

Delitos contra la inviolabilidad del domicilio *

JUAN ANTONIO MARTOS NÚÑEZ
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Sevilla

* Este trabajo constituye, básicamente, un resumen de mi ponencia presentada en el «I Congreso Andaluz de Ciencias Penales», El Puerto de Santa María, 14, 15 y 16 de Abril de 1993.

1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

Es la «inviolabilidad del domicilio», ya que este concepto tiene un significado más preciso que no siempre coincide con el de «morada», entendida ésta, como apunta MUÑOZ CONDE («Derecho Penal», Parte Especial, 8ª edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 164), en el sentido de «espacio cerrado o en parte abierto, separado del mundo exterior que evidencia la voluntad del morador de excluir a terceras personas, destinado a fines propios de la vida privada». Desde el punto de vista «legal» la morada es, según el párrafo primero del art. 508 del Código penal, «la casa habitada o albergue de una o más personas, aunque se encontraren accidentalmente ausentes de ella cuando el robo tuviere lugar». En el concepto de morada también se incluyen las «dependencias», es decir, los patios, corrales, bodegas, graneros, pajares, cocheras, cuadras y demás departamentos o sitios cerrados y contiguos a la morada en comunicación interior con la misma y con la cual formen un sólo todo, según dispone el párrafo segundo del mencionado precepto, en relación con el apartado 4º del art. 8, en cuya virtud, en caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima «la entrada indebida en aquéllas o éstas».

En cambio, por exclusión, no constituyen «morada», los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas mientras estuvieren abiertas; a tenor de lo que dispone el art. 492 del Código Penal (en adelante, C.P.), mientras que, tampoco están comprendidas en la noción de «dependencias de la morada», las huertas o demás terrenos destinados al cultivo o a la producción, aunque estén cercados, contiguos a la morada y en comunicación interior con la misma.

* Este trabajo constituye, básicamente, un resumen de mi ponencia presentada en el «I Congreso Andaluz de Ciencias Penales», El Puerto de Santa María, 14, 15 y 16 de Abril de 1993.

Por consiguiente, el «domicilio» es la morada fija y permanente; el lugar en que legalmente se considera establecida una persona para el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos, cuya violación entraña el «delito contra la inviolabilidad del domicilio» que tipifica y sanciona el art. 191 del C.P.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 22/1984, de 17 de febrero, ha perfilado el bien jurídico protegido por la incriminación contenida en el referido artículo en los términos siguientes:

«El art. 18, apdo. 2º de la Constitución, contiene dos reglas distintas: una tiene carácter genérico o principal, mientras la otra supone una aplicación concreta de la primera y su contenido es por ello más reducido. La regla primera define la inviolabilidad del domicilio, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido para garantizar el ámbito de privacidad de ésta dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública.

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. Por consiguiente, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades.

La regla segunda establece un doble condicionamiento a la entrada y registro, que consiste en el consentimiento del titular o en la resolución judicial. La interdicción fundamental de este precepto es la del registro domiciliario, entendido como inquisición o pesquisa para la cual la entrada no es más que un trámite de carácter instrumental. De la facultad que el titular del derecho sobre el domicilio tiene de impedir la entrada en él es consecuencia que la resolución judicial o la resolución administrativa que ordenan una ejecución que sólo puede llevarse a cabo ingresando en un domicilio privado, por sí solas no conllevan el mandato y la autorización del ingreso, de suerte que cuando éste es negado por el titular, debe obtenerse una nueva resolución judicial que autorice la entrada y las actividades que una vez dentro del domicilio pueden ser realizadas. Por consiguiente, el hecho de encontrarse ejecutando una decisión, judicial o administrativa legalmente adoptada, no permite la entrada y el registro en un domicilio particular. Sin el consentimiento del titular o resolución judicial, el acto es ilícito y constituye violación del derecho, salvo en caso de flagrante delito y salvo, naturalmente, la hipótesis que generan causas de justificación, como puede ocurrir con el caso de estado de necesidad».

En este último sentido, el art. 491 del C.P., no castiga por el «delito de allanamiento de morada», al que entra en la morada ajena «para evitar un mal

grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hace para prestar algún servicio humanitario o a la justicia».

A la luz de esta Doctrina del Tribunal Constitucional, que admite el establecimiento legal de límites a la inviolabilidad del domicilio, siempre y cuando la puesta en práctica de los mismos vaya precedida de la válida resolución judicial que específicamente autorice la entrada y, en su caso, registro domiciliarios, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO («Revisión de algunos aspectos de los delitos contra la inviolabilidad del domicilio. Artículo 191 del Código Penal», *ADPCP*, 1987, pág. 334), concluye afirmando que el concepto de «domicilio» constitucionalmente sustentable, y consiguientemente operativo a los efectos del art. 191 del C.P., es el amplio.

2. FIGURAS DELICTIVAS.

2.1. *Entrada ilegal.*

El art. 191 del C.P. establece que incurrirán en las penas de suspensión y multa de 100.000 a 200.0000 pesetas.

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

2.1.1. Los sujetos.

«Sujeto activo» de este delito es el funcionario público que carece de la condición de autoridad judicial y, por tanto, conforme al art. 117.3 de la C.E., no goza de «potestad jurisdiccional». Se trata, por consiguiente, de un «delito especial de propia mano», caracterizado por el desempeño de una función pública abusiva en la violación del domicilio, que quiebra el Estado de Derecho al atentar el funcionario contra una de las clásicas manifestaciones del derecho a la intimidad: «la inviolabilidad del domicilio». Por «funcionario público» debe entenderse, conforme dispone el art. 119 del C.P., «todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas». Concretamente, las autoridades y agentes de la policía judicial aludidos en el Título VIII del Libro II de la LECrim.; en particular, las referidas en el artículo 563 de la ley invocada.

