fundamentales puede consultarse en la doctrina alemana J. STAMPE, «Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis», Berlín, 1985, y M. JAKOBS, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», Köln, Berlín, Bonn, München, 1985.

(48) En el caso de Baden-Württemberg (PolG de 13 de enero de 1992) se prevé una medida similar pero se detallan estrictamente los casos en que procede hacer aplicación de la misma (art. 26.1); con carácter general la Ley fija unos límites y unos principios de la actuación policial (art. 3 y 5)... Exactamente lo que no ocurre de una forma completa y delimitada en la Ley 1/1992.

En primer lugar, cualquier medida que pueda adoptarse ha de venir presidida por el principio de excepcionalidad (STC 41/1982, de 2 de julio), por lo que, con ese carácter, ha de ser asimismo interpretado el precepto.

En segundo lugar, y fruto de la anterior reflexión sobre la vigencia en este sector de intervención pública del *Opportunitätsprinzip*, el Tribunal Constitucional alemán ha matizado que cualquier intervención en el marco de los derechos fundamentales debe respetar un principio de proporcionalidad —prohibición del exceso o «*ubermassverbot*» en la doctrina alemana— (49). Así la BVerfGE 61, 126 (134), señala:

«Tal intervención debe ajustarse al principio de proporcionalidad, que resulta de la naturaleza de los derechos fundamentales, y al que corresponde rango constitucional en cuanto componente del postulado de Estado de Derecho».

En la misma línea, la STC 15/1986, de 31 de enero, establece que esta libertad, libertad física, tenida también por el artículo 1.º CE como valor superior y trascendental del ordenamiento jurídico junto a la justicia, la igualdad y el pluralismo político, comporta con la seguridad, la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas que, adoptadas arbitraria o ilegalmente, restringen o amenazan la libertad de toda persona para organizar en cualquier momento y lugar, dentro del territorio nacional, su vida individual y social con arreglo a sus propias opciones y convicciones.

Recogiendo lo expresado la STC 101/1985, de 4 de octubre, declara (FJ 3.º) que

«el principio de libertad... exige que las limitaciones que a él se establezcan respondan a supuestos derivados de la Constitución y que en cada caso resulte indubitablemente probado que se ha traspasado el ámbito de libertad constitucionalmente fijado.»

Luego parece fácil concluir que la restricción de la libertad, tal y como venimos exponiendo, ha de venir impuesta por intereses públicos constitucionales y venir precedida de una duda razonable o sospecha sobre la actividad del sujeto lo que obliga, en la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a sopesar adecuadamente la idoneidad de adopción de la medida en el caso concreto. Una aplicación generalizada por parte de éstas de dicha habilitación legal que, como hemos referido ha de ajustarse a dichos parámetros de excepcionalidad y proporcionalidad, convertiría la actuación policial en ilegítima. La Ley no coadyuva a limitar los eventuales excesos. Más bien, desgraciadamente, posibilita lo contrario.

(49) Sobre el principio de proporcionalidad puede consultarse SCHNAPP, JvS 1983, 850.

B) *Las habilitaciones gubernativas contempladas en la Ley: del ordenamiento procesal-penal al administrativo*

Nuestra Constitución, tanto en el artículo 55.2 —investigaciones de bandas armadas— como en el artículo 17 —esclarecimiento de hechos punibles— contempla la restricción del derecho fundamental a la libertad (50). La restricción sólo puede obedecer a intereses constitucionales (no en vano se trata de restringir el derecho fundamental de la libertad de movimiento) y, por ello, en caso de admitir una restricción que obedezca a otros parámetros legislativos necesariamente hay que prever el control judicial. La Ley 1/1992 intenta salvar dicho escollo con la remisión periódica de un extracto al Ministerio Fiscal, actuación claramente insuficiente como ha puesto de relieve el Consejo General de Poder Judicial, quien en su informe al Anteproyecto de Ley, estimaba que

«esta duda no se produciría si la detención para constatación de identidad se ciñese a las personas respecto de las que exista una sospecha razonable de que puedan haber cometido delito o falta y se sometiese, consiguientemente, a la garantía jurisdiccional».

No es dable el olvido, para entender el significado último de la Ley, de que la misma rompe, en cierto sentido, el esquema constitucional de equilibrio de poderes. Medidas que debieran contemplarse en el Código Penal o en la Ley de Enjuiciamiento Criminal se trasladan a una Ley de Seguridad Ciudadana, norma de habilitación gubernativa, instalada en el ordenamiento jurídico administrativo. Y éste es, precisamente, uno de los objetivos aparentemente «no confesados», aunque evidentes, de la Ley: evitar el control judicial dentro del requerimiento para la identificación.

(50) En el caso del artículo 17 CE el legislador ordinario cuenta con la normativa del Código Penal, y en concreto de su artículo 571, que prohíbe ocultar la identidad, estado, domicilio, etc., a la autoridad o funcionario público que la pregunte en el ejercicio de sus funciones. Dicha regulación se completa con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en sus artículos 489 y ss., la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en los artículos 5.3, 11.1.g) y el artículo 1 del RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial. En esta legislación se contempla el deber de identificarse y la privación de libertad, retención o requerimiento para acudir a las dependencias policiales, sólo justificada en atención a un pendiente, pasado o futuro proceso penal o con la intención de prevenir la comisión de hechos delictivos. En este sentido el artículo 492 LECrim, prescribe la obligación de toda autoridad o Agente de Policía Judicial de detener en relación con el artículo 490: «Al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo» —a esta finalidad parece ir orientado el artículo— y, por tanto, en ausencia de motivos racionalmente bastantes para creer en la comisión de hechos punibles y para creer que la persona concreta tuvo participación en él, o que fuese a cometerlos, el agente de la autoridad se limitará a aplicar el artículo 493 LECrim., es decir, tomará nota del nombre apellido, domicilio y demás circunstancias para la averiguación e identificación. De otro lado cabe asimismo la detención aun por faltas, según se contempla en el artículo 495 LECrim., en caso de carecer de domicilio conocido o no prestar fianza bastante, a juicio de la autoridad o agente que pretenda la detención, sin que pueda elevarse detención a prisión, por impedirlo la circunstancia primera del artículo 503.

En este sentido, la redacción del precepto relativo al requerimiento para la identificación se configura —a juicio del ponente de la Ley de forma voluntaria ¿...? (51)— como un requerimiento que exige ser atendido y si no se realiza se puede ser compelido a ello. Otro significado alternativo haría que el precepto no tuviese sentido o fuese inviable.

