ESTUDIOS

Diligencias de investigacion en el proceso penal: La diligencia de entrada y registro. Tercer presupuesto: autorizacion judicial. Procedimiento para su práctica. Efectos de las entradas y registros domiciliarios inconstitucionales.

(y II)

EMILIA MORALES MUÑOZ
Secretaria Judicial

RESUMEN

El presente artículo aparece como la segunda parte del estudio de una concreta diligencia de investigación, cual es, la diligencia de entrada y registro, analizando el tercer presupuesto habilitante para proceder a su práctica: la autorización judicial. Comienza éste con un breve resumen de la diligencia, continuando con el último presupuesto que permite que la posibilidad de que la diligencia de entrada y registro tenga lugar: la autorización judicial, el procedimiento para su práctica para terminar con los efectos que produce la práctica de la diligencia inconstitucionalmente realizada.

SUMARIO: 1. Tercer presupuesto de la diligencia de entrada y registro: La autorización judicial: 1. Autorización judicial. 2. Organo jurisdiccional competente. 3. Resolución judicial: A) Presupuesto: motivación de la decisión. B) Forma que ha de adoptar. C) Elementos de constancia obligada en el auto: • Desde el punto de vista legal (art. 558 LECrim.). • Desde el punto de vista jurisprudencial.–2. Requisitos de la actividad de la entrada y registro: 1. Lugar. 2. Tiempo. 3. Forma.–3. Procedimiento de la entrada y registro: 1. Cuando existe autorización judicial: A) Medidas de vigilancia y aseguramiento para que la diligencia sea eficazmente practicada. B) Sujetos intervinientes en la diligencia: I. El Juez. II. El Secretario Judicial: II.I Ausencia del Secretario Judicial o de quien le sustituya en el supuesto contemplado en la LOPJ. Tendencias jurisprudenciales: a) La diligencia es nula, pero subsanable. b) La diligencia es nula e insubsanable. III. Los Agentes de la Policía

Judicial: a) La entrada del agente encubierto. IV. El interesado. V. El letrado: V.I Cuando el acusado no esta detenido ni ha existido imputación alguna: No es necesaria la presencia del Abogado. V.II Cuando el acusado se encuentra detenido: Si es necesaria la presencia de Abogado. VI. Los testigos. VII. Los peritos. C) Notificación del auto: I. Ausencia de la notificación del acto. D) Práctica de la diligencia. E) Documentación del acto. 2. Cuando no existe autorización judicial.–4. Efectos de las entradas y registros domiciliarios inconstitucionales: 1. Responsabilidad penal y disciplinaria de la Policía Judicial: A) La prejudicialidad penal. B) La compensación de la condena administrativa y penal. 2. Prueba prohibida.–5. Bibliografía.

1. TERCER PRESUPUESTO DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO: LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL

La inviolabilidad del domicilio se encuentra regulada en la Constitución Española dentro de la Sección 1.ª, del Capítulo II del Título I «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas», como un auténtico derecho fundamental. Es el artículo 18.2 el que dispone que «El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en los casos de flagrante delito».

Dicha protección se encuentra regulada también en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1947, en el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, ratificado por España el 4 de octubre de 1979, así como en el artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977.

Al establecer la Constitución Española de 1978 tanto en su artículo 10.2 que «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución Española 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», como en el artículo 96.1 de la Constitución dispone que «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente por España, formarán parte del ordenamiento jurídico interno», las citadas normas de carácter internacional referenciadas han de ser tenidas en cuenta a la hora de interpretar los derechos fundamentales reconocidos en la Carta Magna y, por tanto, el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Tres son los presupuestos constitucionales de la diligencia de entrada y registro, tal y como establece el artículo 18.2, el consentimiento del titular, la flagrancia del delito y la autorización judicial, los cuales son alternativos, de forma que concurriendo uno de ellos no es necesario la presencia del otro. Habiendo sido analizados en el correspondiente artículo los dos primeros, a continuación se procederá al análisis del tercer y último presupuesto habilitante para la práctica de esta diligencia de investigación penal.

1. AUTORIZACIÓN JUDICIAL

El tercer presupuesto que habilita para la entrada y registro es la autorización judicial mediante la adopción por la autoridad judicial de una resolución que adopta la forma de auto.

Los artículos aplicables son los siguientes:

El artículo 18.2 establece que «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».

El artículo 546 establece que «El Juez o Tribunal que conociere de la causa podrá decretar la entrada y registro, de día o de noche, en todos los edificios y lugares públicos, sea cualquiera el territorio en que radiquen, cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación».

Establece el artículo 563 que «Si el edificio o lugar cerrado estuviere en el territorio propio del Juez instructor, podrá encomendar la entrada y registro al Juez municipal del territorio en que el edificio o lugar cerrado radiquen, o a cualquier Autoridad o agente de Policía judicial. Si el que lo hubiese ordenado fuere el Juez municipal, podrá encomendarlo también a dichas Autoridades o agentes de Policía judicial.

Cuando el edificio o lugar cerrado estuviere fuera del territorio del Juez, encomendará éste la práctica de las operaciones al Juez de su propia categoría del territorio en que aquéllos radiquen, el cual, a su vez, podrá encomendarlas a las Autoridades o agentes de Policía judicial.