Sobre la conducta de la autoridad judicial que decreta o efectúa la entrada indebida en el domicilio de un súbdito español sin su consentimiento, CÓRDOBA RODA (*Comentarios al Código Penal*, Tomo III. Artículos 120-340 bis c), editorial Ariel, Barcelona, 1978, pág. 346), opina que debe estimarse atípica en relación tanto con el número 1 del artículo 191 como al 490. La razón de ello estriba en que este último precepto no comprende los ataques dirigidos contra la inviolabilidad del domicilio, «como garantía jurídica» establecida por las leyes fundamentales, es decir, los perpetrados por las autoridades y funcionarios públicos en el desempeño -abusivo- de sus funciones. Del mismo modo, RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ (*Derecho Pe-*

nal Español, Parte Especial, editorial DYKINSON, Madrid, 1992, decimoquinta edición, pág. 793), sostiene que la entrada arbitraria de una autoridad judicial es «atípica», aunque debe entenderse, sin embargo, que autoridad judicial es sólo aquella que tenga jurisdicción sobre el lugar en que el domicilio está enclavado, y que ha de actuar como tal autoridad judicial, esto es, a fines de oficio, pues de lo contrario no se le puede conceder aquel carácter, aunque sí el de funcionario público que sigue poseyendo. Para VIVES ANTÓN (VIVES ANTÓN Y OTROS; *Derecho Penal, Parte Especial*, 3ª edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, págs. 100 y s.), es preciso diferenciar la hipótesis de entrada en el domicilio de autoridades judiciales que, obrando como tales, no hayan cumplido los requisitos establecidos por la Ley, del supuesto en que la autoridad judicial actúe como particular. En el primer caso, nos hallaremos ante un supuesto a sancionar por la vía disciplinaria, porque no puede subsumirse en el art. 194, por no cumplir los requisitos del tipo, dado que la inviolabilidad del domicilio no es un derecho susceptible de «ejercicio», como requiere este precepto. En el segundo supuesto, estaremos ante un delito de allanamiento de morada, sancionable a tenor de los arts. 490 y ss. del C.P.

Ahora bien, la exclusión de la autoridad judicial del ámbito de incriminación debe entenderse «strictu sensu»: la autoridad judicial por su «sola presencia» no está autorizada a la entrada; es preciso, conforme al art. 18.2 CE., una resolución de la misma, y, evidentemente, como subraya QUERALT JIMÉNEZ, ello puede acontecer simultáneamente; si la entrada es injustificada es de aplicación el art. 194, y, en todo caso, prevaricación del art. 356, que castiga con la pena de suspensión al juez que, «a sabiendas, dictare auto injusto» (*Derecho Penal español, Parte Especial*, editorial Bosch, Barcelona, 1992, 2ª edición, pág. 841).

Ciertamente, el art. 194 es un «tipo subsidiario contra el ejercicio de los derechos y libertades públicas» que protege el ejercicio de todos los derechos individuales que la Constitución y otras leyes contienen, cuando estos derechos no tengan una protección más específica, imponiendo la pena de inhabilitación especial a «la autoridad o el funcionario público que impidiera a una persona el ejercicio de los derechos cívicos reconocidos por las leyes». Por ser un precepto subsidiario o residual es de aplicación cuando no pueda serlo otro del mismo grupo, lo cual plantea, en el caso concreto de las entradas indebidas, el problema de que el precepto de aplicación preferente tiene menor pena que el subsidiario. Al ser ley preferente la especial sobre la subsidiaria, el referido art. 194 se aplicará solamente cuando no pueda aplicarse ningún otro precepto. Sin embargo, la diferencia de penalidades supone una deficiente técnica legislativa que debe ser corregida, ya que no es correcto sostener que lo que no está especialmente previsto tenga mayor pena que lo que sí lo está. En cualquier caso, el referido desajuste no debería subsanarse rebajando la penalidad del art. 194, sino elevando la sanción del conjunto de normas que no prevén, expresamente, la inhabilitación especial, sino otra pena menor.

Por otra parte conviene matizar que el «domicilio» es un derecho de la personalidad cuya ostentación está inserta en el «status» de ciudadano. Por

eso, el allanamiento del domicilio no se diferencia de otras conductas que vulneran o intentan conculcar otros derechos, v.g.r., el de la libertad ambulatoria o el de sufragio. La distinción entre derechos consistentes en un «hacer» y derechos propios del «status» de la personalidad (por ejemplo, el derecho a la intimidad), no es, a mi juicio, técnicamente correcta, a efectos de excluir el art. 194 del ámbito de aplicación reservado al 191, ya que el entorpecimiento del ejercicio se produce precisamente, cuando el derecho cívico se pretende poner en práctica. Por consiguiente, estimo con QUERALT (cfr. pág. 782), que debe entenderse por «derecho cívico» y, por tanto, dentro del «ámbito de protección de la norma subsidiaria» que contempla el art. 194, «todo aquel derecho o libertad que el particular pretenda hacer valer ante un agente público».

En este sentido, MUÑOZ CONDE (cfr., pág. 658) estima que siempre queda la posibilidad de incriminar la entrada ilegal de la Autoridad judicial a través del art. 194 o del art. 496 que castiga con la pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pts. al que «sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe o le compeliere a efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto». Asimismo, MORALES PRATS (*La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, ediciones Destino, S.A. Barcelona, 1984, pág. 166), afirma que la limitación de la esfera de potenciales sujetos activos (exclusión de las autoridades judiciales) carece de fundamento; no pudiendo en buena lógica catalogarse de atípicas las intrusiones en tales supuestos, por lo que habrá que aplicar los delitos de coacciones (art. 496 C.P.) o de impedimento del ejercicio de derechos cívicos reconocidos por las leyes (art. 194 C.P.), dado el carácter residual de ambas figuras.

«Sujeto pasivo», por tanto, es un «súbdito español», aunque dicha limitación no se ajusta a la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo art. 545 establece que nadie podrá entrar en el domicilio de «un español o extranjero residente en España», sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes. Los extranjeros, por consiguiente, gozarán en España de las libertades públicas que garantiza la Constitución en su Título I, bajo la rúbrica «De los derechos y deberes fundamentales», en los términos que establezcan los tratados y la ley, según proclama el art. 13.1 de la Ley Fundamental. En este sentido, el art. 4.1 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre «derechos y libertades de los extranjeros en España», dispone que, «los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, en los términos establecidos en la presente Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos».