Siguiendo con el razonamiento se produce, en este orden de cosas, una contradicción importante: se requiere a una persona sin ser sospechosa de haber cometido un delito —ya que si existe sospecha lo que procedería sería la detención según la normativa establecida en la legislación procesal-penal— para precisamente «impedir la comisión de un delito o falta», eso sí, a los solos efectos de realizar diligencias de identificación. Magnífico juego de palabras.

De otro lado, la potestad no ha sido otorgada para un fin o fines concretos —como sucede en la legislación italiana o alemana en preceptos similares—, pues lo es para todos los fines establecidos en la Ley y, vistos los supuestos contemplados en la misma, puede servir, en la actuación diaria de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, para amparar cualquier exceso.

El texto, además, llevado sin duda por su afán de trasladar a la autoridad administrativa habilitaciones de carácter procesal penal, añade un motivo de preocupación importante al ampliar el ámbito de ejercicio del requerimiento. En efecto, no sólo para la prevención de delitos y faltas de carácter criminal cabe hacer el requerimiento sino también para sancionar una infracción y esta habilitación, se quiera o no, rebasa las facultades sancionadoras de la Administración que encuentran un límite en el artículo 25.3 de la CE, disposición sobre la libertad de los individuos y, consecuentemente con ello, la privación de ésta se llame como se llame no está autorizada a la Administración Pública para consecución de fines administrativos: identificar para sancionar.

Junto a tales consideraciones, y respecto al contenido del articulado en concreto, cabe hacer algunas reflexiones con PEDRAZ PEÑALVA (52):

— ¿Qué ha de entenderse por identificación? Identificar es, a tenor del artículo 9.º.1 de esta Ley, acreditar la identidad personal, proclamándose suficiente valor al DNI para ello. Sin embargo, a veces el nombre como singularización de la persona es insuficiente, por ejemplo si el sujeto se llama José López. ¿El hecho de llevar y exhibir el carnet de identidad impide el empleo de cualquier otro medio de comprobación? Del tenor de la Ley no se deduce una respuesta clara y concreta.

— ¿Cómo es posible mantener la palabra «acompañar» si este acto no se realiza voluntariamente?

(51) Es inconcebible entender el precepto como voluntario: si el ciudadano acompaña voluntariamente al agente no es necesaria la habilitación legal. Si, por el contrario, el ciudadano no quiere acompañar voluntariamente al agente y, dicho motivo, comporta su detención estamos ante un supuesto de coacción legal inadmisibles.

(52) E. PEDRAZ PEÑALVA, «Notas sobre el artículo 20 LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 44. Las reflexiones que se realizan son un resumen de las establecidas por el autor en el trabajo citado.

— Que no se marque por el artículo 20 límite temporal máximo de la estancia en las dependencias policiales abre una puerta a la inseguridad (por contra, en Alemania se señala un límite de doce horas; en Gran Bretaña, seis horas; en Francia, cuatro horas...). Más chocante resulta el hecho de que la detención preventiva tenga un plazo máximo establecido constitucionalmente, setenta y dos horas, plazo que, como decimos, no existe en la regulación de la Ley 1/1992. En este sentido, más vale ser detenido que ser requerido.

— ¿Qué son dependencias policiales próximas?

— En dichas dependencias puede ser sometido el sujeto a otras diligencias de identificación, como análisis de sangre, cromosómico, encefalográfico, huellas dactilares, etc.

¿Pueden ir acompañadas dichas diligencias del registro de la persona, ropas y efectos? Pues si se obtuviesen pruebas en dichas diligencias el «requerimiento» adquiriría una finalidad distinta a la prevista en el artículo 20.2.

— No se contempla el derecho del «requerido» a avisar a su familia, abogado o prevenir a cualquier persona de su elección, como también al Ministerio Fiscal, del control a que ha sido sometido.

— Que no se causalice la actuación del agente, exigiendo que en cada caso precise la naturaleza y clase de atentado al interés público que el «requerimiento» intentó prevenir, a efectos de su control. Lo cual pone de relieve otro aspecto sobresaliente en la contradicción de la figura creada, pues si el ciudadano tiene que acompañar al agente necesariamente para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción (art. 20.2 Ley 1/1992), estaríamos en el supuesto típico de la detención en el primer caso y, por tanto, en una medida que rebasaría la capacidad de la Administración Pública para sancionar a los ciudadanos en la segunda (art. 25.3, pues la CE prohíbe cualquier medida acordada por la Administración que directa o indirectamente suponga una privación de libertad).

C) *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el tema controvertido*

Empecemos por dejar constancia que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo no avalan, en forma indubitada, conclusiones definitivas. De hecho, tanto los partidarios de la Ley como los que se sitúan en una posición crítica frente a la misma hacen referencia a los mismos pronunciamientos, deduciendo de ellos, de forma legítima, eso sí, consecuencias radicalmente distintas. En realidad, creo que nos encontramos ante un supuesto novedoso respecto del que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al menos la existente hasta ahora, tiene un valor indicativo que no sirve como argumento definitivo de autoridad en defensa de las distintas posiciones sostenidas.

El Tribunal Constitucional, en sentencia 98/1986, de 10 de julio, muchas veces reiterada al referirse al problema, subrayó que no es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad, en las que de cualquier modo se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita, queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución, lo que no debe impedir que esa privación de libertad se pueda contemplar, en situaciones normales o en distintos estadios o momentos. Sin perjuicio de ello, debe considerarse como detención, según esa Sentencia, cualquier situación en que la persona se vea obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad (53).

Por tanto, la libertad que se declara como un valor indivisible —en el sentido de que existe o no existe— es una realidad fáctica que no admite zonas intermedias; en este sentido, el párrafo 2.º del artículo 17 CE contempla las excepciones a esta situación «nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley».

No obstante esta primera toma de posición del alto Tribunal y de la propia Administración de seguridad, subsiguientes declaraciones del Tribunal Constitucional han venido aparentemente a enturbiar este, hasta ese momento, claro panorama. Muestra de estas son las SSTC 107/1985, de 7 de octubre, 205/1986, de 18 de febrero, 22/1988, de 18 de febrero, que han venido a relativizar la anterior declaración de nuestro Tribunal Constitucional a propósito del test de alcoholemia a conductores, y así en esta última (cabe aclarar que en este último caso el recurrente acudió voluntariamente a las dependencias policiales), el TC declara

«no es posible equiparar la privación de libertad a que se refiere el artículo 17 de la CE en sus diversos apartados con la presencia física de una persona en las dependencias policiales para la práctica de una diligencia —en este caso la prueba de alcoholemia—, por el tiempo estrictamente necesario para llevarla a efecto...».