Establece el artículo 570 LECrim. que «Cuando el registro se practique en el domicilio de un particular y expire el día sin haberse terminado, el que lo haga requerirá al interesado o a su representante, si estuviere presente, para que permita la continuación durante la noche. Si se opusiere, se suspenderá la diligencia, salvo lo dispuesto en los artículos *546* y *550*, cerrando y sellando el local o los muebles en que hubiere de continuarse, en cuanto esta precaución se considere necesaria para evitar la fuga de la persona o la sustracción de las cosas que se buscaren.

Prevendrá asimismo el que practique el registro a los que se hallen en el edificio o lugar de la diligencia, que no levanten los sellos, ni violenten las cerraduras, ni permitan que lo hagan otras personas, bajo la responsabilidad establecida en el Código Penal.

2. ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE

Será competente el órgano jurisdiccional para acordar la resolución judicial de conformidad con el artículo 546 *el Juez o Tribunal que conociere de la causa*. Ello conlleva que sea el territorialmente competente y, lo será el Juez de Instrucción del partido o demarcación en el que se hubiera cometido el delito (arts. 124.2, 15 y 303 LECrim.).

De lo anterior se deduce que debe existir causa abierta. Pese a ello, lo normal es que durante la investigación policial surja la conveniencia o necesidad de solicitar

dicha medida por la Policía. Cuando eso ocurre la Policía acude al órgano jurisdiccional competente solicitando el mandamiento judicial, reflejando en un escrito la importancia de la investigación, la necesidad de la misma y los indicios fundados que la hagan aconsejable. Si se dan las circunstancias referenciadas y el Juez competente lo estima, acordará la apertura de las correspondientes diligencias.

A salvo lo dicho, la competencia para dictar la resolución judicial viene determinada por la competencia para conocer de la causa, de forma tal que será competente o bien el Juez de Instrucción si el proceso está en dicha fase, o el Tribunal sentenciador (Juzgado de lo Penal, Audiencia Provincial) si el proceso está en fase de juicio oral. No conviene olvidar que los Juzgados de Paz a prevención y para su práctica también podrán ser competentes (arts. 100.2 LOPJ y 563.1 LECrim.). Lo normal es que tal acto sea acordado durante la instrucción, pero es posible que se practique durante el juicio oral.

En relación al tipo de proceso penal cabe decir que si la primera noticia de la posible comisión del delito sea el oficio policial o diligencias del Ministerio Fiscal solicitando la autorización, el Juez debe incoar Diligencias Previas para determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, así como las personas que en él hayan participado y dentro de éstas habrá de dictarse el auto decretando la entrada. El artículo 789.2.º LECrim. es tajante : Todas las actuaciones relativas a delitos de los comprendidos en este Titulo se registrarán como Diligencias Previas.

Sin embargo el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de junio de 1993 permite la incoación de Diligencias Indeterminadas, así establece que la palabra «causa» debe interpretarse de manera genérica y equivalente a procedimiento o actuaciones judiciales. El mandamiento judicial no puede condicionarse a la previa apertura de una causa criminal ordinaria.

Puede ocurrir que el hecho delictivo imputado en el oficio o atestado solicitando la autorización sea un delito que la ley castiga con pena superior a prisión, con lo que el proceso a seguir sería el ordinario, o el procedimiento por Jurado. No obstante lo anterior, lo más frecuente es la incoación de Diligencias Previas para la autorización o no de la entrada y registro porque de la actividad preprocesal llevada a cabo no se desprendan indicios suficientes para entender que tal es la gravedad del hecho.

Se incoen Diligencias Previas, Sumarios o Procedimientos ante Jurado, estamos ya en un proceso penal abierto, y el auto decretando la entrada y registro es un acto procesal dentro de ese proceso.

Interpretando literalmente el artículo 546 LECrim. se puede entender que ha de existir abierta una causa, por lo que la resolución acordando la entrada y registro debe ser dictada en un sumario o diligencias previas abiertas con anterioridad. De alguna manera ha de existir una investigación penal en curso.

Una vez esta determinado el órgano judicial competente, es importante distinguir la competencia entre el órgano judicial que acuerda la diligencia y el que la practica. Si se acuerda en fase de instrucción, la competencia para acordar la entrada y registro domiciliario es el Juez Instructor del partido en que se hubiera cometido el delito (arts. 14 y 550 LECrim.), concretamente, los Juzgados de Instrucción o los Juzgados Centrales de Instrucción, si bien, en este último caso cuando la investigación se dirija a la comprobación de alguno de los delitos regulados en el artículo 65 LOPJ, o cuando, por razón de las personas encausadas, corresponde a las Salas de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia o Sala Segunda del Tribunal Supremo y, si se trata de

juicio oral al Juzgado de lo Penal o a la AP. En las ciudades donde existen dos o mas Juzgados de la misma clase, la determinación de la competencia pasa por el establecimiento de un turno de reparto, sin perjuicio de las atribuciones del Juzgado de Guardia. En ciudades que tienen varios Juzgados de Instrucción en servicio de guardia el mismo día, como Madrid, por normas de reparto, se establece que uno de ellos denominado de «Diligencias o Incidencias», frente a los otros que serán de «Detenidos», conocerán, entre otras, de las medidas cautelares, entendiendo como tales las entradas y registros domiciliarios, y en ese caso el Juzgado de Guardia que autorice la entrada correspondiente seguirá conociendo de los hechos delictivos que aparezcan como consecuencia de dicha autorización, siempre y cuando no estuviese incoada causa criminal previamente.