Consecuentemente, los extranjeros gozan en España del derecho público fundamental a la inviolabilidad del domicilio y, por lo tanto, su allanamiento ilegítimo por parte del funcionario público, constituye, ciertamente el «delito de entrada ilegal en domicilio particular» que criminaliza el art. 191.1º del C.P., siendo además, los extranjeros, residentes en España, sujetos pasivos del resto de las modalidades tipificadas en el referido precepto.

2.1.2. La acción típica.

Configuran la acción penalmente relevante, los siguientes elementos: la entrada, el domicilio y la concurrencia de supuestos de entradas en el domicilio ajeno permitidas por la Ley.

A) LA ENTRADA.

«Entrar» en el domicilio ajeno, en el sentido del art. 191.1º del C.P. es traspasar un cierto umbral físico sin el consentimiento del titular del derecho a inviolabilidad del domicilio (y sin que concurra alguno de los «casos permitidos por las leyes») y, además, es permanecer en el domicilio en contra de la voluntad de ese mismo titular desde el mismo momento en que dicha voluntad contraria se ha puesto de manifiesto (siempre que tampoco concurra alguno de los referidos casos de permisión legal).

Por otra parte, a pesar de que el mencionado art. 18.2 CE mencione, como el 191 C.P., la entrada (y «registro») en el domicilio ajeno, la citada STC de 17 de febrero de 1984 ha proclamado lo siguiente:

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

Así las cosas, la lógica jurídicopenal aconseja una interpretación, como la que propone OCTAVIO DE TOLEDO (cfr., pág. 345), más amplia de lo que sea «entrar», que la frecuentemente sustentada por la doctrina.

En este sentido, QUERALT (cfr., pág. 841) afirma que por entrada se entiende «tanto la entrada como la permanencia indebidas»; por consiguiente, la permanencia dentro del domicilio más allá de lo que permiten las leyes, quedará siempre comprendida por el «delito de práctica ilegal de violación del domicilio» que criminaliza el art. 191 C.P., según postula BUSTOS RAMÍREZ (*Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1986, pág. 376). Por el contrario, CÓRDOBA RODA (cfr. pág. 348), opina que la acción de permanecer contra la voluntad del morador después de haber consentido éste la entrada, es atípica. Por tanto, la «acción típica» consiste en la «entrada» en el domicilio, sin que pueda equipararse a ella la «permanencia» en el mismo, a juicio de VIVES ANTÓN (cfr., pág. 101).

Pero es que además, es preciso que el funcionario público con abuso de sus funciones entre en el domicilio ajeno, «sin consentimiento del morador» y «fuera de los casos permitidos por las leyes». Se trata, por tanto, de una «norma penal en blanco» que exige acudir a las normas complementarias extrapenales para determinar, en cada caso concreto, el carácter justificado o no de la acción típica. Así, el art. 551 de la referida LECrim., dispone que «se

entenderá que presta su consentimiento aquél que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y el registro para que los permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el art. 6º (actualmente 18 de la Constitución del Estado». Este consentimiento tácito ha de constar de modo inequívoco mediante actos propios tanto de no oposición cuanto, y sobre todo, de colaboración, pues la duda sobre el consentimiento presunto hay que resolver en favor de la no autorización, en virtud del principio «in dubio pro libertas» y el criterio declarado por el Tribunal Constitucional de interpretar siempre las normas en el sentido más favorable a los derechos fundamentales de la persona, en este caso del titular de la morada. Para que se dé un consentimiento penalmente relevante es necesario que no medie engaño, coacción o amenazas. Basta, pues, con el consentimiento por «actos propios concluyentes», pero no el tácito o el presunto.

Por consiguiente, es preciso que el titular del domicilio no consienta la entrada, la ausencia de consentimiento pertenece al tipo legal, de tal modo que existirá dicho consentimiento siempre que el titular del domicilio permita la entrada, a sabiendas de todos los elementos que la caracterizan; gracias a este requisito intelectual, el consentimiento únicamente podrá ser estimado si el dueño del domicilio conoce que, por estar prohibida la entrada por la ley, él puede válidamente oponerse a ella (CÓRDOBA RODA, cfr. págs. 348 y s.).

En cuanto a la exigencia legal de que el funcionario público entre en el domicilio ajeno, «fuera de los casos permitidos por las leyes», es una característica que afecta, en primer lugar, a la descripción de la conducta, ya que los supuestos en que la entrada esté permitida por las leyes la acción es atípica. Sin embargo, en realidad se trata de un «elemento normativo del tipo» -que no causa de justificación, como a veces ha mantenido la doctrina- cuya concreción requiere el concurso de la normativa jurídicoprocesal.

En suma, no deben concurrir ninguno de los supuestos en los que el ordenamiento jurídico confiere a los funcionarios públicos la facultad de entrar en el domicilio ajeno.

B) EL DOMICILIO.

«Domicilio» significa lugar de residencia de una persona. En función del bien jurídico protegido, constitucional y penalmente -tutelar la inviolabilidad del domicilio como garantía jurídica fundamental- no es correcto restringir la noción de aquél a tenor de la exigencia de otros requisitos, tales como el de «habitualidad» o el de que sirva de «habitación». El concepto de «domicilio», a efectos del art. 191, comprende tanto la casa habitación como el despacho u oficina en el que la persona ejerce su actividad profesional, así como los apartamentos y dormitorios de establecimientos hoteleros que sirven provisionalmente de residencia. Por consiguiente, siempre que el lugar se destine a residencia de una persona, merecerá la condición de domicilio, a efectos del art. 191 C.P.

