

UNA VISIÓN PRÁCTICA SOBRE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO Y EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE DOMICILIO

Mari Cruz Álvaro López
Magistrada de la Audiencia Provincial de Madrid

Fecha de recepción: 3 de junio de 2014

Fecha de aceptación: 13 de junio de 2014

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1) CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE DOMICILIO. 2) ALCANCE DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL EN FUNCIÓN DE LOS ESPACIOS Y LUGARES. 3) PRESUPUESTOS DE LA ENTRADA Y REGISTRO. 4) RESOLUCIÓN JUDICIAL QUE ACUERDA LA MEDIDA: MOTIVACIÓN. 5) PROBLEMAS QUE PUEDEN PLANTEARSE RESPECTO AL CONTENIDO DEL AUTO DE ENTRADA Y REGISTRO: A) MOTIVACIÓN POR REMISIÓN B) MOTIVACIÓN SUSTENTADA EN INFORMACIÓN POLICIAL DE CARÁCTER CONFIDENCIAL C) OMISIÓN DEL DÍA Y HORA EN QUE DEBE PRACTICARSE EL REGISTRO D) OMISIÓN DEL NOMBRE DEL TITULAR DEL DOMICILIO 6) INCIDENCIAS QUE PUEDEN PLANTEARSE EN EL DESARROLLO DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO: A) REGISTRO EFECTUADO SIN LA PRESENCIA DEL IMPUTADO, NO DETENIDO B) REGISTRO EFECTUADO SIN LA PRESENCIA DEL INTERESADO, DETENIDO (INELUDIBLE PRESENCIA) C) EXCEPCIÓN A LA PRESENCIA DEL INTERESADO DETENIDO CUANDO SE EFECTÚAN A LA VEZ DOS REGISTROS DOMICILIARIOS D) ASISTENCIA LETRADA DURANTE EL DESARROLLO DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO AUTORIZADA JUDICIALMENTE E) AUSENCIA DEL SECRETARIO JUDICIAL DURANTE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO F) HALLAZGOS CASUALES O DIVERGENTES EN EL CURSO DE LA PRÁCTICA DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO G) INTERVENCIÓN DE ORDENADORES O TELÉFONOS MÓVILES EN EL CURSO DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO 7) DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO CON CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO: REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO 8) CUESTIONES QUE PUEDEN SUSCITARSE EN TORNO A LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO. 9) CONCEPTO DE “FLAGRANCIA DELICTIVA” COMO SUPUESTO EN QUE CEDE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO 10) FORMAS DE INCORPORACIÓN DEL RESULTADO DEL REGISTRO AL PROCESO PENAL 11) LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

RESUMEN: introducción. 1) Concepto constitucional de domicilio. 2) Alcance de la protección constitucional en función de los espacios y lugares. 3) Presupuestos de la entrada y registro. 4) Resolución judicial que acuerda la medida: motivación. 5) Problemas que pueden plantearse respecto al contenido del auto de entrada y registro: a) motivación por remisión b) motivación sustentada en información policial de carácter confidencial c) omisión del día y hora en que debe practicarse el registro d) omisión del nombre del titular del domicilio 6) Incidencias que pueden plantearse en el desarrollo de la diligencia de entrada y registro: a) registro efectuado sin la presencia del imputado, no detenido b) registro efectuado sin la presencia del interesado, detenido (ineludible presencia) c) excepción a la presencia del interesado detenido cuando se efectúan a la vez dos registros domiciliarios d) asistencia letrada durante el desarrollo de la diligencia de entrada y registro autorizada judicialmente e) ausencia del secretario judicial durante la diligencia de entrada y registro f) hallazgos casuales o divergentes en el curso de la práctica de la diligencia de entrada y registro g) intervención de ordenadores o teléfonos móviles en el curso de la diligencia de

entrada y registro 7) Diligencia de entrada y registro con consentimiento del interesado: requisitos del consentimiento 8) Cuestiones que pueden suscitarse en torno a la prestación del consentimiento. 9) Concepto de “flagrancia delictiva” como supuesto en que cede la protección constitucional del derecho a la inviolabilidad del domicilio 10) Formas de incorporación del resultado del registro al proceso penal 11) La diligencia de entrada y registro en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal.

ABSTRACT: Introduction. 1) Constitutional concept of 'domicile'. 2) Scope of constitutional protection according to spaces and places. 3) Estimates of the “Search Warrant”. 4) Judicial decision according the measure: cause . 5) Problems that may arise with respect to the content of the “Search Warrant”: a) Motivation by reference b) Motivation based on confidential police information c) Omission of the date and time that should be noted in the “Search Warrant” d) Omission of the name of the title-holder of the domicile 6) Incidents that may arise in the development of the “ Search Warrant”: a) Registration made without the presence of the accused, not detained b) Registration made without the presence of the person concerned, (arrested (inescapable presence) c) Exception to the presence of the person concerned, when the arrested is carried out at the same time in two homes searched simultaneously d) Legal assistance during the development of the “Search Warrant”, legally authorized e) Absence of the judicial clerk during the procedure of “Search Warrant” f) Unintended or divergent findings in the course of the practice of the diligence of “ Search_Warrant”. g) Intervention of computers or mobile phones in the course of the “ Search Warrant” 7) “Search Warrant” with the consent of the person concerned: consent requirements 8) Issues that may arise around the provision of consent 9) Concept of "Flagrant crime", so-named in that it yields the constitutional protection of the right to the inviolability of the domicile 10) Forms of incorporation of the outcome of the criminal proceedings 11) The “Search Warrant” in the draft of the Spanish “Law on Criminal Procedure”.

PALABRAS CLAVE: “Diligencia de Entrada y Registro en Domicilio”, concepto constitucional de domicilio, presupuestos, consentimiento, problemas y excepciones de la Diligencia de Entrada y Registro, delito flagrante, inviolabilidad de domicilio.

KEYWORDS: “Search Warrant”, Constitutional concept of domicile, Estimation, consent, problems, exceptions of the search warrant, flagrant crime, inviolability of the domicile.

INTRODUCCIÓN.-

Uno de los derechos fundamentales que aparecen reconocidos en la Constitución Española de 1978, es el que garantiza la inviolabilidad del domicilio en el artículo 18.2: *“El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”*.

Teniendo en cuenta que el propio artículo 10.2 de la Constitución establece que *“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas que la Constitución 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”*, debo indicar que aparte de la referida y universal declaración de 1948, *es referente al respecto el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” de 19 de diciembre de 1966, “el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales” de 4 de noviembre de 1950, y de forma más reciente “la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”*, publicada en el BOUE el día 30 de marzo de 2010. Todos estos textos constituyen un parámetro y una guía esencial en la interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas y, por tanto, también del derecho fundamental cuya posible restricción es objeto de este trabajo.

El derecho a la inviolabilidad del domicilio y la consecuente interdicción de la entrada y registro en él, constituyen una manifestación del derecho a la intimidad personal y familiar. La relación entre ambos derechos fue puesta de manifiesto por el propio Tribunal Constitucional al estimar que *«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.»*

No obstante, la inviolabilidad como manifestación del derecho a la intimidad personal y familiar, no aparece configurada como un derecho absoluto, pero los límites al ámbito fundamental de la privacidad tienen un carácter taxativo y es el propio texto constitucional el que abre la posibilidad de que ceda ante una resolución judicial que permita la intromisión o ante el supuesto de “flagrante delito”.