(53) En el mismo sentido opinó, la propia Administración, quien en las «Instrucciones sobre la aplicación de la Ley Orgánica 14/1983, de 12 de septiembre», por la que se desarrolla el artículo 13.3 CE en materia de asistencia al detenido y al preso y modificación de los artículos 520 y 527 LECrim., y bajo la rúbrica «otras privaciones de libertad», establece: «Ha de tenerse presente que toda privación de libertad supone detención en sentido, cualquiera que sea la terminología que se utilice y, en consecuencia, el detenido goza de los derechos que la legislación le otorga, siendo indiferente que pase a presencia judicial o a disposición judicial, sin que existan estados intermedios que, bajo la acepción de retenciones u otras, pudieran utilizarse en la práctica para eludir el cumplimiento de las previsiones dictadas». ¡Mucho parecen haber cambiado los criterios e interpretaciones de nuestra Administración!

Si bien la misma Sentencia añade que

«El sometimiento de los conductores de vehículos a las normas del Código de la Circulación y, por tanto, a las autoridades encargadas de su cumplimiento, *en cuanto no desborden —como ocurre en este caso— el campo de actuación que les es propio*, no guardan relación alguna con el derecho de libertad que consagra y protege el artículo 17 de la Constitución» (54).

Junto a estas declaraciones jurisprudenciales, las Providencias de 26 de noviembre de 1990 (rec. núm. 2252/1990), 28 de enero de 1991 (rec. núm. 2260/1990) y la de 28 de enero de 1991 (rec. núm. 2262/1990), reforzando esta declaración, inadmiten las demandas de amparo por estimar que no entrañan una privación de libertad ni atentan contra el derecho de libre circulación, prácticas policiales de cacheo e identificación, pues

«... aun cuando estas diligencias inevitablemente comportan molestias, su realización y consecuente inmovilización del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica supone para el afectado su sometimiento no ilegítimo desde las perspectivas constitucionales a las normas de policía, sometimiento al que incluso puede verse obligado, sin la previa existencia de indicio de infracción contra su persona, en el curso de actividad preventiva e indagatoria de hechos delictivos que a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado incumbe...».

¿Quiere decir ello que cabe una regulación como la contenida en el artículo 20 de la Ley 1/1992 y que existe una contradicción, por tanto, entre las diversas declaraciones del TC?

Entiendo que, sin perjuicio de las subsiguientes valoraciones que vamos a realizar, la cuestión controvertida entre estas declaraciones jurisprudenciales puede resolverse si acudimos al criterio mantenido por

(54) Ha de tenerse presente, respecto del contenido de estas declaraciones jurisprudenciales, que están dirigidas exclusivamente a la realización de la prueba de alcoholemia. En este sentido, es claro que la identificación requerida con la finalidad de imponer una sanción es legítima y legal y, por supuesto, también lo es para prevenir un delito o falta. Lo que no es tan claro, y sobre ello habrá de pronunciarse el Tribunal Constitucional, es que el requerimiento «forzoso o forzado», según se mire, a acompañar a dependencias policiales próximas lo sea. Esta es, precisamente, la diferencia con la STC 107/1985, pues en ésta el Tribunal aclara que se circunscribe a la forma más completa de hacer la prueba de alcoholemia... «en su caso, en mérito de lo dispuesto en el artículo 492.1 de la LECrim., la detención de quien intentare cometer un delito o lo estuviese cometiendo», especifica la sentencia, y en relación a los delitos relativos a la seguridad vial. También se ha de tener presente el dato, al comparar ambas medidas, que el conducir un vehículo en estado de embriaguez es ya un delito cuya evidencia puede disiparse en poco tiempo.

el Consejo General del Poder Judicial. A saber (55), como venimos manteniendo desde el principio del presente trabajo, las declaraciones jurisprudenciales que se han realizado se enmarcan en la interpretación del artículo 17 de la CE pero no en el artículo 25.3 que, en conexión con el anterior, no admite la constitucionalidad de la norma. Y su dudosa constitucionalidad radica en un dato elemental: se está privando materialmente de la libertad para facilitar, en algunos casos, la actuación sancionadora de la Administración. La eficacia policial y sancionadora no puede ser en ningún caso un criterio inspirador *contra cives* y en detrimento de los derechos fundamentales.

El problema presente en la Ley, como puede verse, no es otro que trasladar habilitaciones jurídico-procesales —previstas para una policía judicial dependiente en un modelo claro de seguridad dirigida por los jueces— a habilitaciones gubernativas.

Aún cabe realizar una última consideración. La Constitución española previene, en su artículo 10.2, que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas que su texto reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Es decir, las normas que regulan derechos fundamentales han de pasar un doble filtro: de un lado, su necesaria acomodación constitucional *stricto sensu*; de otro, su adecuación a los tratados internacionales que sobre la materia tiene suscritos España (56).

La materia objeto del presente comentario, viene regulada en el artículo 5.º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que sirve de base interpretativa al artículo 17 de la Constitución española de 1978.

El artículo 5.º establece literalmente:

«Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley:

a) Si ha sido penado legalmente en virtud de Sentencia dictada por un Tribunal Competente.

(55) En el mismo sentido se muestra E. PEDRAZ PEÑALVA, «Notas sobre el artículo 20...», *op. cit.*, pág. 3, que entiende que «las sentencias citadas sólo se refieren al artículo 17.3 de la CE y no al 25.3 que impide a la Administración imponer sanciones que impliquen privación de libertad, llámense o no detenciones. De este modo, para el CGPJ, la doctrina sentada en la STC 115/1987, de 7 de julio, implica que llevar a cabo tal privación de libertad por razones puramente administrativas —y sólo estas razones son si no existe ninguna sospecha razonable, y si existen no cabe sino interpretar que estamos en el campo de la detención al existir los que la doctrina procesalista denomina como noticia *criminis*— supone infringir los mandatos constitucionales de los artículos 17.3 y 25.3 CE, máxime cuando se desconoce lo prevenido en el artículo 17.3 CE —y yo añadiría el artículo 17.2 CE—, a cuyo tenor, amén de ignorar los derechos de cualquier persona privada de libertad, es menester ulterior control judicial».