Será competente para ejecutar el auto, en principio, el Juez que lo hubiere acordado, pero también se puede recurrir a esos efectos al auxilio judicial (art. 563). El órgano jurisdiccional que hubiera acordado la práctica del acto y aquel al que se hubiera encomendado su ejecución por vía de auxilio, pueden ordenar su práctica a la policía judicial. Esto no significa autorización para que la policía practique el acto autónomamente, sino cumpliendo un mandato judicial con arreglo a las normas de la LECrim. y con intervención del Secretario Judicial.

En relación a la práctica de la diligencia de entrada y registro solicitada vía auxilio judicial cabe decir que:

1.º Se da cuando el domicilio se encuentra fuera de la demarcación del juez instructor territorialmente competente de conformidad con los artículos 303.1, 310 y 563 LECrim. Se trata de aquellos supuestos en que se encomienda la práctica de la diligencia de entrada y registro al órgano judicial competente en que se encuentra el domicilio. Establece el artículo 303.1 que «La formación del sumario, ya empiece de oficio o a instancia de parte, corresponderá a los Jueces de Instrucción por los delitos que se comentan dentro de su partido o demarcación judicial, y en su defecto a los demás de la misma ciudad o población, cuando en ella hubiere más de uno, y a prevención o por su delegación a los jueces municipales» y el artículo 310 LECrim. que «Los jueces de instrucción podrán delegar en los municipales la práctica de todos lo actos y diligencias que esta Ley no reserve exclusivamente a los primeros cuando alguna causa justificada les impida practicarlos por sí. Pero procurarán hacer uso moderado de esta facultad y, el Tribunal inmediato superior cuidará de impedir y corregir la frecuencia injustificada de estas delegaciones».

De lo anterior se deduce que:

— Con carácter general, no cabe delegar diligencias limitativas de derechos fundamentales.

— Se puede encomendar cuando existan causas que le impidan practicarlos por sí.

— Que la delegación ha de contemplarse en auto autorizante de forma expresa y específica delimitándose el fundamento de la medida adoptada así como la determinación del objeto de la diligencia.

En relación con lo anterior, pueden plantearse dos supuestos, dependiendo del lugar donde se encuentre el domicilio, pudiendo ser fuera o dentro del partido judicial.

— Si fuese fuera del partido judicial, el juez competente podrá comisionar su ejecución al de su propia categoría del territorio en que radique el domicilio (art. 563.2

LECrim.). Es el llamado auxilio judicial interno y dado su carácter obligatorio, si no se llevan a cabo a través de este acto procesal devendría nula la entrada y registro debido a la inexistencia de competencia para su realización (art. 238.1 LOPJ) y, ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 268.2 LOPJ y 323 LECrim. que permiten al Juez de Instrucción competente para prorrogar su jurisdicción cuando las diligencias que hubieren de practicarse lo fueran en un lugar próximo a su demarcación y existiera peligro de demora o resultare conveniente, dando cuenta de su práctica al juez competente.

— Si el domicilio se encuentra dentro del partido judicial del Juez de Instrucción territorialmente competente, dicho órgano puede:

• Constituirse en cualquier lugar del territorio de su jurisdicción para la práctica de la medida (art. 268.2 LOPJ).

• Recabar la jurisdicción de otro juzgado de su demarcación (art. 274.1 LOPJ) y, en particular, a un Juez de Paz que pertenezca a su demarcación judicial (art. 563.1 LECrim.).

Este auxilio es facultativo, debiendo practicar el acto personalmente si el lugar se encontrara dentro de su circunscripción territorial, pero fuera de su sede, acudiendo tan sólo al auxilio cuando el domicilio se encuentre fuera de la circunscripción o término municipal.

Gimeno Sendra, Conde - Pumpido Tourón, entre otros, entienden que el Juez de Instrucción competente por razón del lugar de la comisión del delito puede comisionar su ejecución al juez de su misma categoría del lugar en donde se encuentra el domicilio en el que practicar la diligencia de entrada y registro (arts. 563.2 y 310 LECrim.) y, asimismo al Juez de paz (art. 563.1 LECrim.).

En relación a esta cuestión se ha planteado si el Juez de Instrucción al que se le comisiona para la práctica de la entrada puede o no alterar alguno de los puntos del contenido de la autorización judicial que le habilita a su practica o si por el contrario ha de ser rectificada por el Juez de Instrucción que ha dictado la resolución autorizando la entrada y registro en virtud de la cual se practica el registro. El Tribunal Supremo distingue entre errores meramente formales y los relativos a la motivación, concluyendo que si se trata de los primeros (formales) la rectificación podrá ser realizada por el juez instructor al que se ha comisionado su práctica y, si se trata de los segundos (motivación), será el órgano judicial competente para conocer de la causa. En este sentido se pronuncia la sentencia del TS de 19 de marzo de 2001 manifestando que un error en la dirección del domicilio de entrada y registro puede tener un carácter meramente formal en cuanto que dicho lugar puede identificarse plenamente a través de otros datos contenidos en el auto considerando absolutamente correcta y adecuada la actuación del Juzgado de Reus (del lugar de la entrada y registro) pese a que el juzgado de instrucción de Gijón fuese el que ordenase la diligencia de entrada y registro comisionando para ello al juzgado de Reus.