Por ello, conforme a la doctrina constitucional *“la protección constitucional del domicilio se concreta en dos reglas distintas, la primera se refiere a la protección de su “inviolabilidad” en cuanto garantía de que dicho ámbito especial de privacidad de la persona elegido por ella misma resulte exento de cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública. La segunda regla viene a establecer una excepción frente a esa prohibición, cual es el supuesto en que la entrada o registro se lleven a cabo en caso de flagrante delito, y en aquellos supuestos en que se cuenta con el consentimiento de su titular o con autorización judicial, de tal manera que dichas excepciones admitidas constitucionalmente tienen un carácter taxativo.”*

De esta forma, la garantía judicial aparece como mecanismo preventivo destinado a proteger el derecho: mediante la resolución judicial se efectúa una ponderación previa para decidir, en casos de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer la inviolabilidad del domicilio u otros valores o intereses constitucionalmente protegidos, antes de proceder a cualquier entrada o registro y como condición ineludible para realizar éste cuando falta el consentimiento del titular.

La regulación actual de esta materia viene recogida en los artículos 545 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero su insuficiencia ha determinado que la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Constitucional, a la luz de la establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,

hayan ido perfilando y estableciendo una serie de criterios para que las restricciones al derecho puedan considerarse válidas, y para que, de esta forma, el resultado de un registro domiciliario pueda ser utilizado en un proceso penal.

Este trabajo no pretende efectuar un análisis exhaustivo y profundo de esta materia, sino ofrecer a los profesionales del derecho, especialmente a los abogados, una visión práctica de aquellas cuestiones que pueden surgir en torno al concepto constitucional de domicilio, a la propia resolución judicial que acuerda la injerencia, a las diversas incidencias que pueden producirse en el curso de la práctica de la diligencia de “entrada y registro”, y a la incorporación de su resultado al proceso penal, recogiendo las respuestas y soluciones que en este sentido viene ofreciendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Constitucional a través de sus resoluciones.

CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE DOMICILIO.-

A los efectos de lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Constitución, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha venido manteniendo, y así lo ha vuelto a reiterar en su Sentencia 444/2012 de 21 de mayo, que el domicilio es *"cualquier lugar cerrado en el que pueda transcurrir la vida privada, individual o familiar"*, o lo que es lo mismo, *"el que "sirve de habitación o morada a quien en él vive"*, estimando que constituye domicilio o morada, cualquier lugar, cualquiera que sea su condición y característica, donde vive una persona o una familia, sea propiamente domicilio o simplemente residencia, estable o transitoria.

Por su parte, la doctrina del Tribunal Constitucional considera que el derecho a la inviolabilidad del domicilio constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido para garantizar el ámbito de privacidad de ésta dentro del espacio 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, y define el domicilio como *"espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima"*, y *"no solo 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"*

ALCANCE DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL EN FUNCIÓN DE LOS ESPACIOS Y LUGARES.-

- Las chabolas, tiendas de campaña, e incluso las habitaciones de un hotel u hospedería en la que se viva gozan de la consideración de domicilio y de la protección de su inviolabilidad.(STS 444/2012 de 21 de mayo)

- Sin embargo, los garajes y trasteros no tienen esa consideración porque no albergan espacios en los que se desarrolle la vida privada de las personas. En el caso de los garajes la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo se ha pronunciado en Sentencia 143/2013 de 28 de febrero en el sentido de considerar, que puesto que se trata de un lugar *"cuyo uso se comparte con numerosas personas, todos los titulares de otras plazas y en el que solamente se dispone de un espacio para el aparcamiento de un vehículo, no reúne las condiciones precisas para que sea considerado ámbito de privacidad, por lo que si no consta en el registro que en el garaje se desarrollara atisbo alguno de vida privada, no puede considerarse domicilio ni se le puede atribuir la protección que a éste dispensa la Constitución en el art. 18.2"*. En el mismo sentido, respecto a los trasteros, se ha vuelto a pronunciar recientemente la Sala Segunda en su Sentencia 279/13 de 6 de marzo, porque cuando solo están destinados a guardar objetos y no tienen comunicación directa con la vivienda, su registro no se encuentra amparado por las mismas reglas derivadas de la protección constitucional del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

- Tampoco las NAVES, OFICINAS, ALMACENES Y LOCALES COMERCIALES gozan de la protección que otorgan los apartados 1 y 2 del art. 18 de la Constitución, porque tampoco integran un espacio de privacidad necesario para el libre desarrollo de la personalidad. Por tanto, como nos indica la Sentencia TS 849/2013 de 12 de noviembre, cuando no constituyan morada no pueden estar incluidos dentro del ámbito de protección de la inviolabilidad del domicilio y su registro no impone las mismas formalidades que el de este último.

- Precisamente porque, de alguna forma el DESPACHO PROFESIONAL DE UN ABOGADO participa de la consideración de oficina, en la Sentencia 165/2013 de 26 de marzo, la Sala Segunda analiza un supuesto en el que concluye que tampoco estos despachos profesionales tienen la protección de domicilio a efectos del artículo 18.2 de la CE, al señalar que lo que dispone el artículo 32.2º del Estatuto de la Abogacía es que el Decano u otro letrado que le representen, si se le avisa, ha de acudir al registro que se pueda llevar a cabo en un despacho profesional de un Letrado, pero no que ese espacio goce de la protección constitucional de un domicilio.

- Tampoco los LOCALES DE ESPARCIMIENTO, entre los que se encuentran los BARES, TABERNAS, PUBS, RESTAURANTES, ni las TIENDAS y LOCALES DE EXPOSICIÓN, tienen el concepto de domicilio constitucionalmente protegido, porque están esencialmente destinados a estar abiertos al público y “*el derecho fundamental proclamado en el artículo 18.2 de la Constitución protege la "intimidad" como valor esencial que no se proyecta sobre bienes materiales en sí, ni en defensa de su propiedad*”. Así lo indica la citada Sentencia 444/2012 que extiende la anterior consideración a las habitaciones reservadas de un club de libre acceso al público y a las cocinas y aseos privados ubicados en los referidos locales.

- A los BARCOS se refiere la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 58/2014 de 6 de febrero que establece una distinción entre las zonas privadas que puede tener una embarcación, y otras como la bodega, cubierta, zona de máquinas o zonas de esparcimiento, a las que por su destino, según la experiencia, a otros fines distintos de los propios del domicilio no se les puede extender indiscriminadamente la misma protección que a este otorga la Constitución. Con cita de la STS núm. 1200/1998 de 9 de octubre, precisa que “*en el barco existen áreas propias y reservadas al ejercicio de la intimidad personal, que son precisamente las únicas protegidas por el derecho fundamental consagrado en el artículo 18.2 de la Constitución. Las demás zonas de la embarcación, destinadas a otras finalidades, no gozan de la protección que la Constitución dispensa al domicilio, aunque se trate de lugares respecto de los cuales su titular pueda excluir válidamente la presencia de terceros*”.