En este sentido, MORALES PRATS (cfr., págs. 165 y s.), afirma que en las locuciones «morada» (art. 490 C.P.) y «domicilio» (art. 191 C.P.) se comprenden viviendas, locales de negocios, apartamentos de temporada, habitaciones de hospedaje.... siempre que delimiten un espacio separado del exterior sobre el que se proyecta una voluntad de habitar (transitoria o permanente) y de excluir a terceras personas, con independencia del título por el cual mora el sujeto (propiedad, usufructo, arrendamiento o precario). Asimismo, la morada o domicilio debe estar destinados a actividades propias de la vida privada, profesional o familiar.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 22/1984; 160/1991 y 76/1992 ha definido el domicilio como un «espacio físico constante, separado por voluntad de su morador del resto del espacio físico y en el que dicha persona vive sin estar sujeta necesariamente a los usos y convenciones sociales y en donde ejerce su libertad más íntima». Consecuentemente, el domicilio, en sentido constitucional y penal, no es el domicilio que, para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, define el art. 40 del Código Civil, como «el lugar de residencia habitual de las personas naturales y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil», sino que, por el contrario se fundamenta en la idea de «vivencia e intimidad». Por tanto, el «domicilio ordinario» de una persona «no ha de coincidir forzosamente», como apunta QUERALT (cfr. págs. 842 y ss.) con su domicilio oficial o más conocido, e incluso una misma persona «puede tener varios domicilios» (por ejemplo, la casa en la ciudad y en el campo el domicilio particular y un local dedicado a estudio separado del primero).

En suma, el concepto legal de domicilio debe entenderse por referencia al uso común del lenguaje, en el que la expresión designa cualquier lugar que, de un modo u otro, «sirva de residencia» a una persona (VIVES ANTÓN, cfr., pág. 101). En este sentido, el objeto material de la medida instrumental restrictiva del derecho a la inviolabilidad del domicilio, es cualquier lugar cerrado, que sirva de habitáculo o morada a su destinatario. Por consiguiente, hay que entender incluido dentro de este concepto, no sólo el domicilio civil, sino también la «residencia», estimándose a efectos del art. 191. 1º por «morada», «todas o cualquiera de las dependencias de la casa unidas entre sí en comunicación interior, que estén destinadas al servicio constante y exclusivo de los moradores» (STS de 28 de octubre de 1980). Consecuentemente, forma parte del objeto material de la diligencia de entrada en lugar cerrado, cualquier dependencia, arquitectónica, natural o artificial (v. gr., también una «roulotte» o tienda de campaña) en la que pueda transcurrir la vida privada, individual o familiar o la intimidad personal de su sujeto pasivo. La entrada en tales dependencias, en una forma distinta a la prevenida en la LECrim., ocasionará, como subraya GIMENO SENDRA (GIMENO SENDRA y otros, *Derecho Procesal*, Tomo II, *Proceso Penal*, 4ª edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 327), la pertinente responsabilidad penal, por la vía de los artículos 191.1º y 490.

En cambio, no integraría dicho delito, la entrada en un «local comercial», puesto que no se infringe para nada el derecho a la intimidad del ciudadano (Auto del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1981), como tampoco, por la misma razón, lo vulneraría la entrada en una finca rústica o en un almacén, pues «el derecho fundamental del art. 18.2 de la inviolabilidad del domicilio y su protección no se proyecta sobre los bienes materiales en sí, ni en defensa de la propiedad, al no ser ésta el bien jurídico protegido, como ha proclamado, entre otras, la STS de 7 de diciembre de 1982.

C) ENTRADAS PERMITIDAS POR LA LEY.

La inviolabilidad del domicilio y su protección penal contra los abusos de las autoridades y sus agentes, es una garantía y un derecho fundamental de la persona. Sin embargo, dicha inviolabilidad no es «absoluta», ya que en determinadas circunstancias las puertas del hogar deben abrirse aun contra la voluntad de sus moradores, si así lo demanda la Justicia u otros importantes intereses sociales. De ahí que las modernas legislaciones aun reconociendo la inviolabilidad del domicilio, admiten, no obstante, restricciones a dicha inviolabilidad.

1. Consentimiento del titular.

Tanto el consentimiento como la debida intervención judicial actúan, según MUÑOZ CONDE, como causas de justificación y no como meros elementos de la tipicidad. Por eso, el error vencible sobre su existencia fundamentará la atenuación de la culpabilidad y no la posibilidad de la incriminación a título de imprudencia (cfr. 6ª edición, pág. 593). Sin embargo, la importancia en estos casos de la conformidad a derecho para la tipicidad o atipicidad del comportamiento, quizás obligue a revisar este planteamiento, porque al mencionarse ya en el tipo el «consentimiento» y «fuera de los casos permitidos por la Ley» estos problemas deben tratarse en la tipicidad y, lógicamente, los relativos al conocimiento equivocado del funcionario público sobre ellos, sin excluir, no obstante, que también sean problemas de justificación. En este caso, por tanto, el «consentimiento» y los «casos permitidos por la Ley» serían, como subraya el citado autor, causas de atipicidad y el error sobre ellos error de tipo, al que se le aplicaría el art. 6 bis a), párrafos primero y segundo del CP (Cfr. 8ª edición, pág. 659).

Por consiguiente, el consentimiento del titular del derecho excluye la violación del domicilio y, en su caso (cuando a él va referido), la ilegalidad del registro, según se desprende lo establecido en el art. 18.2 CE. Se trata, pues, de un comportamiento atípico y no un caso de comportamiento típico (la violación del domicilio y/o el registro ilegal) justificado por la concurrencia del consentimiento. El análisis de la tipicidad incriminadora de la entrada o el registro ilegal, revela, palmariamente, que los tipos contenidos en el número 1º y en el párrafo primero del número 2; del art. 191, contienen como elemento negativo, la ausencia de consentimiento del titular del derecho sobre el domicilio. Consecuentemente, un error sobre dicho extremo debe reputarse, no

como un error de prohibición, regulado en el párrafo tercero del art. 6 bis a) sino, como apunta OCTAVIO DE TOLEDO (cfr., pág. 335), un error de tipo ya señalado anteriormente.