2.º La realización de diligencias de entrada y registro por órgano jurisdiccional que actúe a prevención (art. 13 en relación con los arts. 303.1 y 307 de la LECrim.).

Se trata de aquellos supuestos en que el órgano judicial incompetente recibe la *notitia criminis* y la investigación del hecho delictivo requiere la urgente adopción y práctica de una entrada y registro.

La nota de urgencia es la determinante para que el órgano jurisdiccional incompetente actúe a prevención, debiendo remitir lo actuado al competente en el plazo de tres días.

3. RESOLUCIÓN JUDICIAL

Como ya se ha comentado, el tercer presupuesto que habilita la entrada y registro en un domicilio es la existencia de una resolución judicial que adoptará la forma de auto que ha de constar necesariamente por escrito. De lo dicho se deduce que ante su ausencia se afirma que da lugar a que se estime que la diligencia practicada se realizó con violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, constituyendo por tanto una prueba obtenida ilegalmente no pudiendo surtir efecto alguno de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.1 de la LOPJ.

A) Presupuesto: motivación de la decisión

Se ha de motivar por el órgano judicial las razones que le han llevado a adoptar la medida. Se debe justificar la limitación del derecho fundamental para conseguir el fin previsto con la entrada y registro, así como para que el sujeto pasivo de la misma pueda saber los motivos, razones que han motivado su adopción y práctica permitiéndole el ejercicio del derecho de defensa.

La STS de 5 de julio de 1993 establece que « la restricción de un derecho fundamental tan trascendente como es la inviolabilidad del domicilio, es natural que no pueda adoptarse sino después de razonar y fundamentar, jurídicamente, la explicación adecuada de tan excepcional medida, pero en función de un mero formalismo rituario, antes al contrario, en orden al mensaje que la resolución debe comportar, porque la lógica jurídica justificativa del acuerdo ha de ir dirigida, primero al juez que adopta la resolución, en tranquilidad de la propia conciencia, y en segundo lugar, a la sociedad con objeto de hacerla saber el porqué la invasión domiciliaria y el análisis ponderativo tenido en cuenta a la hora de juzgar proporcionalmente los distintos intereses en juego».

Establece el Tribunal Constitucional en diversas sentencias que el auto de entrada y registro que carezca de motivación o cuya motivación sea defectuosa, «ocasiona la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio debido a la ausencia de proporcionalidad del registro autorizado (STC 8/2000, FJ 6.º)» y «vicia con nulidad todos los actos de ejecución de la orden judicial y los que de ella deriven (STC 240/1999)».

B) Forma que ha de adoptar

Debe revestir la forma de auto tal y como disponen los artículos 550 y 558 LECrim. Auto que ha de ser fundado, motivado (art. 248.2 LOPJ). Ha de dictarse con carácter previo a la ejecución de ambas diligencias. En defensa de esta afirmación cabe citar la STS de 13 de diciembre de 1998, la cual establece que constituye una

violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio el caso de que la entrada y registro domiciliario se practique media hora antes de que la resolución judicial sea expedida, mientras los interesados se encuentran detenidos.

En el mismo se ha de expresar un contenido mínimo necesario que justifique la proporcionalidad de las medidas. Establece la STC 239/1999 de 20 de diciembre que el cumplimiento del deber de motivación exige la inclusión, en la resolución judicial de entrada y registro, no sólo de las circunstancias previstas en el artículo 558 LECrim. y exigibles a los efectos del artículo 24.1 Constitución, sino una motivación más intensa que consiste en la rigurosa y precisa exposición del juicio de proporcionalidad entre la medida restrictiva (derecho del Estado a investigar delitos) y derecho fundamental afectado (inviolabilidad del domicilio que tienen los ciudadanos). Establece la STC 126/2000 de 16 de mayo que los criterios que se tomarán en cuenta para concretar las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad son:

- La gravedad del delito.

Se puede atender para establecer una relación a la naturaleza del bien jurídico protegido (vida, integridad, libertad sexual, salud pública) y a la gravedad de la pena (cinco años de prisión).

- El grado de imputación del sujeto pasivo de la medida.

No ha de ser necesariamente imputado o estar procesado en la causa, es suficiente con que el sujeto pasivo de las diligencias esté vinculado con un delito pero no en base a meras conjeturas o sospechas y sí en base a sospechas fundadas como se da en el supuesto de que como consecuencia de que a través de escuchas telefónicas se haya apreciado vinculación del mismo con el delito objeto de investigación.

- La probabilidad de éxito en la consecución de los fines.

De que se encuentre en el domicilio al sujeto pasivo o los instrumentos del delito objeto de la investigación.

El auto ha de dictarse por escrito, no cabe autorización verbal.

La STS 912/1996 de 25 de noviembre establece que la autorización o mandamiento para entrar en un domicilio nunca se puede conceder verbalmente por el órgano judicial, considerando que se ha vulnerado el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

Admisibilidad de fórmulas impresas, estampilladas o estereotipadas, así como de la remisión a la solicitud policial o su integración con el auto.

Establece la STC 9/2003 de 20 de enero que la utilización de dichos impresos para la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales, si bien resulta desaconsejable, no constituye necesariamente una falta o insuficiencia de la motivación.