- Finalmente, como recuerda la jurisprudencia en STS 963/2013 de 18 de diciembre, los VEHÍCULOS que se utilizan exclusivamente como medio de transporte tampoco encierran un espacio en cuyo interior se desenvuelva el ámbito privado de un individuo, por lo que su registro no precisa de autorización judicial. No obstante, al registro de los vehículos se refiere la STS 334/2013 de 15 de abril, en el sentido de considerar que la no presencia del interesado ya detenido o de su Abogado en el registro de un vehículo podría determinar la falta de valor probatorio como prueba preconstituida o anticipada de las actas que documentan las diligencias policiales, al imposibilitar la garantía de contradicción, pero admite que el resultado de la diligencia pueda ser incorporado al proceso a través de las declaraciones, prestadas en el juicio oral con todas las garantías, incluida la de contradicción, por los funcionarios de policía que practicaron el registro.

PRESUPUESTOS DE LA ENTRADA Y REGISTRO.

La jurisprudencia más reciente que recoge la Sentencia TS 112/2014 de 3 de febrero, vuelve a recordar los requisitos esenciales que deben concurrir para restringir el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria con motivo de una investigación delictiva, y se refiere en primer lugar a los indicios que la policía debe ofrecer al Juez acerca de la existencia del delito para cuyo esclarecimiento solicita la práctica de una diligencia de entrada y registro. La Sentencia considera que el indicio viene a integrar la piedra angular de la justificación de la medida lesiva del derecho fundamental del ciudadano, y mantiene que no integran la categoría de indicios las meras sospechas o hipótesis subjetivas que no cuenten con un cierto fundamento objetivado, material e identificable susceptible de una eventual verificación. *“El indicio de delito que aporte al juez la solicitud policial es algo más que la expresión de una convicción subjetiva de la existencia de un ilícito. Se necesita que la sospecha sea “fundada”, es decir, apoyada en datos concretos y objetivos, por mínima que sea su entidad, que permitan al juez realizar sobre ellos un juicio de racionalidad sobre su eficacia indiciaria respecto del delito de que se trata”*

Pero igualmente—como dicen las SSTS. 1019/2003 de 10.7 y 1393/2005 de 17.11—no debe olvidarse que el sustento de la resolución no ha de consistir en la aportación de pruebas acabadas de la comisión de un delito, pues en tal caso no sería ya necesaria la práctica de más diligencias de investigación, sino, tan solo, la de fundadas sospechas del actuar delictivo que requieran la confirmación a través del resultado que pudiera arrojar precisamente el registro.

La doctrina constitucional recogida en Sentencias como la 14/2001 de 29 de enero, o la 202/2001 entre otras muchas, señala que *“la restricción de los derechos fundamentales solo podrá entenderse constitucionalmente legítima si se autoriza judicialmente para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como acontece cuando la medida restrictiva se adopta para la prevención y represión de delitos calificables de infracciones punibles o graves.”*

RESOLUCIÓN JUDICIAL QUE ACUERDA LA MEDIDA. MOTIVACIÓN

La autorización judicial de entrada y registro, según indica la ya referida Sentencia 112/2014, debe indicar las razones por las que acuerda la medida y el juicio sobre la gravedad de los hechos supuestamente investigados. Mantiene que no es necesaria la concurrencia de *“un indicio racional de comisión de un delito”*, bastando una *“notitia criminis”* que se apoye en una sospecha fundada en circunstancias objetivas de que se pudo haber cometido, o se está cometiendo o se cometerá el delito o delitos en cuestión.

Es preciso que la medida resulte idónea para el fin perseguido, y así lo será cuando exista la sospecha fundada de que pudieran encontrarse pruebas o cuando éstas pudieran ser destruidas, junto a la inexistencia o la dificultad de obtenerlas acudiendo a otros medios alternativos menos gravosos.

Finalmente, también requiere que haya un riesgo cierto y real de que se dañen bienes jurídicos de rango constitucional de no proceder a dicha entrada y registro. Por tanto, los únicos límites que expresa que pueden imponerse al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio son los que puedan derivar de su coexistencia con los restantes derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos, lo que obliga a realizar un juicio de proporcionalidad y resulta imprescindible que la resolución judicial deje constancia de la conexión existente entre la causa justificativa de la medida -la investigación del delito- y las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho.

En términos de la doctrina constitucional que recuerda la misma reciente sentencia, el auto que acuerda la limitación del derecho a la inviolabilidad domiciliaria *“debe expresar*

con detalle el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo”. Por otra parte es necesario que el órgano judicial precise con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de la entrada y registro, y de ser posible también las personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión).

PROBLEMAS QUE PUEDEN PLANTEARSE RESPECTO AL CONTENIDO DEL AUTO DE ENTRADA Y REGISTRO.-

MOTIVACIÓN POR REMISIÓN.- Debemos de partir de que ni la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ni la doctrina constitucional han considerado precisamente modélica la técnica de la *“motivación por remisión”* y ambas coinciden en que lo deseable es que la resolución judicial habilitante exprese los indicios objetivos que justifican la intervención en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, no obstante lo cual la admiten cuando determinados datos que no figuran en la resolución judicial aparecen sin embargo reflejados en el oficio policial al que se remite el auto.

Como nos recuerda la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su reciente Sentencia 17/2014 de 28 de enero, *“del oficio policial deberá desprenderse de forma suficiente las razones que se invocan para solicitar la autorización judicial, y aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifican la intervención en el derecho fundamental queden recogidos en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, contiene los elementos necesarios para poder llevar a cabo la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida impone.”*

El propio Tribunal Constitucional ha venido reconociendo cánones de suficiencia razonadora en autos con motivación *“lacónica”* e incluso cuando se extiende la resolución sobre impresos estereotipados mínimamente adecuados a las circunstancias del caso particular que permitan reconocer unos mínimos razonadores que den satisfacción a la exigencia constitucional.

MOTIVACIÓN SUSTENTADA EN INFORMACIÓN POLICIAL DE CARÁCTER CONFIDENCIAL

Tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina del Tribunal Constitucional impiden que la mera referencia a informaciones confidenciales puedan servir de fundamento único a una solicitud de medidas limitadoras de derechos fundamentales (entradas y registros, intervenciones telefónicas, detenciones, etc.), y, en consecuencia, a decisiones judiciales que adoptan dichas medidas, salvo supuestos excepcionalísimos de estado de necesidad (peligro inminente y grave para la vida de una persona secuestrada, por ejemplo).

En la misma línea discurre la reciente STS 442/2013 de 23 de mayo al indicar que *“es lícito que la Policía utilice fuentes confidenciales de información, siempre que no tengan acceso al proceso como prueba de cargo. En esos momentos iniciales de la investigación es natural que la Policía no aporte la identificación de esas fuentes para que mantengan su carácter confidencial. La noticia confidencial, sin embargo y con carácter oficial, no es suficiente para justificar, por sí sola y como único indicio, la restricción de derechos fundamentales. (...) Por lo tanto, una vez recibidas las noticias confidenciales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán establecer los servicios precisos con el fin de practicar las gestiones necesarias para confirmarlas mínimamente, con el objeto de aportar al Juzgado de Instrucción, al solicitar la entrada y registro, algo más que la mera noticia confidencial. Cuando menos, una mínima confirmación después de una investigación. (...)”*

Las noticias o informaciones confidenciales, en suma, aunque se consideran fidedignas no pueden ser fundamento, por sí solas, de una medida cautelar o investigadora que implique el sacrificio de derechos fundamentales.”

OMISIÓN DEL DÍA Y HORA EN QUE DEBE PRACTICARSE EL REGISTRO.- Al respecto de esta cuestión se pronuncia la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 77/2014 de 11 de febrero en el sentido de señalar que la ausencia de la fecha de la entrada y registro en el mandamiento no es causa de nulidad, por entenderse que debe practicarse el día de la entrada, el mismo día en que se dictó el auto habilitante.