(56) Véase la STC 42/1981, de 5 de julio.

b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la Ley.

c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.

d) Si se trata del internamiento de un menor, en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación, o de su detención, conforme a derecho, con el hacerle comparecer ante la autoridad competente.

e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un tóxico-mano o de un vagabundo.

f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

Al mismo ha tenido ya oportunidad de referirse el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien en sentencia de 6 de noviembre de 1980 (caso Guzzardi) (57) declaraba que dicho artículo

«está contemplando la libertad física de la persona, tratando de asegurar que nadie puede ser privado de su libertad de modo arbitrario».

Como de su lectura se deduce, el artículo 5.º otorga protección a las privaciones de libertad; en este sentido, las restricciones de libertad no se incluyen en el mismo, si bien:

«entre privación y restricción de libertad hay una diferencia de grado o intensidad más que de naturaleza o de esencia»,

y añade respecto de las excepciones del artículo 5.º que:

«en todo caso dichas excepciones exigen una interpretación restrictiva».

(57) Sirven también a los efectos interpretativos en cuanto al tiempo razonable de pérdida de libertad la Sentencia de 27 de junio de 1968 (caso Neumeister), Sentencia de 27 de junio de 1969 (caso Wenhoff), Sentencia de 10 de noviembre de 1969 (caso Stogmuller), Sentencia de 2 de octubre de 1984 (caso Skoogstrom), Sentencia de 25 de octubre de 1989 (caso Bericheri) y Sentencia de 26 de junio de 1991 (caso Letelier).

Desde nuestro punto de vista las aseveraciones del Tribunal avalan lo expuesto y ponen de relieve cómo la medida del «requerimiento-retención», en cuanto privación de libertad no concretizada y delimitada suficientemente a nivel legal, no es útil al fin establecido —por los excesos que puede provocar— y, carente de mínimas garantías, puede infringir, como se viene poniendo de relieve, el contenido esencial del derecho a la libertad. No se produce una compensación proporcional de dicho sacrificio con los derechos establecidos para la situación del detenido (art. 6.º del Convenio y 17 de la Constitución). Estamos, pues, frente a una auténtica privación de libertad —detención en sentido estricto— no protegida por las garantías que adornan a esta y, por tanto, sólo cabe concluir de la medida su dudosa constitucionalidad por no atender al principio de legalidad «suficiente» y al respeto al contenido esencial del derecho a la libertad.

III. LA INVOLABILIDAD DE DOMICILIO Y EL DESARROLLO DEL ARTÍCULO 18.2 SE LA CONSTITUCIÓN

Concretamente la Ley de Seguridad Ciudadana contempla en su artículo 21 una medida que afecta al derecho contemplado en el artículo 18.2 de la Constitución. El artículo 21 establece literalmente:

«1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sólo podrán proceder a la entrada y registro en domicilio en los casos permitidos por la Constitución y en los términos que fijen las leyes.

2. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, será causa legítima para la entrada y registro en domicilio por delito flagrante el conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, castiga el Código Penal, siempre que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito.

3. Será causa legítima suficiente para la entrada en domicilio la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofes, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad.

En tales supuestos, y para la entrada en edificios ocupados por organismos oficiales o entidades públicas, no será preciso el consentimiento de la autoridad o funcionario que los tuviere a su cargo.

4. Cuando por las causas previstas en el presente artículo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad entrasen en un domicilio, remitirán sin dilación acta o atestado que redactaren a la autoridad judicial competente».

Su redacción contempla algunos puntos conflictivos y de eventual colisión constitucional. A saber:

— La ruptura del equilibrio entre los Poderes del Estado. Al respecto, se produce una gubernamentalización de una medida esencialmente judicial y se «dulcifica» la misma medida mediante la obligación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de remitir un acta para el posterior control judicial.

— La delimitación legal del domicilio y de su inviolabilidad y el necesario respeto de la Ley al contenido esencial del Derecho.

— La equiparación al delito flagrante del «conocimiento fundado», por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas castiga el Código Penal.

A estas tres cuestiones vamos a tener oportunidad de referirnos.

A) *La delimitación constitucional del concepto de domicilio y de su inviolabilidad*

En forma reiterada, la doctrina y la jurisprudencia, tanto de los tribunales ordinarios como del Tribunal Constitucional, han ido perfilando y aquilatando un concepto de domicilio (58), de su titularidad (59), su conexión con otros derechos de la personalidad (60), su fundamento y objeto material, su relación con los privilegios de autotutela administrativa (61)...

(58) En torno al concepto de domicilio el mismo se ha ido delimitando, desde distintas perspectivas, básicamente, sin ánimo de ser exhaustivo, gracias a la labor de la doctrina penalista: MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, Sevilla, 1982, pág. 136; CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, II, vol. II, Barcelona, 1980, pág. 682; SUÁREZ MONTES, «El delito de allanamiento de Morada», *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1986, pág. 869; QUINTANO RIPOLLES, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, 1972, pág. 955-956; CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, I, Barcelona, 1972, pág. 766; de la doctrina administrativista: F. LÓPEZ RAMÓN, *Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia constitucional*, «REALA», núm. 225, 1985; R. GARCÍA MACHO, *La inviolabilidad del domicilio*, «REDA», núm. 32, 1982; por la doctrina constitucionalista, LUCAS VERDÚ, *Inviolabilidad de domicilio*, en «NEJ», XIII, Barcelona, 1968, o, más recientemente, por P. J. GONZÁLEZ-TREVIJANO, «La inviolabilidad del domicilio», Madrid, 1992.

(59) En torno al tema puede consultarse J. JOSEP QUERALT, *La inviolabilidad domiciliaria y los controles administrativos. Especial referencia a las empresas*, «REDC», núm. 30, 1990; F. B. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, *La doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los derechos fundamentales de las personas jurídico-públicas: su influencia sobre nuestra jurisprudencia constitucional*, «RAP», núm. 125, 1991.

(60) Básicamente P. J. GONZÁLEZ-TREVIJANO, «La inviolabilidad...», *op. cit.*, págs. 64 y ss.

(61) T. FONT Y LLOVET, «La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas.

El Tribunal Constitucional, por su parte, en un conflicto entre una orden administrativa de derribo en cumplimiento de la legalidad urbanística y la inviolabilidad domiciliaria, va a declarar, en una Sentencia paradigmática —la STC 22/1984, de 17 de febrero— (62), en torno al concepto de domicilio lo siguiente:

«El artículo 18.2 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, según hemos dicho, 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

Aspectos constitucionales», 1985, págs. 129 y ss., LÓPEZ RAMÓN, *op. cit.*; T. QUINTANA LÓPEZ, «REALA», núm. 229, 1986; NIETO GARCÍA, *Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria*, «RAP», núm. 112, 1987.