Establece la STC 82/2002 de 22 de abril que si bien lo deseable sería que la resolución judicial expresara directamente todos los elementos necesarios para considerar fundamentada la medida, recuerda, sin embargo, que este Tribunal viene admitiendo que una resolución judicial puede considerarse motivada si, integrada con la solicitud de la autoridad que se remite, contiene todos los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad.

Si bien la jurisprudencia constitucional viene reconociendo la admisibilidad citada, a juicio de María José Cabezudo Bajo, dicha tesis debe ser criticable porque

facilita el incumplimiento del deber de motivación del órgano judicial que, de conformidad con dicha obligación derivada del principio de proporcionalidad, tiene el deber inexcusable, en dicha resolución judicial, de exteriorizar los fundamentos que justifican su decisión.

C) Elementos de constancia obligada en el auto

- DESDE EL PUNTO DE VISTA LEGAL (ART. 558 LECRIM.)

— Identificación del edifico o lugar cerrado. Ubicación del domicilio.

— Si tendrá tan sólo lugar de día la entrada y registro. Momento y tiempo para llevar a cabo la entrada y registro.

— Autoridad o funcionario que lo haya de practicar. Nominaciones genéricas al cargo, no nominativas.

- DESDE EL PUNTO DE VISTA JURISPRUDENCIAL

Jurisprudencialmente se han ampliado a las siguientes:

— Circunstancias personales del titular del domicilio, considerándose nula si no figura el nombre del titular (STS 12 de noviembre de 1991). Dicha doctrina ha sido matizada por la sentencia de 20 de septiembre de 2003 en la medida en que en el momento de solicitarse y dictarse el auto no sean conocidos nombre y apellidos del interesado.

— El delito que se investiga y las actividades que en su interior pueden realizarse. Si como consecuencia de la diligencia se encontrasen por la policía efectos o pruebas relacionadas con otro delito distinto, dicho hecho se pondrá en conocimiento del órgano judicial que lo acordó, suspendiéndose la diligencia hasta que el mismo decida si accede o no a extender la autorización pertinente. Si no se hace así la diligencia sería declarada nula por vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

La STS ha matizado lo anterior en el sentido de establecer que cuando en la diligencia se descubre algo que nada tiene que ver con la autorización judicial lo procedente es esperar a la decisión del Juez salvo que la urgencia de las medidas a tomar, con carácter cautelar, aconsejen otra cosa.

— La fecha para llevar a cabo la diligencia de entrada y registro.

— En el auto debe constar la firma del Secretario.

2. REQUISITOS DE LA ACTIVIDAD DE LA ENTRADA Y REGISTRO

1. LUGAR

La entrada y registro tendrá lugar fuera de la sede del órgano jurisdiccional y en el domicilio del sospechoso de la comisión del delito.

2. TIEMPO

Establece el artículo 184.1 LOPJ que «todos los días del año y todas las horas serán hábiles para la instrucción de las causas criminales, sin necesidad de habilitación especial» y el 550 LECrim. «la entrada y registro podrá ordenarse de día o de noche, si la urgencia lo hiciere necesario…»

De los citados artículos se deduce que en cualquier momento puede practicarse la diligencia de entrada y registro, si bien cuando fuese de noche ha de existir urgencia que determine la realización en dicho momento.

El fundamento del precepto es hacer menos gravosa la situación doméstica y la intimidad de las personas registradas, al evitar su práctica en las horas normalmente dedicadas por las personas para el descanso (STS 127/1994 de 28 de enero). Establece la STS de 10 de mayo de 2001 que la finalidad del precepto no es otra que la de causar las mínimas molestias posibles, lo que se consigue prohibiendo los registros, salvo caso de urgencia, en las horas destinadas al descanso.

La STS de 4 de mayo de 1994 establece que autorizada la diligencia para su práctica durante el día, si llegada la noche la misma no hubiese finalizado, se requerirá al interesado para que permita la continuación de la misma.

Si se opusiese a la continuación podría darse alguna de las siguientes situaciones:

— Suspensión de la misma, adoptándose las medidas de vigilancia convenientes para evitar la fuga del procesado o la sustracción de los instrumentos, efectos del delito, libros, papeles o cualesquiera otras cosas que hayan de ser objeto del registro (art. 567 LECrim.), cerrando y sellando el local o muebles en que hubiere de continuarse, en cuanto esta precaución se considere para evitar la fuga de la persona o la sustracción de las cosas que se buscaren, previniéndose a los que se hallen en el edificio o lugar de la diligencia, que no levanten los sellos, ni violenten las cerraduras, ni permitan que lo hagan otras personas (art. 570 LECrim.)….».

— Si fuese el Juez el que la estuviera practicando personalmente, si entiende que ha de continuarse practicando al concurrir urgencia, se continuará la práctica haciéndose constar en el acta el hecho de que se continua haciendo de noche.

— Si los agentes de policía lo solicitan al juez, éste , de mediar circunstancias especiales de urgencia podrá dictar nuevo auto concediendo la autorización para su práctica durante la noche.

El auto que acuerde que la diligencia se ha de practicar de noche deberá establecer como fundamento preciso y como requisito indispensable de su legitimidad la urgencia que se da para que la práctica no se haga de día.