OMISIÓN DEL NOMBRE DEL TITULAR DEL DOMICILIO.- El art. 558 LECrim no requiere que el auto que habilita la entrada y registro recoja el nombre del titular del domicilio, pero si que exprese de forma concreta el edificio o lugar en el que ha de practicarse la diligencia, lo que en términos de la más reciente jurisprudencia recogida en Sentencia 17/2014 de 28 de enero *“parece hacerse en función de la titularidad dominical o arrendataria o bien mediante la localización de las señas o características de la habitación o vivienda”*. La sentencia considera suficiente que no haya duda sobre la localización material de la vivienda, *“de tal manera que la descripción de su ubicación en el callejero, la numeración que le corresponde y la planta y letra que lo identifica, son elementos que no deben faltar en el mandamiento judicial. Por tanto la plena identificación del titular de la vivienda no resulta imprescindible para excluir la legitimidad de la medida que recayendo sobre sospechosos relacionados en el domicilio, se orienta a una completa identificación, u otorgar relevancia constitucional a cualquier error sobre la identidad del titular.”*

Finalmente, y como señala la Sentencia 17/2014 de 28 de enero, cuando un mandamiento de registro de una vivienda no establece límites ni restricciones, la autorización abarca a la totalidad de la vivienda, sin compartimentos estancos, *“por lo que, tanto desde el punto de vista de la flagrancia delictiva, como de la necesidad de realizar el registro con la celeridad que impone la Ley de Enjuiciamiento Criminal, impide que pueda alegarse por los demás ocupantes de la vivienda la restricción de su derecho fundamenta 18.2 CE.”*

INCIDENCIAS QUE PUEDEN PLANTEARSE EN EL DESARROLLO DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO.-

La última resolución citada nos recuerda la constante y reiterada doctrina del Tribunal Constitucional al señalar, *“que una vez obtenido el mandamiento judicial, la forma en que la entrada y registro se practique, las incidencias que en su curso puedan producirse, y los excesos o defectos en que incurran quienes lo hacen se mueven siempre en el plano de la legalidad ordinaria, no trascienden al plano constitucional, por lo que el incumplimiento de las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no afectan al derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), para entrar en el cual basta la orden judicial, ni tampoco a la efectividad de la tutela judicial (art. 24.1 CE) en sus diferentes facetas, sino en su caso a la validez y eficacia de los medios de prueba”*.

“el único requisito necesario y suficiente por sí solo para dotar de licitud constitucional a la entrada y registro de un domicilio, fuera del consentimiento expreso de quien lo ocupa o la flagrancia delictiva, es la existencia de una resolución judicial que con antelación lo mande o autorice, de suerte que, una vez obtenido el mandamiento judicial, la forma en que la entrada y el registro se practiquen, las incidencias que en su curso se puedan producir y los defectos en que se incurra, se inscriben y generan efectos sólo en el plano de la legalidad ordinaria.

REGISTRO EFECTUADO SIN LA PRESENCIA DEL IMPUTADO NO DETENIDO.- La actual jurisprudencia del Tribunal Supremo parece mostrarse cada vez más contundente a la hora de exigir, salvo situaciones excepcionales, la presencia de la persona afectada por una diligencia de entrada y registro en el desarrollo de la misma.

En este sentido señala la Sentencia 865/2013 de 13 de noviembre: *“Es bien conocido que la jurisprudencia de esta sala, interpretando el artículo 569 de la Ley de E. Criminal es reiterada y tajante, en el sentido de exigir esa presencia del afectado por la injerencia en el domicilio y señala de forma inequívoca que solo puede prescindirse de tal requisito en los supuestos en que aquel “no fuera habido o no quisiere concurrir ni nombrar representante”. Este criterio tiene, por lo demás, la relevancia que regularmente le atribuye el Tribunal Constitucional al declarar que se lesiona el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE) cuando se traen a la causa pruebas que provienen de un registro domiciliario autorizado mediante la oportuna y motivada resolución judicial pero practicado sin observar las condiciones previstas al efecto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 566 y ss. y en particular el art. 569”.*

Respecto a esta cuestión resulta también de interés la Sentencia del Tribunal Supremo 143/2013 de 28 de febrero al indicar que: *“El fundamento de exigencia referida a la presencia del interesado en el registro domiciliario radica en que la diligencia de entrada y registro afecta a un derecho personalísimo de relevancia constitucional, la intimidad personal, por lo que la Ley procesal en el desarrollo de una legítima injerencia en el domicilio prevé como requisito de su práctica la presencia del titular del domicilio, inquilino o morador de la vivienda al tiempo que establece un régimen de sustituciones a esa presencia a través de personas con las que se pretende la asistencia del titular, por sí o representado (art. 569), a una diligencia ordenada en averiguación de un hecho delictivo porque lo relevante de la injerencia es la afectación del derecho a la intimidad, bien jurídico afectado por la medida de investigación. Al tiempo la capacidad jurídica del acta que al efecto se levante asegura, a través de la presencia del interesado o su representante, la efectiva contradicción en su práctica.”*

No obstante, la todavía más reciente Sentencia 17/2014 de 28 de enero no deja de suponer una cierta contradicción, sobre todo con la primera de las resoluciones dictadas, al señalar que *“ El hecho de que la cualidad de imputado en el procedimiento y de titular del domicilio registrado normalmente coinciden no debe ocultar que es la segunda (titular del domicilio registrado) la que específicamente determina la condición de interesado "a que se refiere el art. 569 LECrim. Así resulta claramente de las referencias al interesado contenidas en los arts. 550, 552, 566 y 570 LECrim. (...) Por lo que, en definitiva el interesado cuya presencia exige el art. 569 es el titular del domicilio registrado, que es el que, en su caso, puede consentir la entrada y recibir la notificación del auto judicial que lo autoriza, sin perjuicio del derecho que al imputado corresponda en la condición de tal de intervenir en la diligencia de registro (..) Son numerosas las sentencias de esta Sala Segunda en las que se mantiene la validez y eficacia de los registros efectuados ausente la persona investigada siempre que hubiesen estado presentes el titular del domicilio, o en el caso de ser varios los moradores del domicilio registrado, es suficiente con la presencia de cualquiera de ellos en la diligencia, incluso cuando no se corresponda con el investigado, en un supuesto en que el acusado no estuvo presente, pero sí lo estuvo su compañera sentimental, la titular del domicilio en que fue localizada la droga, declaró que aquella ausencia es constitucionalmente, irrelevante y no lesiona el derecho a la inviolabilidad del domicilio.”*

REGISTRO EFECTUADO SIN LA PRESENCIA DEL INTERESADO DETENIDO.-

Este supuesto ha sido abordado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que recientemente ha recordado la ineludible necesidad de la presencia del interesado que se encuentre detenido, incluso en el caso de que éste último sea una persona distinta del titular del domicilio o este se halle presente o rehúse su presencia en la diligencia.