2. Autorización judicial.

Según BUSTOS (cfr. pág. 376 y s.) es causa de atipicidad que se entre en el domicilio ajeno, conforme a las formalidades establecidas por las leyes; en principio, el mandato judicial. El cumplimiento de tales formalidades no puede reputarse causa de justificación porque es inadecuado hablar de justificación, ya que se practicó legalmente la entrada, es decir, el funcionario público respetó las garantías que se le exigen. Junto al consentimiento del titular, constituyen causas de justificación, a juicio de MORALES PRATS (cfr., pág. 166), la pertinente autorización judicial previa, mediante auto motivado en el que se expresa la forma y lugar en que deben verificarse, según dispone el art. 558 de la LECrim.: «el auto de entrada y registro en el domicilio de un particular será siempre fundado y el Juez expresará en él concretamente el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse, si tendrá lugar tan sólo de día y la Autoridad o funcionario que los haya de practicar».

3. El delito flagrante.

Por delincuente sorprendido «in fraganti» hay que entender, según QUERALT (cfr., pág. 809), todo delincuente sorprendido cuando ejecuta «desde los actos preparatorios punibles hasta el momento inmediatamente posterior a la consumación del delito»; la flagrancia no se extingue por el hecho de que se entable una «persecución», pero ésta ha de tener lugar sin solución de continuidad. Se sigue así un concepto material de delito flagrante no subordinado a exigencias procesales. Por consiguiente, «delito flagrante» es el que se ha comenzado, el que se está cometiendo y el que se acaba de realizar, cuando el sujeto es sorprendido en el instante de la ejecución de alguna de dichas fases por un tercero que inicia, sin solución de continuidad, la práctica de su detención o de su persecución para detenerlo.

Por otra parte, la redacción del mencionado art. 553 LECrim., configura ciertas situaciones delictivas o presuntamente delictivas que otorgan a los agentes de la Policía judicial la potestad de entrar y registrar el domicilio de un ciudadano. Estos supuestos son los siguientes.

El caso número 2º (*personas sorprendidas en flagrante delito*) es plenamente constitucional. Sin embargo, no casa con la Constitución, la entrada en domicilio particular de un tercero para proceder a la captura de un presunto delincuente no sorprendido «in fraganti». En cuanto a la entrada en domicilio cuando los agentes son portadores de un mandamiento de prisión, haya o no mandamiento específico de entrada (o se adopten las medidas convenientes que prevé el art. 567 LECrim.), no puede allanarse cualquier domicilio en el que se encuentre o pudiera encontrarse el detenible. Por tanto, «la lesión justificada de un derecho fundamental, sólo puede afectar, como subraya el citado

autor (cfr., pág. 849), a quien se coloca ilícitamente en situación de que se le vulnere tal derecho o para salvarle de una lesión de ese derecho o de una de otro aún mayor».

Por lo que se refiere a la denominada «flagrancia externa» el delito flagrante se comete fuera del domicilio pero la detención, tras la persecución sin solución de continuidad, se efectúa en el domicilio o desde el domicilio del titular- QUERALT (cfr., págs. 849 y s.), afirma que sólo es posible penetrar en el domicilio de los propios delincuentes sorprendidos «in fraganti» cuando son perseguidos sin solución de continuidad y no cuando se refugian en el de un tercero, extraño al hecho punible, cuya negativa a permitir la entrada de la policía es, lógicamente, impune. Consecuentemente, las habilitaciones preconstitucionales reguladas en los artículos 491 CP, 11 y 13.2 de la Ley de Orden Público, 30 y 141 de la Ley General Tributaria, han sido derogadas como fuentes habilitadoras de entrada en domicilio particular, según la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional (SS. 22/1984, 137/1985 y la STC de 18 de mayo de 1992).

Conforme al art. 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, «corresponde a los Juzgados de Instrucción la autorización en resolución motivada para la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración». En caso de negativa del titular, la STC de 17 de febrero de 1984, ha proclamado la «necesidad de resolución judicial para entrar en el domicilio con el fin de ejecutar la resolución administrativa».

En suma, ni la autotutela administrativa ni la presunta lesión del orden público facultan a la Administración para allanar el domicilio de un particular por su propia autoridad. Es el juez a quien -en base a los principios de «exclusividad jurisdiccional», «proporcionalidad» y afectación del derecho fundamental a la «intimidad» del ciudadano- corresponde en los casos de autotutela administrativa conceder a los agentes el mandamiento de entrada y registro en un domicilio particular.

4. Suspensión de derechos y libertades constitucionales.

El art. 55.1 CE declara que, entre otros, el derecho reconocido en el art. 18, apartado 2, podrá ser suspendido cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. El número 2 del referido precepto establece que una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario el derecho reconocido en el art. 18, apartado 2, puede ser suspendido para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. En este sentido, interesa destacar la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, sobre los estados de alarma, excepción y sitio (art. 117) y la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, sobre la actuación de

bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del art. 55.2 de la Constitución (art. 16).

En estos casos, la entrada y registro en el domicilio es un comportamiento atípico. Así se deriva del rechazo de la tesis de los «tipos abiertos» y correlativa imposibilidad de calificar de este modo a los contenidos en el art. 191 del CP, por lo que se refiere a los elementos negativos del tipo (falta de consentimiento y ausencia de casos permitidos por las leyes), según afirma OCTAVIO DE TOLEDO (cfr., pág. 336).

2.1.3. Tipo subjetivo.

El delito contra la inviolabilidad del domicilio, en su modalidad típica de entrada ilegal es, «específicamente doloso». Se precisa intención de invadir el domicilio ajeno sabiendo que tal hecho no está permitido, y bastará la existencia de algún indicio de un hecho que legitime la entrada del agente público para presumir, al menos la ausencia de dolo. Sin embargo, aunque es difícil concebir en estos términos un supuesto de posible comisión culposa, éste puede darse, por ejemplo, en el caso de error sobre el consentimiento del morador. Debe concurrir, por tanto, intención delictiva manifestada por el conocimiento de que la entrada en el domicilio ajeno no está permitida por la ley, y por la voluntad de entrar en él. Sobre las condiciones de hecho se exige, la espiritual de la intención de vulnerar el derecho fundamental.