En relación al tiempo hay que hacer mención a la obligatoriedad de notificar el auto a la persona interesada inmediatamente, o lo más tarde dentro de las veinticuatro horas de haberse dictado (art. 550 LECrim.).

3. FORMA

Establece el artículo 552 LECrim. que «Al practicar los registros deberán evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario, y se adoptará todo género de precauciones para no comprometer su reputación, respetando sus secretos si no interesaren a la instrucción».

El artículo 568 LECrim. establece que si fuere necesario podrá emplearse la fuerza pública para la práctica de la diligencia de entrada y registro.

3. PROCEDIMIENTO DE LA ENTRADA Y REGISTRO

1. CUANDO EXISTE AUTORIZACIÓN JUDICIAL

A) Medidas de vigilancia y aseguramiento para que la diligencia sea eficazmente practicada

Dichas medidas pueden adoptarse con carácter previo a la solicitud por la policía del mandamiento judicial, con carácter posterior al auto en que se acuerde la diligencia, durante su práctica y cuando la misma tenga que ser suspendida o aplazada.

B) Sujetos intervinientes en la diligencia.

I. El Juez

Si bien es cierto que el Juez puede intervenir en la práctica de la diligencia recogiendo los instrumentos y efectos del delito, los libros, papeles o cualesquiera otras cosas que se hubieren encontrado (art. 574 LECrim.), no lo es menos que puede delegar su ejecución en el Juez Municipal del territorio en que el edificio o lugar cerrado radiquen, o en cualquier Autoridad o agente de la Policía Judicial. Si el que lo hubiere autorizado fuere el juez municipal, podrá encomendarlo a dichas Autoridades o agentes de la policía judicial (art. 563. Deberá hacerse constar en la diligencia los nombres del Juez, o de su delegado (art. 572 LECrim.).

II. El Secretario Judicial

Su presencia es necesaria en la intervención de la diligencia tal y como establece el artículo 569 LECrim. al fijar que «El registro se practicará siempre a presencia del Secretario del Juzgado o Tribunal que lo hubiere autorizado, o del Secretario del servicio de guardia que le sustituya quien levantará el acta del resultado, de la diligencia y de sus incidencias… No obstante, en caso de necesidad, El Secretario Judicial podrá ser sustituido en la forma prevista en la LOPJ.

Establece el artículo 451.2 de la LOPJ que los Secretarios judiciales serán sustituidos por otro secretario judicial o por un Secretario Judicial sustituto. Si bien, en principio un secretario judicial no puede ser sustituido por quien no lo fuere, excepcionalmente el 451.4 establece que cuando no hubiere suficiente número de secretarios judiciales en los supuestos de entradas y registros en lugares cerrados acordados por un órgano judicial de la Audiencia Nacional y que deban ser realizados de forma simultánea podrán los funcionarios del Cuerpo de Gestión procesal y Administrativa, en sustitución del secretario judicial, intervenir en calidad de fedatarios y levantar la correspondiente acta.

La intervención del Secretario tiene una triple finalidad:

— Garante de la legalidad al procurar con su presencia se preserve las formalidades legales.

— Garante de autenticidad.

— Garante de que la intromisión en la inviolabilidad del domicilio se realicen dentro de los límites marcados por el contenido de la resolución judicial que acordó la entrada y registro.

II.I *Ausencia del Secretario Judicial o de quien le sustituya en el supuesto contemplado en la LOPJ. Tendencias jurisprudenciales*

La jurisprudencia es unánime afirmando que al existir mandamiento judicial se da el cumplimiento al requisito constitucional, estableciendo que la ausencia del secretario judicial no lesiona derechos fundamentales, si bien da lugar a una irregularidad.

No es unánime la jurisprudencia a la hora de determinar los efectos que produce la irregularidad ocasionada como consecuencia de la ausencia del Secretario Judicial en la práctica de la diligencia, distinguiéndose las dos posiciones que a continuación se exponen.

a) La diligencia es nula, pero subsanable

Esta línea jurisprudencial hoy en día prácticamente abandonada y de seguimiento minoritario considera que si bien el acta redactada en la diligencia practicada en ausencia del secretario judicial es nula y carece de valor probatorio, sin embargo es posible subsanarlo mediante la declaración en el acto del juicio oral de los testigos y policías intervinientes, además de por el reconocimiento del interesado.

Establece la STS de 27 de enero de 1992 que la falta de intervención del Secretario acarrea la consecuencia de que el acta levantada en dicha diligencia no constituya prueba válida ni, por tanto, pueda tener eficacia en el juicio oral. Y dado que la diligencia aquí practicada no vulnera ningún derecho constitucional, la consiguiente invalidez de este medio probatorio no implica una nulidad e ineficacia plenas e insubsanables de dicho acto, por lo que los datos obtenidos en el mismo pueden ser acreditados por otros medios de prueba como puede ser el testimonio de los que intervinieron y presenciaron dicha diligencia, e incluso, por el propio reconocimiento del interesado (STS27de enero de 1992).