En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Sala Segunda 143/2013 de fecha 28 de febrero, en el sentido de que en aquellos casos en que el “interesado” esté a disposición judicial en situación de detenido será inexcusable su presencia en la práctica de la diligencia de entrada y registro, dado el carácter irrepetible de la misma y que la garantía

de contradicción de la prueba sólo puede efectuarse en el mismo momento de su realización, de ahí la insubsanable exigencia de la presencia del interesado que está detenido en la policía. *“Por tanto, de encontrarse detenido el interesado, su presencia en el registro es obligada, no siendo de aplicación las excepciones establecidas en los párrafos 2 y 3 del art. 569 LECrim.”*

“Y la doctrina de esta Sala tiene sentado -sentencias de 15/05/2003 y anteriores que cita- que la ausencia en el registro del detenido-morador encierra la nulidad de la diligencia, a salvo las excepciones de autorización o flagrancia; pues no sólo resulta infringido el art. 569 LECr. sino también el derecho a la inviolabilidad del domicilio que reconoce el art. 18.2 CE, y el derecho a la defensa recogido en el art. 24.1 CE.”

EXCEPCIÓN A LA PRESENCIA DEL INTERESADO DETENIDO CUANDO SE EFECTÚAN A LA VEZ DOS REGISTROS DOMICILIARIOS.

Aunque, como he señalado, la presencia del interesado que se encuentra detenido es ineludible en la práctica de la diligencia de entrada y registro, la jurisprudencia ha admitido un supuesto excepcional en que puede practicarse sin su presencia, cuando se están practicando dos registros simultáneos y el detenido se encuentra presente en uno de ellos. De esta forma, la Sentencia 442/2013 de 23 de mayo dispone que *“estos supuestos en los que deben practicarse varios registros simultáneamente constituyen una de las excepciones al requisito de la presencia del interesado ya detenido, admitidas por nuestra jurisprudencia, (...) lo que, obviamente, imposibilitaría la presencial simultánea del “interesado” en varios domicilios a la vez”*.

ASISTENCIA LETRADA DURANTE EL DESARROLLO DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO AUTORIZADA JUDICIALMENTE.-

Tanto la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo como la doctrina constitucional han venido pronunciándose de forma coincidente en el sentido de considerar que la intervención de un letrado en la práctica de la diligencia de entrada y registro no constituye una exigencia constitucional.

Esa es la línea seguida en la Sentencia 77/2014 de 11 de febrero al indicar que: *“la no asistencia letrada a la práctica de un registro no constituye una infracción del derecho a un proceso con todas las garantías cuando se ha dado cumplimiento a las exigencias constitucionales de resolución judicial motivada, así como a las de la legislación ordinaria que la desarrollan. “El artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que regula la asistencia letrada al detenido, exige la asistencia de Letrado en las diligencias de carácter personal, como reconocimiento de identidad y declaraciones de aquel, pero sin referencia alguna a la entrada y registro (...) la intervención de Letrado en los registros domiciliarios no es exigida ni por el artículo 17.3 de la Constitución ni por los Pactos Internacionales suscritos por España, estando circunscrita como obligatoria tan sólo para las declaraciones prestadas por el imputado y en los reconocimientos de identidad de que él mismo sea objeto”*.

AUSENCIA DE SECRETARIO JUDICIAL DURANTE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO.-

El artículo 564 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que *“el registro se practicará siempre en presencia del Secretario del Juzgado o Tribunal que lo hubiera autorizado, o del Secretario del Juzgado de Guardia que le sustituya, quien levantará acta del resultado de la diligencia y de sus incidencias y que será firmada por todos los asistentes.”*

La doctrina científica ha destacado que la presencia del Secretario judicial tiene una triple finalidad: como garantía de legalidad, asegura el cumplimiento de los requisitos

legales; como garantía de autenticidad, se robustece de certeza lo ocurrido en el registro, y se garantiza la realidad de los hallazgos descubiertos, y como garantía judicial, en la medida que el Secretario forma parte integrante del órgano jurisdiccional autorizante de la diligencia, se garantiza que la intromisión al derecho fundamental se realizó dentro de los límites dispuestos en la resolución judicial. No obstante, la jurisprudencia ha venido manteniendo en reiteradas Sentencias como la 17/2014 de 28 de enero, que la ausencia del Secretario Judicial en la práctica de la diligencia de entrada y registro no determina la nulidad de la misma desde el punto de vista de las garantías constitucionales, aunque provoca determinados efectos en cuanto a su valor probatorio.

En este sentido señala que *“la ausencia del secretario judicial, cuando su presencia viene exigida por la normativa procesal, determina la nulidad del acto como actuación procesal, privándole de su carácter de prueba anticipada o preconstituida y al del acta en que se recoge su resultado, pues la ausencia de la fe pública legalmente exigida le priva de autenticidad y valor probatorio pero no constituye una violación del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio -al estar amparada la intervención domiciliaria por una autorización judicial válida, que es lo que se exige constitucionalmente- y en consecuencia no determina el efecto prevenido en el art. 11.1. LOPJ para cualquier contenido probatorio que se derive directa o indirectamente de la violación de un derecho fundamental, por lo que nada impide que mediante otros medios de prueba complementarios se evidencie la ocupación de los efectos intervenidos en el domicilio registrado con autorización judicial (...) pudiendo suplirse tal defecto con la declaración de los intervinientes en el registro en dicho acto, por ejemplo, funcionarios de policía”*

HALLAZGOS CASUALES O DIVERGENTES EN EL CURSO DE LA PRACTICA DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO.-

El hecho de hallar en un registro domiciliario efectos u objetos distintos de los correspondientes al delito inicialmente investigado no convierte en ilegal la práctica de la diligencia, de tal manera que si la resolución judicial autorizante cumplía con todos los requisitos exigibles los hallazgos producidos como resultado de la misma tienen pleno valor probatorio.

Cuando en alguna resolución la jurisprudencia reprochaba que no se hubiera suspendido el curso de una diligencia de entrada y registro cuando se producía un hallazgo novedoso, a fin de informar al Juez de tal circunstancia y, en su caso, para que dictara una resolución distinta que diera cobertura a la investigación del nuevo delito, se trasladaba a la diligencia de entrada y registro la llamada *“teoría de los hallazgos divergentes”* que podían producirse en el desarrollo de una intervención telefónica, en la que el principio de especialidad solo justifica la intervención al delito investigado. Sin embargo, la jurisprudencia ha ido estableciendo las diferencias que existen entre la diligencia de intervención telefónica y la de entrada y registro en domicilio respecto de aquellos supuestos en que en cualquiera de ellas se descubre un objeto delictivo distinto al que las motivó.

De esta forma la reciente sentencia anteriormente citada (17/2014 de 28 de enero) fija de esta forma las diferencias entre la intervención telefónica y la entrada y registro: *“La autorización judicial para la entrada y registro se concreta en actividades delictivas concretas, ello sin embargo, no supone que el hallazgo de efectos o instrumentos que se refieran a conductas delictivas distintas queden desamparados de la autorización judicial que cubre la intromisión en la esfera privada que entraña un domicilio. Se ha impuesto en la doctrina de esta Sala una posición favorable a la licitud de la investigación de aquellas otras conductas delictivas que nacen de los hallazgos acaecidos en un registro judicialmente autorizado. (...) no se puede seguir (...) el mismo criterio que cuando se trata de una intervención telefónica. En esta, por su propia naturaleza, presupone una prolongación temporal que permite, en los casos de escuchas referidas a otras conductas delictivas distintas, una ampliación de la autorización judicial habilitante. No sucede lo mismo con las*

entradas y registros, que se caracterizan por su realización en unidad de acto, de ahí que sí en su práctica aparecieran objetos de un cuerpo de posible delito distinto a aquel para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se instala en la nota de flagrancia.”