(62) La Sentencia trae causa de la STS de 7 de diciembre de 1982 (art. 7911), que señalaba en torno al concepto y significado de la noción de domicilio: «... Que la protección jurisdiccional se impetra en el caso de autos por presunta vulneración del derecho fundamental consagrado en el artículo 18.2 de la Constitución, en el que se declara que “el domicilio es inviolable”, añadiéndose a continuación que ninguna entrada podrá hacerse en él sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito, y, por consiguiente, el análisis de este precepto parece el cauce adecuado para valorar atinadamente y delimitar de modo claro el alcance y finalidad de su prevención, lo que nos conduce a destacar que el mismo está integrado en un artículo consagrador también del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, así como el secreto de las comunicaciones, es decir, que todos estos derechos enunciados y garantizados en el precepto citado forman el bloque de lo que en conjunto es conocido en ámbitos jurídicos bajo la denominación genérica de derechos de la personalidad, en los que el eje básico sobre el que se proyectan las consecuencias de su ejercicio es la persona humana como tal, el respeto a su dignidad innata, a su independencia e intimidad, de forma que éste es el bien jurídico objeto de protección mediante su consagración en el texto constitucional y la encomienda de su salvaguardia a la autoridad judicial que les pone a cubierto de toda pesquisa, indagación o intromisión ilegítima en ellos, tendentes a vulnerar ese ámbito que tales derechos crean en torno a la persona y su intimidad para impedir injerencias arbitrarias en su vida privada de forma que sólo en defensa de superiores intereses generales de la comunidad ha de sufrir merma temporal mediante la adopción del acuerdo oportuno por la autoridad facultada para ello por la ley...». El tema objeto de debate fue objeto de un amplio comentario por LÓPEZ RAMÓN, «Inviolabilidad de...», *op. cit.*

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.

La regla segunda establece un doble condicionamiento a la entrada y al 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...».

Las notas del concepto de domicilio son, pues, a juicio de Josep QUERALT (63), las siguientes:

— Lugar separado del entorno físico exterior de forma inequívoca; ello está generalmente claro: un apartamento, una casa, pero también una chabola, un carromato o vivienda sobre ruedas, incluso una tienda de campaña. Poco importa su calificación arquitectónica, estética o urbanística.

— Al mismo tiempo, es el lugar donde la persona puede actuar sin intromisión alguna, mientras sus vivencias no trasciendan perjudicialmente al exterior; es lo que se llama intimidad. Se trata de un atributo de la personalidad con mayor pujanza cada día y, por ende, protección jurídica. Tiene interés, en lo que a la exposición compete, en materia del registro que la entrada implica.

Lo que lo diferencia, a juicio del autor, del concepto civil, administrativo o fiscal de domicilio.

Junto al concepto de domicilio, la sentencia anteriormente referida y, en relación al carácter tasado y exclusivo de las excepciones permitidas en el texto constitucional, añadía:

«El párrafo segundo del artículo 18 concreta la inviolabilidad del domicilio en la interdicción de entrada en él y en la interdicción del registro. Estos términos, no obstante su aparente concreción, deben considerarse comprensivos de toda invasión que rompa el bien jurídico protegido.

En el texto constitucional la norma de interdicción de entrada y de registro sólo admite unas excepciones muy determinadas: el consentimiento del titular, que según el texto del precepto no necesita ser expreso; la existencia de una resolución judicial que la autorice y la producción de un delito flagrante, caso en el cual los perseguidos pueden

(63) J. JOSEP QUERALT, «La inviolabilidad domiciliaria...», *op. cit.*, pág. 53

continuar la persecución en el domicilio de la persona afectada.

El carácter taxativo de las excepciones hace que...».

Por tanto, carácter taxativo de las excepciones al principio general, interpretación restrictiva de las limitaciones al derecho general de inviolabilidad del domicilio y no admisión de interpretaciones extensivas y analógicas sobre el contenido esencial del derecho configuran y acotan el derecho frente a posibles perturbaciones del mismo.

Nuestra Constitución, por tanto, delimita en su artículo 18 una rígida protección del domicilio: el domicilio es inviolable, declara como principio general. De este principio general extrae o configura tres excepciones: consentimiento del titular, resolución judicial o flagrante delito (64). Es decir, la singularidad del artículo 18.2 de la Constitución Española estriba no tanto en la naturaleza de las excepciones, como en la atribución del monopolio de la decisión del Juez (65), salvo los casos de consentimiento del titular domiciliario y flagrante delito (66).

Es decir, el diseño constitucional de la entrada domiciliaria configuraba un modelo claramente judicialista —porque el diseño policial, en definitiva, lo es, a pesar de la dicción del artículo 104 CE—, atribuyendo al juez, como máximo garante de los derechos fundamentales, la potestad

(64) Frente a esta regulación fuertemente protectora de la intimidad familiar que prohíbe la entrada o registro en España, otras regulaciones constitucionales establecen la prohibición de «pesquisas o aprehensiones arbitrarias» (Enmienda IV EE.UU.), «inspecciones, registros o secuestros» (art. 14 de la Constitución Italiana de 1947), «registros o allanamientos» (art. 13 de la Ley Fundamental de Bonn.), «injerencias arbitrarias» (art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos). LÓPEZ RAMÓN, «Inviolabilidad del domicilio...», *op. cit.*, págs. 39 y ss., destaca la rigidez del concepto constitucional frente a otros textos de derechos comparado. Asimismo es de sumo interés el estudio de R. GARCÍA MACHO, «La inviolabilidad...», *op. cit.*, que realiza un estudio pormenorizado y comparativo entre la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución Española de 1978, destacando también su mayor exigencia y carácter taxativo. Un estudio de la evolución histórica del derecho puede encontrarse en P. J. GONZÁLEZ-TREVIJANO, «La inviolabilidad del...», *op. cit.*, págs. 29 y ss.

(65) F. LÓPEZ RAMÓN, «Inviolabilidad...», pág. 41.

(66) La rigidez del artículo se debe, precisamente, al interés del constituyente de garantizar eficazmente los derechos fundamentales. Ese interés va a presidir todo el debate del artículo 18 CE, tanto en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso como en el Pleno, que en su primera redacción prohibía la «investigación domiciliaria». Frente a ello se propuso la enmienda que dio lugar a la actual redacción que ligaba claramente la entrada y registro en el domicilio a la acción investigadora y judicial para perseguir el delito, conforme a la regulación contenida en La LECrim.; se prohibía la entrada y registro, la entrada con una determinada finalidad de búsqueda de elementos de convicción penal.