En el mismo sentido se pronuncia la STS 1434/2002 de 18 de septiembre la cual establece 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, y la 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 artículo 11.1 de la 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 evidencia la ocupación de los efectos intervenidos en el domicilio registrado con autorización judicial.

b) La diligencia es nula e insubsanable

Esta línea jurisprudencial es la mayoritaria. La misma considera que la diligencia practicada en ausencia del secretario judicial es nula y no puede ser considerada, no pudiendo los policías intervinientes en la misma comparecer al acto del juicio oral y sanar la nulidad, si bien, los testigos que hubieren asistido a la diligencia pueden comparecer y declarar al respecto, así como el acusado puede reconocer y ratificar en el juicio oral lo que había sido hallado durante el registro.

Establece la STS 31 de marzo de 1992 que una diligencia de entrada y registro practicada sin la presencia del Secretario Judicial es nula de pleno derecho. De tal diligencia no pueden ya derivarse los efectos de prueba preconstituida que habiendo asistido del Secretario judicial tendría, lo que no es óbice a que el propio imputado o los imputados y los testigos puedan, en el acto del juicio oral, declarar respecto de lo que vieron y oyeron en aquella diligencia como en cualquier otro momento de sus vidas, sin que en esta fórmula general puedan entrar los policías actuantes, en tan anormal diligencia… Por que al haber actuado como delegados del Juez de Instrucción intervinieron en un acto judicial nulo de pleno derecho, sin posibilidad de sanarse a través de sus propias declaraciones porque, de hacerlo, estarían tachados de parcialidad objetiva puesto que cuando ellos mismos fueron los que protagonizaron un acto nulo, mal pueden con sus propias manifestaciones, que forman parte de la propia sustancia del acto, depurar el vicio radicalmente insubsanable por ser el acto nulo de pleno derecho… es general y unánime la afirmación de esta Sala que los testigos, imputados y coimputados sí pueden comparecer y sus declaraciones ser válidas en el sentido tradicional de la expresión… Si el inculpado reconoce ante el juez que en su domicilio, cuyo registro a efectos jurídicos se reputa nula, tenía una balanza de precisión o un dinamómetro y tales y cuales sustancias, aunque afirme que eran para su propio consumo, es obvio que el juzgador podrá inferir de tales manifestaciones el ánimo de traficar al unir lo que el acusado dice con la realidad que le rodea. Y otro tanto hay que decir de los testigos. No sucede lo mismo con los agentes de la policía.

En relación a la testifical de los policías la STS de 22 de octubre de 1992 establece que la intervención *a posteriori* de los agentes de policía que efectuaron el registro y entrada sin presencia de Secretario judicial compareciendo en las sesiones del juicio oral, no pueden subsanar los defectos de nulidad ya producidos, sería un verdadero

fraude de ley causante de indefensión de la declaración testifical de los que intervinieron en su práctica.

III. Los Agentes de la Policía Judicial

Pueden intervenir en los casos de flagrante delito por propia autoridad (art. 553 LECrim.) o como delegados del Juez con asistencia del Secretario Judicial u Gestor procesal habilitado al efecto por no existir secretario judicial que pueda asistir a la diligencia (art. 563 LECrim.).

Establece la STS de 24 de septiembre de 1991 que una de las personas que excepcionalmente puede entrar en el domicilio de un residente en España es el Juez, cuando hubiere indicios de encontrarse en él el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles y otros efectos que puedan servir para su descubrimiento o comprobación. Es al juez a quien la Ley concede tal facultad y de su práctica ha de dar fe el secretario, pero a tenor del artículo 563 el juez puede no estar presente y delegar en la Autoridad o Agente de Policía judicial.

La delegación no ha de ser nominativa, sí genérica en relación a la clase de autoridad o funcionario que vaya a intervenir tal y como establece entre otras la STS de 24 de enero de 1994. No obstante lo anterior, una vez practicada la diligencia y una vez extendida el acta ha de ser firmada por los que en la misma intervinieron en cuyo caso si deberá dejarse constancia nominalmente de su identidad, si bien dicha identidad no se refiere a nombre y apellidos y sí al número de carné profesional que ostenta dentro del cuerpo a que pertenezca.

a) La entrada del agente encubierto

El agente encubierto se encuentra regulado en el artículo 282 bis de la LECrim. Ha sido la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico de drogas y otras actividades ilícitas graves la que ha incorporado dicho artículo, que proporciona habilitación legal a la figura del «agente encubierto» en el marco de las investigaciones relacionadas con la denominada «delincuencia organizada». De esta forma, se posibilita el otorgamiento y la utilización de una identidad supuesta a funcionarios de la Policía Judicial, que puede mantenerse en el eventual proceso judicial posterior.

Por medio de dicha figura y a través de la infiltración en el interior de una organización criminal por parte de dicho agente se pretende obtener información mediante la observación y escucha directa e, incluso, a través de medios técnicos, así como el posible acceso de dicha información al proceso penal como prueba lícita de cargo, bien directamente, mediante la declaración testifical del agente encubierto así como de la prueba documental, si se utilizaron medios técnicos, bien mediatamente, en la medida en que la información que obtiene conduzca a otra prueba obtenida como consecuencia, por ejemplo, de la práctica de una entrada y registro domiciliario.

En muchas ocasiones la actuación del agente encubierto, actuación debidamente autorizada por la autoridad judicial, requiere su entrada en un domicilio así como que se utilicen medios técnicos de captación y grabación de conversaciones, en cuyo

caso podrán verse vulnerados otros derechos fundamentales además del de la inviolabilidad del domicilio.