INTERVENCIÓN DE ORDENADORES O TELÉFONOS MÓVILES EN EL CURSO DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO.-

En los supuestos en los que, con ocasión de un registro, se intervienen ordenadores o teléfonos móviles, es relevante tener en cuenta lo dispuesto por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su Sentencia 342/13 de 17 de abril, porque la mera autorización para el acceso y registro de un domicilio no implica por sí misma el libre acceso a todos los contenidos de cualquier ordenador o teléfono móvil que pudieran ser objeto de intervención, toda vez que a fin de garantizar el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y a la intimidad, la jurisprudencia viene exigiendo una autorización judicial que expresamente lo permita, la cual puede contenerse en el propio auto de entrada y registro o en otra resolución independiente.

De esta forma señala la citada Sentencia: *“El acceso a los contenidos de cualquier ordenador por los agentes de policía, ha de contar con el presupuesto habilitante de una autorización judicial. Esta resolución ha de dispensar una protección al imputado frente al acto de injerencia de los poderes públicos. Son muchos los espacios de exclusión que han de ser garantizados. No todos ellos gozan del mismo nivel de salvaguarda desde la perspectiva constitucional. De ahí la importancia de que la garantía de aquellos derechos se haga efectiva siempre y en todo caso, con carácter anticipado, actuando como verdadero presupuesto habilitante de naturaleza formal (...)*

Sea como fuere, lo cierto es que tanto desde la perspectiva del derecho de exclusión del propio entorno virtual, como de las garantías constitucionales exigidas para el sacrificio de los derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones y a la intimidad, la intervención de un ordenador para acceder a su contenido exige un acto jurisdiccional habilitante. Y esa autorización no está incluida en la resolución judicial previa para acceder al domicilio en el que aquellos dispositivos se encuentran instalados. De ahí que, ya sea en la misma resolución, ya en otra formalmente diferenciada, el órgano jurisdiccional ha de exteriorizar en su razonamiento que ha tomado en consideración la necesidad de sacrificar, además del domicilio como sede física en el que se ejercen los derechos individuales más elementales, aquellos otros derechos que convergen en el momento de la utilización de las nuevas tecnologías.”

DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO CON CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO. REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO

La reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de la que es muestra la Sentencia 688/2013 de 30 de septiembre, viene estimando que el consentimiento del titular del domicilio a que se refiere el artículo 18.2 de la Constitución Española, como supuesto de renuncia a la garantía constitucional que otorga el precepto, es *“fuente de legitimación del acto de injerencia de los poderes públicos en el domicilio del imputado, se deriva del propio enunciado constitucional, así como de lo previsto en el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el art. 8 del Convenio de Roma y en el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La LECrim, en su art. 551, autoriza incluso una forma de consentimiento tácito -de obligada interpretación restrictiva-, cuando establece que se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y registro para que lo 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 precepto constitucional.”*

Por su parte, la Sentencia 719/13 de 9 de octubre ofrece un concepto del lo que debe entenderse por consentimiento y que características debe reunir para que pueda resultar válido en orden a enervar la garantía de protección constitucional del domicilio que ofrece el artículo 18.2. De esta forma señala que *“El consentimiento o la conformidad implica un estado de ánimo en virtud del cual la persona interesada, ante la situación también concreta que las circunstancias le permiten, accede al registro porque soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente, que ese acto tenga lugar. Se trata en suma de una aprobación, una aquiescencia, un asentimiento, una licencia o una venia que soslaya cualquier otra exigencia procedimental.”*

La misma Sentencia enuncia los siguientes requisitos del consentimiento:

- a) ser otorgado por persona capaz, esto es mayor de edad.*
- b) Consciente y libremente*
- c) Puede prestarse oralmente o por escrito, pero siempre se reflejará documentalente para su constancia indeleble*
- d) Debe otorgarse expresamente, si bien la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 551 autoriza el consentimiento presunto. Este artículo ha de interpretarse restrictivamente, pues el 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 resolverla en favor de la no autorización, en virtud del principio in dubio 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.*
- e) Si el consentimiento no se produce en las condiciones de serenidad y libertad ambiental necesarias no se considerará suficiente como consentimiento.*
- f) Debe ser otorgado por el titular del domicilio, titularidad que puede provenir de cualquier título legítimo civilmente, sin que sea necesaria la titularidad dominical.*
- g) El consentimiento debe ser otorgado para un asunto concreto del que tenga conocimiento quien lo presta, sin que se pueda aprovechar para otros fines distintos.*
- h) no son necesarias en ese caso las formalidades recogidas en el artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de la presencia del Secretario Judicial.*

CUESTIONES QUE PUEDEN SUSCITARSE EN TORNO A LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO.-

CONSENTIMIENTO PRESTADO POR PERSONA NO DECLARADA INCAPAZ PERO CON SUS CAPACIDADES INTELECTIVAS Y/O VOLITIVAS LIMITADAS.- La jurisprudencia recogida en Sentencias como la 719/2013 de 9 de octubre, viene manteniendo que en supuestos de minusvalía psíquica aparente, esté o no declarada judicialmente, no puede considerarse válidamente prestado el consentimiento.

CONSENTIMIENTO PRESTADO BAJO ERROR, PRESIÓN O POR EL OFRECIMIENTO DE ALGUNA VENTAJA.- La Sentencia anteriormente citada es muestra del unánime criterio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina del Tribunal Constitucional, en cuanto a condicionar la validez del consentimiento a que no se haya

prestado *“por error, violencia o intimidación de cualquier clase; que no se condicione a circunstancia alguna periférica, como promesas de cualquier actuación policial, del signo que sean.”*.

CONSENTIMIENTO PRESTADO POR UNO DE LOS MORADORES DE UN DOMICILIO COMPARTIDO.- La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha venido considerando en Sentencias como la de 17 de abril de 2000 o 24 de junio de 2008, que en los casos de pluralidad de moradores no es necesaria que la autorización para la práctica de un registro parta de todos ellos, y ha estimado suficiente que el acto sea consentido por cualquiera de ellos, con cuya presencia también bastaría en ese supuesto.

Sin embargo, el criterio viene matizado en aquellos casos en que haya un evidente conflicto de intereses entre los distintos moradores.

En este sentido se pronuncia la Sentencia 688/2013 de 30 de septiembre, al indicar que *“en caso de que varias personas tengan su domicilio en el mismo lugar no es necesario el consentimiento de todos ellos, bastando el de uno de los cotitulares, salvo los casos de intereses contrapuestos”*

La reciente Sentencia 77/2014 de 30 de septiembre se pronuncia en el mismo sentido y añade *“que nuestro sistema procesal no exige la presencia litisconsorcial de todos los moradores como presupuesto de legitimidad de la entrada y registro judicialmente autorizadas. Todo ello, claro es, sin perjuicio de reconocer que el consentimiento del titular del domicilio al que la Constitución se refiere no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliar en determinadas situaciones de contraposición de intereses que enerven la garantía que dicha inviolabilidad representa.”*

CONSENTIMIENTO PRESTADO POR QUIEN YA HA SIDO DETENIDO ANTES DE OTORGARLO Y DE LLEVAR A CABO LA DILIGENCIA.-

La jurisprudencia viene considerando que cuando el que va a consentir la práctica de un registro está detenido, el consentimiento no será válido si no se encuentra debidamente asistido de un Letrado, de lo que debe quedar constancia en la correspondiente diligencia policial.