Junto a esta enmienda, el Senador MARTÍN-RETORTILLO defendió adicionar al artículo una enmienda del siguiente tenor: «Por Ley Orgánica podrá autorizarse, con carácter excepcional, el acceso al domicilio por estrictas razones de auxilio a la vida, sanitarias o de calamidad»; frente a la misma el portavoz socialista estimó que era una de esas enmiendas «aparentemente... aperturistas; la constitucionalización de las excepciones a los derechos individuales nos parece por sistema un criterio regresivo». Sin comentarios.

de decisión para perturbar ese orden de intimidad reservado al domicilio. No parece que la regulación constitucional optase por un modelo gubernativo de interpretación por el Poder Ejecutivo de la inviolabilidad domiciliaria. Muy al contrario, a éste parece asignarle un papel mayormente de «no hacer».

Esta especial rigidez de la regulación constitucional del derecho ha venido a ser reconocida y así interpretada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 160/1991, que establece:

«Para resolver sobre la pretensión de los recurrentes, cabe recordar que el artículo 18.2 de la Constitución española lleva a cabo una rigurosa protección de la inviolabilidad del domicilio al establecer tres supuestos taxativos en que procederá la entrada o registro del domicilio: la existencia de consentimiento del titular, la presencia de flagrante delito y la resolución judicial. Esta enumeración viene a separarse de regulaciones constitucionales de otros países que, aun reconociendo la inviolabilidad del domicilio, se remiten, para las excepciones al respecto, a los casos y las formas establecidas por la ley (caso del art. 14 de la Constitución italiana) o aceptar la posibilidad de que órganos no judiciales acuerden la entrada forzosa en un domicilio, en supuestos de urgencia (art. 13.2 de la Ley Fundamental de Bonn).

Por el contrario, en el caso de la Constitución española, y como expresión de la estrecha relación entre la protección del domicilio y la acordada a la intimidad personal y familiar en el apartado 1.º del mismo artículo 18, fuera de los supuestos de consentimiento del titular, y de flagrancia delictiva (ninguno de los cuales es relevante en este recurso), se posibilita la entrada o registro domiciliario únicamente sobre la base de una resolución judicial. La garantía judicial aparece así como un mecanismo preventivo, destinado a proteger el derecho y no —como en otras intervenciones judiciales previstas en la Constitución— a reparar su violación cuando se produzca. *La resolución judicial, pues, aparece, como el método para decidir, en caso de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho del artículo 18.2 CE u otros valores e intereses constitucionalmente protegidos.* Se trata, por tanto, de encomendar a un órgano jurisdiccional que realice una ponderación previa de intereses, antes de que se proceda a cualquier entrada o registro, y como condición ineludible para realizar éste, en ausencia de consentimiento del titular».

Adviértase que el Tribunal Constitucional, en la Sentencia anteriormente reproducida, reseña que cuando haya de decidirse si ha de prevale-

cer el derecho contenido en el artículo 18.2 de la CE u otros valores constitucionalmente protegibles (*seguridad ciudadana en nuestro caso*) es al juez y sólo a éste a quien corresponde decidir en primera instancia sobre la colisión de valores, careciendo de sentido un control judicial configurado solamente «ex post» (67).

Y decimos esto porque en el fondo de la regulación subyace ese permanente intento del Poder Ejecutivo de ensanchar su cuota de decisión a costa de los otros poderes del Estado. No es otra cosa lo que sucede con la configuración gubernativa de la entrada en domicilio contenida en el apartado 2.º del artículo 21 que, mediante una interpretación extensiva del termino flagrancia, realmente configura un nuevo supuesto, un nuevo modelo de protección de los derechos fundamentales en el que la valoración de los intereses en presencia no corresponde al Juez sino al poder policial. Ingenioso, aunque, a nuestro juicio, no es el modelo constitucionalmente diseñado.

B) *La configuración legal de las excepciones a la «inviolabilidad domiciliaria»*

A lo largo del presente trabajo hemos aludido a que el desarrollo a nivel legislativo de los derechos fundamentales y, por tanto, de la libertad de circulación y la inviolabilidad domiciliaria, ha de respetar su «contenido esencial» y cualquier excepción a los mismos, por ser derechos básicos y personalísimos, ha de ser diseñada proporcionalmente e interpretada de forma excepcional. Este y no otro es el equilibrio constitucional plasmado en los artículos 53 y 55 del texto constitucional, ésta es la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y ésta es, en fin, la opinión unánime de la doctrina que sobre el tema se ha ocupado (68).

Por tanto la consideración de la vulneración o no por parte del artículo 21 de la Ley 1/1992 del artículo 18 de la CE depende de si su regulación ha ido más allá de lo constitucionalmente admisible al regular la violabilidad del domicilio en caso de delito fragante. Es más, ¿cabe que el legislador ordinario realice una regulación del estado de flagrancia mediante reglas interpretativas de lo que deba entenderse por tal concepto?

En principio, el artículo 18.2 CE enumera exhaustivamente las excepciones a la regla general de la inviolabilidad domiciliaria. Las excepciones a tal derecho no las remite la Constitución a la Ley para su regulación, sino que, de forma directa, procede a establecerlas: el consentimiento del titular, las autorizadas judicialmente y las motivadas por flagrante delito. Y no hay más (69).

(67) En el mismo sentido la SSTC 144/1987, de 28 de septiembre, 199/1987, 16 de diciembre, y Auto 129/1990, de 26 de marzo. De alguna manera subyace en la interpretación del Tribunal Constitucional el principio anglosajón de «My home, my castle», con una visión derivada de la extrema protección que al domicilio dispensa la Constitución.

(68) Véase por todos R. GARCÍA MACHO, «La inviolabilidad del...», *op. cit.*, págs. 859 y ss.

(69) Otra cosa es que no quepa entrar en el domicilio por otras circunstancias, como, por ejemplo, el estado de necesidad, que, como destacó el Informe del Consejo

Por ello que vía legislativa no quepa aumentar, mediante una interpretación extensiva, las excepciones ya previstas por el artículo 18.2; máxime si ésta interpretación es limitativa del derecho fundamental en dicho artículo protegido que pretende evitar las injerencias, intromisiones, o investigaciones arbitrarias de los poderes públicos, especialmente cuando la autoridad gubernativa pretende la búsqueda o pesquisas de personas o cosas con propósitos incriminatorios.