Por consiguiente, el tipo exige el «dolo específico de invadir el domicilio ajeno», sabiendo que el hecho no está permitido por la Ley. El funcionario público debe, pues, perseguir la violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, ya que si actúa por móviles particulares de lucro, odio, o venganza, etc., cometería otros delitos, con la agravante de «prevalimiento» (art. 10.10 CP), la cual supone una condición subjetiva y precisa: que el culpable tenga carácter público; por ello esta agravante es personal y sólo puede apreciarse en aquellas personas que tengan esta condición y para poder ser estimada es preciso que el culpable ponga este carácter público al servicio de sus propósitos criminales, según han declarado, entre otras, las SS de 18 de octubre de 1982 y 30 de octubre de 1987.

Finalmente, VIVES ANTÓN (cfr., pág. 101) observa cómo la jurisprudencia, en muchas ocasiones, ha excluido la aplicación del tipo allí donde no existía un «ánimo de violar el domicilio», sino que se practicaba la entrada con otros fines. Desde el momento en que la descripción típica no hace referencia a ningún elemento subjetivo del injusto, tal exigencia anímica ha de estimarse carente de toda base. Ciertamente, no le falta razón a VIVES ANTÓN cuando afirma que «el delito de entrada ilegal», en su configuración típica no contiene ningún elemento subjetivo del injusto; no obstante, si los «delitos de intención» son aquellos tipos que «presuponen la orientación hacia una genuina finalidad excedente del dolo, en cuanto conciencia y voluntad de los elementos objetivos del tipo, en su sentido más simple» (POLAINO NAVARRETE, *Los elementos subjetivos del injusto en el Código Penal espa-*

ñol, publicaciones de la Universidad de Sevilla, nº 13, 1972, pág. 251), entiendo que el delito que nos ocupa es, manifiestamente, de «intención», pues aunque el tipo no sea portador del «ánimo de violar el domicilio», este elemento subjetivo del injusto excede el «conocimiento de que la entrada en el domicilio ajeno no está permitida por la Ley y, a pesar de ello, la «voluntad» de entrar o permanecer en él contra la voluntad del titular. Desde la perspectiva del «bien jurídico protegido» en este delito, considero que el funcionario público actúa con la «intención manifiesta de vulnerar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio» y, por consiguiente, con una finalidad específica que excede, notoriamente, del dolo.

2.1.4. Concurso.

Es posible el concurso entre el delito contra la inviolabilidad del domicilio y cualquiera de los tipos que configuran el delito de «registro ilegal», pues son conductas diferenciadas y, aunque teóricamente, conexas, en la práctica, independientes. En estos casos existirá un concurso real, por lo general medial. En cambio, no es posible el concurso de este delito con el contenido en el número 3º del art. 191 CP, pues este exige, expresamente, la existencia de un «registro lícito».

Además, pueden darse una amplia gama de concurrencias delictivas: delitos contra las personas (homicidios, lesiones, amenazas, coacciones, injurias) y contra la colectividad (falsificación, por ejemplo, de mandamiento judicial). No puede concurrir con participación en prevaricación judicial si, como advierte QUERALT (cfr., pág. 852), el funcionario que desea obtener un mandamiento judicial, ofrece a esta autoridad datos falsos para que emita dicho mandamiento; por el contrario, sí puede estimarse el delito de falsedad en documento público en autoría mediata.

Finalmente, por razones de «especialidad», el art. 191.1º CP constituye un tipo legal preferente respecto de la figura de allanamiento de morada, prevista y penada en el art. 490 CP. Sin embargo, se ha estimado que podría aplicarse prioritariamente el art. 490, a tenor de lo establecido en el art. 204 bis a), en cuya virtud: «lo dispuesto en los artículos 178 a 204 bis se entenderá sin perjuicio de lo ordenado en otros preceptos de este Código que señalaren mayor pena a cualquiera de los hechos comprendidos en los artículos mencionados en esta Sección». Por exigencias de la exasperación punitiva, así como por las del «principio de especialidad», entendemos con POLAINO NAVARRETE (POLAINO NAVARRETE y OTROS, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial* Tomo I. *Delitos contra las personas; la libertad sexual; el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad, y los derechos laborales*, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, págs. 543 y s.), prevalente la aplicación de la figura incriminada en el art. 191. 1º, respecto de la conminada en el art. 490 CP, sin perjuicio de insistir en que la línea divisoria de las dos tipologías básicas radica, de una parte, en el ejercicio de una función pública abusiva en la violación del domicilio y, de otra, en la consecución de fines estrictamente privados en el allanamiento propiamente dicho del que pueden ser sujetos ac-

tivos tanto el funcionario público como el particular; mientras que éste último nunca podrá perpetrar el delito del art. 191, que es netamente «de propia mano».

2.1.5. Penalidad.

En esta materia, POLAINO (cfr., pág. 544), sostiene que la pena de suspensión (que privará del ejercicio de un cargo público al penado, así como de obtener otro de funciones análogas por el tiempo de la condena, de un mes y un día a seis años, según establecen los artículos 30 y 38 del CP), para el funcionario público que impone el art. 191.1º, aún no siendo privativa de libertad, resulta ser para aquel sujeto de mayor gravedad que la de arresto mayor que señala el art. 490 del CP.

2.2. Registro ilegal.

El art. 191 declara que incurrirá en las penas de suspensión y multa:

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

2.2.1. Sujetos.

«Sujeto activo», será todo funcionario público que no sea autoridad judicial, con las consideraciones antedichas al analizar el delito de entrada ilegal. «Sujeto pasivo», y, por tanto, titular del bien jurídico protegido, será cualquier persona, española o extranjera, residente en España.