En este sentido las Sentencias 849/2013 de 12 de noviembre y 719/ 2013 de 9 de octubre coinciden al mantener que *“El consentimiento a la realización de la diligencia, uno de los supuestos que permiten la injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, requiere que ha de ser prestado ante un letrado que le asista y ello porque esa manifestación de carácter personal que realiza el detenido puede afectar, indudablemente, a su derecho a la inviolabilidad y también a su derecho de defensa, a la articulación de su defensa en el proceso penal, para lo que ha de estar asesorado sobre el contenido y alcance del acto de naturaleza procesal que realiza. Si la asistencia de letrado es necesaria para que éste preste declaración estando detenido, también le es necesaria para asesorarle si se encuentra en la misma situación para la prestación de dicho consentimiento, justificándose esta doctrina en que no puede considerarse plenamente libre el consentimiento así prestado en atención a lo que se ha venido denominándose “la intimidación ambiental” o “la coacción que la presencia de los agentes de la actividad representan”. Por tanto, no cabe proceder al registro dejando al detenido en dependencias policiales.”*

CONCEPTO DE FLAGRANCIA DELICTIVA COMO SUPUESTO EN QUE CEDE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO.-

La doctrina constitucional ha definido la “flagrancia delictiva” como *“situación fáctica en que el delincuente es sorprendido -visto directamente o percibido de otro modo- en*

el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito”, y la ha caracterizado con las siguientes notas: “que la comisión del delito “se perciba con evidencia” siendo precisamente esta situación excepcional --que debe interpretarse restrictivamente, la que permite la detención inmediata de la persona concernida por la propia decisión policial (...) y lo que es más relevante (...) se permite la entrada y registro de domicilio sin mandamiento judicial y sin consentimiento del titular como aparece en el art. 18-2º de la Constitución Española.” “Por ello, se estima como delito flagrante aquel que encierra en sí la prueba de su realización por existir una percepción sensorial directa del hecho delictivo, de suerte que la flagrancia se ve, no se demuestra, apareciendo vinculada a la prueba directa y no a la indirecta, circunstancial o indiciaria.”

Por su parte, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo también se ha pronunciado al respecto en la Sentencia 1031/2010 de 22 de noviembre al referirse a las circunstancias que deben concurrir en torno al concepto de flagrancia delictiva:

“1º. Inmediatez temporal, es decir, que se esté cometiendo un delito o que ha sido cometido instantes antes.

2º. Inmediatez personal, consistente en que el delincuente se encuentre allí en ese momento en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos del delito que ello constituya una prueba de su participación en el mismo.

3º. Necesidad urgente, de tal modo que la policía, por las circunstancias concurrentes en el caso concreto, se vea impedida a intervenir inmediatamente, bien para poner fin al mal que la infracción delictiva lleva consigo, bien para detener al delincuente, bien para aprehender el objeto o los instrumentos del delito, necesidad que no existe cuando la naturaleza de los hechos permite acudir al juzgado para obtener la correspondiente autorización.

En la Sentencia 453/2010 de 25 de noviembre precisa que “cuando las circunstancias concurrentes en el escenario de los hechos, analizadas por los funcionarios policiales desde su propia experiencia profesional, permiten a éstos un juicio crítico y racional de que la actividad desarrollada por las personas observadas de modo directo e inmediato es delictiva, la invasión domiciliaria se encuentra justificada y legitimada por la flagrancia. Por eso mismo la jurisprudencia ha establecido la condición de “in fraganti” a la infracción cuando se sorprende al delincuente con efectos o instrumentos que infundan sospecha vehemente de la acción delictiva, aún cuando no se haya conseguido una prueba plena en tal sentido”

(...) la intervención inmediata de la Policía judicial puede apoyarse no ya en el delito flagrante tradicional, sino también en lo que tiene racional apariencia de flagrancia atendidas las circunstancias en que se produce la actuación policial.”

FORMAS DE INCORPORACIÓN DEL RESULTADO DEL REGISTRO AL PROCESO PENAL.-

Siempre y cuando concurren determinados requisitos de orden constitucional y de legalidad ordinaria, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Constitucional atribuyen el carácter de prueba preconstituída a la diligencia de entrada y registro, por lo que en estos casos el acta extendida por el Secretario Judicial puede ser valorado por los jueces y Tribunales por la vía prevista para la prueba documental.

No obstante, mientras que el incumplimiento de las garantías de orden constitucional provoca la nulidad absoluta de la diligencia, el incumplimiento de normas de legalidad ordinaria únicamente privará a esta de su naturaleza de prueba preconstituída, pero no de la posibilidad de incorporarse al acervo probatorio a través de otros medios de

prueba, como los testimonios de quienes hayan participado o presenciado la práctica del registro.

En este sentido recuerda la jurisprudencia en Sentencia 773/2013 de 22 de octubre, que *“al tratarse de una actuación judicial que afecta a un derecho constitucional como es la inviolabilidad del domicilio, la validez de la diligencia requiere la observancia de las garantías precisas de orden constitucional, de suerte que no siendo el caso de delito flagrante o de consentimiento del interesado, la adopción de esta medida deberá acordarse en auto suficientemente motivado bajo los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (adecuación a la investigación, imposibilidad de sustitución por otro medio de prueba menos gravoso y gravedad del delito investigado).(...)*

Y la Sentencia 143/2013 de 28 de febrero añade que *“el resultado de la diligencia, es decir, el hallazgo y obtención de efectos relevantes para el investigación del hecho punible, habitualmente accederá al proceso como prueba preconstituida”*

SUPUESTOS DE NULIDAD ABSOLUTA DE LA DILIGENCIA.-

En términos de la ya citada Sentencia del TS 773/2013 de 22 de octubre, *“la diligencia practicada con vulneración de exigencias y garantías constitucionales, determinará la nulidad radical e insubsanable de la misma y de sus resultados, es decir, del acto realizado y del acta que lo describe. Mientras que la practicada cumpliendo las referidas reglas tiene pleno valor probatorio, desde la perspectiva constitucional”*.

Ausencia del imputado detenido en la diligencia de entrada y registro practicada después de la detención.-

Partiendo de la imprescindible presencia del imputado detenido en la diligencia de entrada y registro, a la que ya me he referido anteriormente, la ya citada Sentencia 143/2013 de 28 de febrero recuerda que *“la ausencia del interesado que se encuentra detenido en el momento de realizar el registro, según doctrina reiterada del Tribunal Supremo determina la nulidad absoluta radical e insubsanable de la prueba practicada (SSTS. 711/2003 de 16.5, 94/2005 de 4.2, 550/2005 de 28.3), al tratarse de una prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales”*