A dicha idea se llega a través de los elementos histórico y sistemático en la interpretación del texto constitucional. Históricamente, la inviolabilidad del domicilio ha sido concebida como un freno contra las injerencias arbitrarias de la policía judicial en su pesquisa de personas o pruebas de convicción delictiva. Sistemáticamente se llega a la misma idea a partir del artículo 55 de la Constitución, que permite la suspensión del derecho a la inviolabilidad del domicilio justamente para que la autoridad gubernativa, sin resolución judicial, pueda entrar y buscar personas o cosas con el fin de conseguir pruebas incriminatorias.

Añádase que, como el propio Tribunal Constitucional recoge, nuestro sistema es distinto al establecido en otros países, donde la norma constitucional remite a la Ley la regulación de las excepciones a la inviolabilidad domiciliaria. En nuestro sistema no cabe esa posibilidad sólo la Constitución fija las excepciones. Al Poder Legislativo corresponde únicamente respetarlas, no ampliarlas, vía interpretaciones extensivas o analógicas.

En cualquier caso, la interpretación que corresponde es una interpretación restrictiva. Así lo aclara la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en SSTs de 16 de octubre y de 14 de diciembre de 1990, señalaba:

«Conforme aparece redactado el artículo 18.2 de la CE, que permite entrar en domicilio ajeno sin el consentimiento del titular y sin resolución judicial que lo autorice en los casos de flagrante delito, estos supuestos 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 al derecho fundamental».

De otro lado hay que plantearse si le es constitucionalmente lícito al legislador la reinterpretación de conceptos constitucionales. En definitiva, nos encontramos ante la equiparación y dación de significado al concepto de flagrancia, atribuyéndole uno de entre los posibles.

La STC 76/1983, de 5 de agosto (70), rechazaba esta práctica con los siguientes argumentos:

General del Poder Judicial de 18 de diciembre de 1990, no exige, por otra parte, un reconocimiento explícito al estar dotadas de una fundamentación propia.

(70) En el mismo sentido la STC 214/1989, de 21 de diciembre, relativa a la LRBRL y a la derogación de su artículo 5.

«Es cierto que todo proceso de desarrollo normativo de la Constitución implica siempre una interpretación de los correspondientes preceptos constitucionales realizada por quien dicta la norma de desarrollo. Pero el legislador ordinario no puede dictar normas meramente interpretativas, cuyo exclusivo objeto sea precisar el único sentido, entre los varios posibles, que deba atribuirse a un determinado concepto o precepto de la Constitución, pues al reducir las distintas posibilidades o alternativas del texto constitucional a una sola completa de hecho la obra del poder constituyente y se sitúa funcionalmente en su mismo plano, cruzando al hacerlo la línea divisoria entre el poder constituyente y los poderes constituidos».

Y, por tanto, si no le es lícito extender los supuestos previstos constitucionalmente y no cabe que interprete el sentido de la flagrancia, parece que no hay más remedio que concluir la ilegitimidad del apartado 2.º de dicho artículo 21.

Por ello que, atendiendo a lo expuesto por nuestro Tribunal Constitucional, dos de los tres puntos que habían de ser objeto de análisis merecen una respuesta negativa: ni cabe que ante una colisión de valores se establezca un control judicial *ex post* como hace la Ley de Seguridad Ciudadana, ni cabe tampoco que el Poder Legislativo, mediante una reinterpretación de los términos conceptuales previstos en el artículo 18.2, amplíe los supuestos previstos constitucionalmente. Veamos el tercero.

C) *El concepto de flagrancia y su traducción en la Ley de Seguridad Ciudadana: el «conocimiento fundado»*

Sin duda, la consideración de lo que haya de entenderse por delito flagrante constituye una de las claves para el juicio de constitucionalidad del artículo objeto de comentario.

Es conocida y clásica la expresión de CARNELUTTI, quien opina que la expresión metafórica se refiere a la llama que denota con certeza la combustión. Cuando se ve la llama es cierto que alguna cosa arde (71).

(71) R. GARCÍA MACHO, «La inviolabilidad del...», *op. cit.*, pág. 863, ha recogido las opiniones doctrinales, básicamente alemanas, más sobresalientes sobre el tema. En este sentido indica: «Según GARCÍA MORILLO, en principio, flagrante delito es un concepto muy preciso y alude al momento en que se está ejercitando el delito. En sentido más amplio lo entiende PERIS, cuando considera que flagrante delito es el que se estuviere cometiendo o se acabará de cometer. Se entiende, por tanto, 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, y si la persecución durase o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del alcance inmediato de los que le persiguieren. Asimismo, se considerará delincuente *in flagranti* al que se encuentre, inmediatamente después de cometido el delito, con efectos o instrumentos que infundan una sospecha vehemente de su participación en él.

Definición poética que, en cierto sentido, ha sido seguida por nuestros tribunales. En este sentido la STS de 25 de marzo de 1990 declaraba:

«La palabra “flagrante” viene del latín *flagrans-flagrantis*, participio del verbo *flagrare*, que significa arder o quemar, y se refiere a aquello que está ardiendo o resplandeciendo como fuego o llama, y en este sentido ha pasado a nuestros días, de modo que por delito flagrante en el concepto usual hay que entender aquel que se está cometiendo de la manera singularmente ostentosa o escandalosa, que hace necesaria la urgente intervención de alguien que termine con esa situación anómala y grave a fin de que cese el delito porque está produciendo un daño que debe impedirse inmediatamente o porque es posible conseguir que el mal se corte y no vaya en aumento y, además, hay una razón de urgencia también para capturar al delincuente».

La jurisprudencia ha venido estableciendo, SSTS de 16 de octubre y 14 de diciembre de 1991, como necesarios tres requisitos a los efectos interpretativos del concepto de flagrancia contenido en el artículo 18.2 de la CE:

— Inmediatez temporal, es decir, que se esté cometiendo un delito o que haya sido cometido instantes antes.

— Inmediatez personal, consistente en que el delincuente se encuentre allí, en ese momento, en una situación con relación al objeto o los instrumentos del delito que ofrezca prueba de su participación en el hecho.

— Necesidad urgente, de tal forma que la Policía, por las circunstancias concurrentes en el caso concreto, se vea impelida a intervenir inmediatamente con el doble fin de poner término a la situación existente, impidiendo la propagación del mal que la infracción acarrea, y de conseguir la detención del autor de los hechos, necesidad que no existirá cuando la naturaleza de los hechos permita acudir a la autoridad judicial para obtener el mandamiento correspondiente.