2.2.2. Conducta típica.

La conducta penalmente relevante consiste en el «registro de los papeles de un súbdito español» y los «efectos que se hallaren en su domicilio». Al limitarse solamente a éstos, el tipo se sitúa en una orientación «física del derecho a la intimidad», que, de esta suerte, se protege únicamente cuando se halla unido al ámbito domiciliario (VIVES, cfr., págs. 101 y s.) Por consiguiente, el número 2º del art. 191 CP, circunscribe el ámbito de incriminación a la conducta de registro de papeles y efectos.

a) Consentimiento.

El requisito de la ausencia del consentimiento del dueño, titular del domicilio, es un «elemento esencial del tipo» cuya concurrencia determinará la atipicidad de la conducta, y el error sobre el consentimiento prestado por el dueño, se calificará como «error de tipo», a tratar conforme dispone el art. 6 bis a), párrafos primero y segundo del CP; además, es de aplicación, también, lo consignado en el citado art. 551 LECrim.

El «consentimiento» al que se refiere la ley ha de ser anterior al hecho, el posterior es inoperante (PUIG PEÑA, *Derecho penal, Parte Especial*, séptima edición actualizada con la colaboración de Gregorio Ortiz Ricol, Tomo II, 1988, pág. 71).

b) Registros permitidos por la Ley.

Hay que tener en cuenta el art. 30 apartado 1º, de las leyes orgánicas 11/1980 de 1 de diciembre y 4/1981 de 1 de junio, que facultan a las autoridades en determinados casos a disponer inspecciones y registros domiciliarios en cualquier momento que se considere necesario, con el único requisito de que se efectúe en presencia del dueño, o de los vecinos.

El núcleo de la acción típica se integra, de una parte por la «necesidad» del registro (art. 546 de la LECrim.), o bien por el hecho de sorprender en flagrante delito a un sujeto; y, por otro lado, por el simultáneo cumplimiento de unas garantías. Solamente las entradas legítimas, realizadas al amparo del referido art. 553 LECrim., compatibles con el art. 18.2 CE, podrán generar la posibilidad del registro si ello es necesario.

c) Garantías en la práctica del registro.

La finalidad esencial del registro es, como subraya GIMENO SENDRA (cfr. pág. 330), recoger los efectos e instrumentos del delito o, lo que es lo mismo, «preconstruir la prueba», disponiendo su custodia hasta el momento del juicio oral, dicho acto ha de revestir las notas esenciales de la «prueba»: a saber, la intervención de la Autoridad judicial, de un lado, y la posibilidad de contradictorio, de otro.

En efecto, la diligencia de registro exige la obligatoria presencia judicial (art. 547 LECrim.), pues la prueba requiere la intervención de una Autoridad institucionalmente dotada de «independencia judicial». En base al auto de entrada para practicar el registro, mediante dicha resolución judicial se le puede habilitar a la policía para efectuar el registro (lógicamente, si careciere de dicha autorización incurriría en la responsabilidad penal que señala el art. 191.2º CP), pero en este caso la recogida de los efectos e instrumentos del delito constituirán «actos de investigación» y no de prueba, tal y como acontece en los registros efectuados al amparo del art. 553 LECrim.

Se garantiza, asimismo, el contradictorio en esta diligencia, hasta el extremo de que el interesado en el registro puede incurrir en el «delito de desobediencia grave a la Autoridad», que nace de la «resistencia del interesado, de su representante, de los individuos de la familia y de los testigos a presenciar el registro», y producirá la responsabilidad declarada en el Código Penal a los reos del mencionado delito, sin perjuicio de que la diligencia se practique. Debido a su naturaleza de documento público con futuro valor probatorio, en la diligencia de registro adquiere una singular importancia la figura del «Secretario». Sin embargo, la ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, además de suprimir el requisito establecido en el párrafo cuarto del art. 569, «que el registro se practicará siempre a presencia de dos testigos», permite al Juez exonerar al Secretario del deber de asistir al registro; por consiguiente, tras la aprobación de la citada Ley 10/1992, la presencia del Secretario no es necesaria, si el Juez autoriza que en su lugar acuda un funcionario de la Policía judicial u otro funcionario público «que haga sus veces, que extenderá acta que firmarán todos los concurrentes».

2.2.3. Tipo subjetivo.

Se trata de un delito doloso, aunque puede ocurrir por ignorancia supina, pero vencible, que aún pueda celebrarse un registro ilegal, procediendo en tal caso al castigo por imprudencia (QUERALT, cfr., pág. 854).

2.2.4. Concurso.

Además del registro ilegal, frecuentemente, se da, como figura asociada, la de entrada ilegal. Si se producen vejaciones se castigan en concurso real, pudiendo éstas convertirse en torturas (art. 204 bis CP). Si para el registro se obtiene un mandamiento falso, aparecerá en concurso real medial el delito de falsedad en documento público. Durante la celebración del registro, el funcionario público puede apoderarse, tanto de objetos que debe de registrar, como de los que no tiene por qué hacerlo. Si el apoderamiento acontece antes de que sean requisados tales objetos a los efectos procesales oportunos, se producirán en concurso real un delito de robo con violencia y/o intimidación, con la agravación del art. 506.1º, o hurto con abuso de confianza o con astucia. Si, por otra parte, el funcionario se apropia, destruye u oculta dichos objetos requisados incurrirá en una de las modalidades delictivas que criminaliza el art. 364 CP.

Por último, cabe también el concurso real de delitos con el descubrimiento y revelación de secretos que castiga el art. 497 CP.

2.2.5. Tipos agravados de registro ilegal.

a) Tipo agravado simple de registro ilegal.

El art. 191.2º, párrafo segundo, castiga con las penas de inhabilitación especial y multa de 100.000 a 500.000 pesetas, al funcionario público, que no siendo autoridad judicial «no devolviese al dueño, inmediatamente después del registro, los papeles y efectos registrados».