CONSECUENCIAS DE LA ENTRADA Y REGISTRO PRACTICADA CON VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES-

La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo recogida en Sentencia 793/2013 de 22 de octubre, entre otras, se refiere a los efectos que se derivan de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. En el supuesto de nulidad absoluta de una diligencia de entrada y registro, por aplicación del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la propia doctrina constitucional, sus efectos contaminantes se proyectarán a aquellas otras pruebas conectadas antijurídicamente con la fuente probatoria irregularmente obtenida. Señala la referida Sentencia: *“... la transferencia del carácter ilícito de las pruebas originales a las derivadas, se produce en virtud de la existencia de una conexión de antijuridicidad cuya presencia resulta del examen conjunto del acto lesivo del derecho y su resultado, tanto desde una perspectiva interna, es decir, en atención a la índole y características de la vulneración del derecho sustantivo, como desde una perspectiva externa, a saber, de las necesidades esenciales de tutela exigidas por la realidad y efectividad de este derecho. De manera que es posible que la prohibición de valoración de las pruebas originales no afecte a las derivadas, si entre ambas, en primer lugar, no existe relación natural, o si, en segundo lugar, no se da la conexión de antijuridicidad.”*

Según esta jurisprudencia, y en el caso concreto de la diligencia de entrada y registro, la contaminación de la misma no podría ser posteriormente saneada con el

testimonio de los agentes que participaron en el propio registro efectuado con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, si bien no podría sostenerse la misma conclusión en aquellos supuestos en que el propio acusado en el acto del juicio oral, previa y debidamente informado por su defensa de la nulidad de la diligencia de entrada y registro, reconoce la presencia en el domicilio de los ilícitos efectos intervenidos y acepta, en definitiva, el resultado del registro.

En este sentido y como señala la jurisprudencia del TS en la Sentencia 912/2013 de 4 de diciembre, *“la nulidad constitucional de una prueba no impide la acreditación de extremos penalmente relevantes mediante otros medios prueba de origen independiente al de la fuente contaminada, ya que de no existir una conexión causal, la material desconectado estará desde el principio limpio de contaminación.”*

SUPUESTOS EN QUE LA ENTRADA Y REGISTRO CARECE DEL CARÁCTER DE PRUEBA PRECONSTITUIDA PERO CABE SU INCORPORACIÓN POR OTROS MEDIOS PROBATORIOS.-

Tal y como pone de manifiesto la STS 773/2013 de 22 de octubre, *“Fuera de esos supuestos de inconstitucionalidad, la ejecución de la diligencia de entrada y registro y del acta levantada al efecto por el Secretario Judicial, que da fe de su desarrollo y del resultado obtenido, debe atenerse también al procedimiento legalmente establecido con la observancia y cumplimiento de las normas de legalidad ordinaria vigentes a tal efecto, y será en estos casos cuando el Acta ostentará la categoría de prueba preconstituida que puede ser valorada por el Tribunal sentenciador por la vía prevenida para la prueba de naturaleza documental.*

Ausencia del imputado no detenido.-

Conforme se ha recogido anteriormente con diversas citas jurisprudenciales, *“El resultado de la diligencia, es decir, el hallazgo y obtención de efectos relevantes para la investigación del hecho punible, habitualmente accederá al proceso como prueba preconstituida, por la evidente imposibilidad de reproducirla en el acto del juicio oral, de forma que el único modo que tiene el imputado de hacer efectivos sus derechos de defensa y contradicción es la intervención en el registro (...) y en ningún caso podrá ya cuestionar la materialización de la diligencia” (...) y en caso de no estar presente el interesado, siendo posible, la diligencia será nula, impidiendo la valoración de un resultado, que solo podrá acreditarse mediante pruebas independientes en cuanto totalmente desvinculadas de la primera. Afirma no obstante que desde el punto de vista del derecho de contradicción, interesado es también el imputado, pero su ausencia en la práctica de la diligencia no determina su nulidad, sino que impide que pueda ser valorada como prueba preconstituida por déficit de contradicción.”*

En el mismo sentido ya se había pronunciado la doctrina constitucional a través de la Sentencia TC 219/2006 de 3 de julio, al señalar que *“aunque ciertas irregularidades procesales en la ejecución de un registro, como la preceptiva presencia del interesado, puedan determinar la falta de valor probatorio como prueba preconstituida o anticipada de las actas que documentan las diligencias policiales, al imposibilitarse la garantía de contradicción, ello no impide que el resultado de la diligencia pueda ser incorporado al proceso por vías distintas a la propia acta, especialmente a través de las declaraciones de los policías realizadas en el juicio oral con todas las garantías, incluida la de contradicción. (...) “el que dicha diligencia se practicara de hecho sin contradicción no impide que el resultado de la misma se incorpore al proceso a través de las declaraciones de los funcionarios policiales que la practicaron, declaraciones realizadas en el juicio oral con todas las garantías necesarias para salvaguardar el derecho de defensa del demandante de amparo, así como la intermediación y la contradicción, como evidencia la lectura del acta de la vista, y que son las que constituyen el sustrato probatorio del relato fáctico de la Sentencia de instancia, como se señala expresamente en el fundamento jurídico décimo de la misma. Por*

ello, ha de entenderse que la ausencia de contradicción en la práctica de las aludidas diligencias no generó indefensión material y no es lesiva del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)”

Ausencia del Secretario Judicial

La más reciente jurisprudencia recogida en Sentencia 17/2014 de 28 de enero nos recuerda que *“la ausencia del secretario judicial, cuando su presencia viene exigida por la normativa procesal, determina la nulidad del acto como actuación procesal, privándole de su carácter de prueba anticipada o preconstituida y al del acta en que se recoge su resultado, pues la ausencia de la fe pública legalmente exigida le priva de autenticidad y valor probatorio pero no constituye una violación del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio -al estar amparada la intervención domiciliaria por una autorización judicial válida, que es lo que se exige constitucionalmente- y en consecuencia no determina el efecto prevenido en el art. 11.1. LOPJ para cualquier contenido probatorio que se derive directa o indirectamente de la violación de un derecho fundamental, por lo que nada impide que mediante otros medios de prueba complementarios se evidencie la ocupación de los efectos intervenidos en el domicilio registrado con autorización judicial (...) pudiendo suplirse tal defecto con la declaración de los intervinientes en el registro en dicho acto, por ejemplo, funcionarios de policía”.*

LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.-

Puesto que comencé este trabajo aludiendo, entre otras cuestiones, a la insuficiencia de la actual regulación de la diligencia de entrada y registro en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y a la extensa jurisprudencia del Tribunal Supremo y doctrina del Tribunal Constitucional que permitió integrarla fijando los criterios de restricción del derecho a la inviolabilidad del domicilio, quiero finalizar haciendo una somera referencia a la propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012.

Tras una proclamación del derecho a la inviolabilidad del domicilio en idénticos términos a los utilizados en el artículo 18.2 de la Constitución, el articulado regula, entre otras cuestiones, los fines de la entrada en domicilio, los requisitos del consentimiento, las condiciones de su validez, el contenido de la autorización judicial, los sujetos que, según los casos, deben concurrir a la práctica de la diligencia con las correspondientes y justificadas exclusiones, la forma en que debe desarrollarse el registro, e incluso la forma de actuar ante los denominados hallazgos casuales. Regula expresamente la flagrancia delictiva, y finalmente, el registro de lugares sometidos a un régimen especial, como el Congreso, el Senado o las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas entre otros.

El examen de su contenido permite advertir, que es ahora la regulación propuesta la que, con la finalidad de dar respuesta desde el derecho positivo a las cuestiones, problemas e incidentes que se ha demostrado que surgen en torno a la práctica de la diligencia de entrada y registro, viene a incorporar al texto toda esa elaboración jurisprudencial del Tribunal Supremo y de la doctrina del Tribunal Constitucional que se ha tratado de reflejar en este trabajo.