Pues bien, el «conocimiento fundado», expresión finalmente acogida en el texto (72), es difícilmente equiparable a la percepción sensorial,

Según KLEINKNECHT, es perseguido por flagrante delito quien es sorprendido en él. DÜNNEBIER, en una posición similar a la Ley de Seguridad Ciudadana, estima, con criterio más amplio, el hecho como flagrante cuando se prepara, intenta o ejecuta, permitiéndose en estos casos la detención, es decir, con que haya indicios de un hecho ilegal es suficiente. Contrariamente, SCHMIDT estima que es necesaria una real perpetración del hecho, no una mera sospecha... Aunque con la excepción de DÜNNEBIER la doctrina más autorizada europea considera que la justificación de la detención, en caso de flagrante delito, implica la no existencia de dudas razonables sobre la culpabilidad del autor. Implica una percepción sensorial directa de la comisión del delito».

(72) P. J. GONZÁLEZ-TREVIJANO, *op. cit.*, págs. 215 y ss., relata detalladamente el proceso de reelaboración del precepto que revela, en sí mismo, la creación de un concepto paralelo a la flagrancia establecida en el texto constitucional.

inmediatez temporal y personal que exige la flagrancia, y ello porque se puede tener conocimiento fundado sin conocimiento directo. En realidad, el equívoco se plantea al asimilar una forma de conocimiento, la «flagrancia», que es la exigida por la Constitución con otra forma de conocimiento, el «conocimiento fundado», concepto que, por otra parte, en sí mismo admite numerosas formas de error y posiblemente de abuso.

La misma limitación de la ampliación del concepto, en cuanto a su ámbito material, a los delitos de narcotráfico privilegiando la persecución de estos delitos revela que el legislador era consciente de que el concepto constitucional de flagrancia —que realmente reserva al resto de los delitos— es más reducido.

Por último, como en el caso de la retención, en el presente también es necesario, a efectos interpretativos de la actuación policial, repasar la doctrina del TEDH en torno a la inviolabilidad domiciliaria como instrumento interpretativo del juego entre la regla general, inviolabilidad domiciliaria, y su excepción, el delito flagrante.

En este sentido, la Sentencia de 24 de noviembre de 1986 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso GILLOW) contempla una posible violación del artículo 8.º del Convenio Europeo (que regula, como es conocido, la inviolabilidad domiciliaria). El Tribunal entiende que las medidas de injerencia domiciliaria, además de estar previstas en la Ley, han de ser necesarias en una sociedad democrática... como medio de protección de los derechos y libertades, y, en este sentido, el Tribunal aclara que la necesidad implica una exigencia social imperiosa no que sea meramente deseable o conveniente; y, sobre todo, la medida tomada debe ser proporcionada a la legítima finalidad perseguida. Además, sigue diciendo, el alcance del margen discrecional que tienen las autoridades no depende solamente de la finalidad de la restricción, sino también de la naturaleza del derecho de que se trate.

Las anteriores consideraciones nos llevan a concluir que la medida ha de reunir dos elementos imprescindibles: necesidad y proporcionalidad al fin perseguido. Reflexionemos sobre ello.

En principio resulta contradictorio que, si de conformidad con el artículo 8.º del Convenio citado, las medidas han de ser necesarias en una sociedad democrática para el respeto a los derechos fundamentales, precisamente con la adopción de una interpretación extensiva del concepto de «flagrancia» se pongan en peligro esos derechos. En definitiva, se está extendiendo la posibilidad admitida en el artículo 55.2 CE para bandas terroristas de entrada en domicilio sin autorización judicial a otro tipo de delitos no contemplados en ese artículo mediante la interpretación «sui generis» de la flagrancia del artículo 18.2 de la Constitución. Y esto difícilmente es justificable con los requerimientos de una sociedad democrática. Por ello que, sin perjuicio de la probable ilegitimidad constitucional del artículo por las razones ya apuntadas anteriormente, la interpretación del mismo haya de realizarse con arreglo al parámetro constitucional de flagrancia, sin aditivos, que no permita una reducción injustificada del derecho protegido.

La anterior argumentación contesta por sí sola la necesaria proporcionalidad que la ejecución de la medida requiere (73). Dicha consideración exige que no sea posible adoptar otras medidas y que exista una adecuación entre medios y fines. Pues bien, atendiendo a ello, y si tenemos en cuenta los requisitos exigidos por nuestra jurisprudencia —básicamente las SSTs de 19 de marzo y 14 de diciembre de 1990—, resulta que precisamente los delitos de narcotráfico presentan dificultades de aplicación del concepto de flagrancia. Las sentencias referidas señalan lo siguiente:

«Así ocurre, por ejemplo, en los caso de robo, incendio, daños, homicidios, lesiones, violaciones, etc.; pero no en los supuestos de delitos de consumación instantánea y efectos permanentes como lo son aquellos que se cometen por la tenencia de objetos de tráfico prohibido...

Estos últimos delitos, desde el momento en que quedaron consumados por su tenencia ilegal, ya no requieren, normalmente, una intervención urgente que no pueda esperar el tiempo que se tarda en acudir al Juzgado para obtener un mandamiento judicial».

Por tanto, sin olvidar que la flagrancia se recoge como una excepción a la regla general de inviolabilidad domiciliaria, difícilmente la habilitación legal reinterpreta el concepto de flagrancia puede ser en algún momento adecuada o idónea al fin perseguido, con lo que, una y otra vez, las Fuerzas de Seguridad incurrirían eventualmente en una obtención de prueba ilegal. Conclusión y resultado de la medida no muy alentadora en cuanto a la eficacia de la acción policial que parece ser que es precisamente el objetivo que se persigue.

Dichas consideraciones nos llevan a concluir la más que probable no acomodación al texto constitucional del artículo referido que se revela, como la «punta de un iceberg», lo denunciábamos al principio, de la transmutación de valores y la construcción de una sociedad hobbesiana que eso sí parece estar claro no es la sociedad exquisita con el respeto a la dignidad e intimidad de la persona diseñada constitucionalmente.

(73) En este sentido el Tribunal Constitucional Alemán ha elaborado una interesante jurisprudencia en torno a dicho tema: BVerfGE 16, 202, de 10 de junio de 1963; BVerfGE 17, 117, de 25 de julio de 1963, y BVerfGE 20, 186 y 187, de 5 de agosto de 1966.