Se trata de una conducta difícil de perfilar, ya que el examen, por ejemplo de libros de contabilidad, o soportes informáticos de gestión puede ser laborioso. Subyace la idea, pues, de que los objetos que se confiscan o requisan para su examen, cuando el mismo no pueda practicarse en el propio domicilio y al instante, no se pierdan. Se trata, por tanto, de un delito de omisión pura, aunque si la omisión tiene su fundamento en el ejercicio de una facultad legalmente conferida al funcionario (art. 547 LECrim) la abstención quedará justificada -si los papeles y efectos deben ser recogidos y unidos al sumario- al amparo de la circunstancia número II del art. 8, «obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo».

b) tipo agravado compuesto de registro ilegal.

Por su parte, el art. 191.2º, párrafo tercero castiga como reo de delito de robo con violencia en las personas, al funcionario público que, no siendo autoridad judicial, «sustrajere y se apropiare de los papeles y efectos registrados».

La diferencia de este supuesto con el anterior ha de verse en los fines de «lucro personal» perseguidos por el funcionario, ya que un apoderamiento de

papeles o efectos para unirlos indebidamente, v. gr., como prueba de convicción a una causa, no integra esta cualificación. Al equiparar estas conductas al robo «con violencia» en las personas, el legislador establece, según RODRÍGUEZ DEVESA (cfr. pág. 795, una presunción «iuris et de iure» de que, efectivamente, ha mediado violencia o intimidación, ésto es, supone viciado el consentimiento del interesado. Por tanto, si realmente se comprueba la concurrencia de violencia o intimidación, habrá de calificarse con mayor razón el hecho de robo. La consecuencia es que, a juicio del citado autor, «por lo menos se impondrá la pena prevista en el núm. 5 del art. 501, sin que ésto excluya la aplicación de otras formas más graves del robo, presupuesta la concurrencia de los elementos típicos necesarios». En este sentido, MUÑOZ CONDE (cfr., pág. 660), afirma que existe una presunción de intimidación implícita por la situación prevalente en que se encuentra el funcionario respecto al particular; en consecuencia, «el precepto aplicable será el número 5º del art. 501, a no ser que corresponda otro que castigue más gravemente el hecho». Asimismo CÓRDOBA RODA (cfr. págs. 350 y s.) afirma que la única solución posible sea la de entender que la acción de registro precedente a la conducta de sustracción y apropiación lleva consigo una intimidación personal que debe conducir a la estimación del número 5 del art. 501; una tal solución comporta, sin embargo, restringir el ámbito del tipo agravado a aquellos casos en los que con la acción de sustracción y apropiación «concurra efectivamente» una intimidación.

Por su parte, QUERALT (cfr., pág. 856) sostiene que la referida agravación de la penalidad se basa en una presunción que vulnera el principio de la «presunción de inocencia» y, por tanto, está derogado por la Constitución, pues la conducta para merecer la pena del robo con violencia debe de haberse cometido -y no presumido- tal robo. Si se considera que le pena ha de agravarse, respecto del tipo básico, debe hacerse correctamente. En efecto, la gravedad de esta disfunción legislativa es grande, pues, tomando por base la pena del art. 501.5º, deberá imponerse la pena de prisión menor en su grado máximo, por el juego que despliegan las remisiones de este precepto a los artículos 505 y 506, dado que la policía va armada. Esta derogación operada por la CE, rompe la lógica interna del precepto, pero no produce ninguna laguna y la conducta queda penada suficientemente, incluso, más que con la regulación anterior, acudiendo, según QUERALT, a las «reglas concursales».

A mi juicio, el tipo agravado que nos ocupa adolece de «inconstitucionalidad sobrevenida», porque no puede fundamentarse, ni menos aún, calificarse, hecho punible alguno en base a «comportamientos presuntos y no expresos y ciertos, susceptibles de prueba». En un Estado de Derecho la intimidación, fundamentadora de un tipo cualificado, nunca puede presumirse, ni siquiera en la relación existente entre el funcionario público y el particular, dado que por imperativo constitucional «todos», los ciudadanos y los poderes públicos, «están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico» (art. 9º. 1 CE). En esta línea de pensamiento se orienta, tam-

bién, el «Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal» de 1992, cuando en su art. 543 que regula los delitos contra la inviolabilidad del domicilio, ha suprimido el citado tipo agravado, optando, acertadamente, por la aplicación en estos casos, de las reglas del «concurso de delitos».

2.3. Vejaciones con ocasión de registro lícito.

El art. 191 castiga con las penas de suspensión y multa de 100.000 a 200.000 pesetas: 3º «Al funcionario público que, con ocasión de lícito registro de papeles y efectos de un súbdito español, cometiere cualquier vejación injusta contra las personas o daños innecesarios en sus bienes».

«Cometer vejación» significa producir cualquier maltrato de obra o de palabra, atentatorio contra los bienes de la integridad corporal, libertad sexual, honor, libertad o seguridad de las personas físicas. El término «daño» supone el menoscabo en las cosas que se consigna en los arts. 557 y siguientes del CP. La vejación debe ser «injusta» y el daño «innecesario». Tales juicios de «justicia» y «necesidad» deben ser referidos, según CÓRDOBA RODA (cfr. pág. 352), al «Derecho en su totalidad», sin que la necesidad de la conducta para determinados intereses o aspectos «concretos» del mismo, baste para atribuir a la acción el carácter de «necesaria».

El «sujeto activo», a diferencia de lo que ocurre en los casos anteriores, es cualquier funcionario público, incluidas las autoridades judiciales. El «sujeto pasivo» de las vejaciones o daños puede ser toda persona española o extranjera, pues tan sólo se requiere que sea español el dueño de los papeles o efectos que se registran. La acción ha de cometerse con ocasión del registro, que ha de ser lícito, pues si fuera ilícito y se causaren vejaciones o daños, la acción se calificaría por el número 2º del art. 191, bien en concurso con otro delito, o bien simplemente agravado, según las vejaciones o daños constituyesen o no un delito por sí solas. En caso de que las vejaciones o daños constituyan un delito por sí solos, habrán de penarse independientemente, teniendo en cuenta, sin embargo, el art. 71 del CP, pues existe un concurso ideal de delitos.