Establece el párrafo 3.º del artículo 282 bis que cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.

En dicho artículo no se hace referencia expresamente al caso de entrada y registro de un agente encubierto en un domicilio si bien establece con carácter general el caso de actuaciones de agentes encubiertos que puedan afectar a derechos fundamentales, siendo en estos casos necesario la debida autorización judicial para el caso concreto, debiendo darse las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad.

En los supuestos de que el agente encubierto entre en un domicilio llevando consigo aparatos de captación y grabación de imágenes y conversaciones, su utilización conlleva la violación del derecho a la intimidad y a la propia imagen además del contemplado en el artículo 18.2 de la Constitución, de ahí que sea aplicable lo expuesto en el párrafo anterior en relación a la entrada en domicilio particular.

IV. El interesado

Establece el artículo 569.1 que el registro se hará a presencia del interesado, o de la persona que legítimamente le represente. Si aquél no fuere habido o no quisiese concurrir ni nombrar representante, se practicará a presencia de un individuo de su familia, mayor de edad. Si no lo hubiere, a presencia de dos testigos, vecinos del mismo pueblo. La resistencia de cualquiera de los citados producirá la responsabilidad declarada en el CP a los reos de delito de desobediencia grave a la Autoridad, sin perjuicio de que la diligencia se practique.

De dicho artículo se deducen que:

— Ha de estar presente el interesado o quien le represente legítimamente.

— Si no estuviere, no quisiere concurrir o nombrase a representante, a presencia de familiar mayor de edad.

— Si no hubiere familiar mayor de edad a presencia de dos testigos. En relación a los testigos y dado el carácter que ostenta en relación a la fe pública el Secretario Judicial no es necesaria su presencia.

— Si se resistieren incurrirán en responsabilidad penal.

— Pese a lo anterior, se llevará a efecto la diligencia acordada.

Jurisprudencialmente se ha establecido que el detenido debe estar presente durante la diligencia de entrada y registro, así como que para que su consentimiento sea válido, es preciso que consienta con asistencia de su letrado (SSTS 357/1999, de cuatro de marzo, 550/2001, de tres de abril, 41/2003, de 24 de enero).

V. El letrado

Una cuestión debatida es si debe o no estar presente el abogado de la defensa en la práctica de la diligencia de entrada y registro. La Sala Segunda del Tribunal Supremo

ha tenido que dar respuesta a dicha cuestión como consecuencia de las denuncias formuladas por medio de algunos recursos ante la ausencia del letrado de la defensa. Por la misma se ha pronunciado que ni el artículo 17.3 de la Constitución, ni de los Convenios Internacionales, ni del artículo 520 LECrim. se contemplan la exigencia de asistencia letrada en la práctica de la diligencia de entrada y registro. Respecto del artículo 520 LECrim. solo se prevé que sea preceptiva su intervención para las declaraciones que haya de prestar y para los reconocimientos de identidad de que sea objeto, sin que el derecho reconocido en el artículo 118 LECrim. signifique que la presencia del Abogado de la defensa sea requisito necesario para la validez de todas y cada una de las diligencias de instrucción y no lo es para una diligencia de investigación como lo es la de entrada y registro.

Cabe diferenciar dos supuestos, a saber:

V.I *Cuando el acusado no esta detenido ni ha existido imputación alguna: No es necesario la presencia de Abogado*

En este sentido se pronuncia la STS 270/1999, de 27 de enero la cual establece que la diligencia de entrada y registro tiene su específica regulación en los artículos 545 y siguientes de la LECrim. y de manera más precisa el artículo 569 del mismo texto legal en el que solamente se exige la presencia del interesado o de la persona que legalmente le sustituya. En principio no existe obstáculo alguno para que el letrado designado por el propio acusado o que se le haya asignado de oficio pueda representar al interesado en el caso de que éste no quiera o no pueda asistir a la diligencia de entrada y registro y delegue expresamente en el mismo para presenciar la diligencia. Sin embargo no es necesaria la presencia conjunta de ambos ya que es suficiente con la comparecencia en el domicilio de la persona afectada… La asistencia letrada es, en ocasiones un derecho del imputado y en otra un requisito procesal por cuyo cumplimiento debe velar el órgano judicial. En el caso de la diligencia de entrada y registro las formalidades se conforman con la presencia del interesado o de la persona que le represente, ya que la asistencia del Juez o del Secretario Judicial le garantizan suficientemente su derecho de defensa.

En el mismo sentido y más contundente es la STS 1094/1999, de cinco de julio, la cual dispone que la doctrina de esta Sala (Sala Segunda) concorde con los pronunciamientos al respecto del TC, admite la no admisibilidad de la intervención de Letrado en tales diligencias por no exigirse expresamente en el artículo 17.3 de la Constitución ni en los pactos internacionales suscritos y ratificados por España, limitándose esa presencia de manera inexcusable tan sólo a las declaraciones del imputado y a los reconocimientos de identidad de que sea objeto.

V.II *Cuando el acusado se encuentra detenido: Si es necesario la presencia de Abogado*

El hecho de que sea necesaria la presencia de Abogado antes de prestar su consentimiento el detenido a la práctica de la diligencia se debe a que la manifestación prestada sin la misma debería ser cuestionada teniendo en cuenta que el detenido puede sentirse condicionado o presionado por dicha situación, incluso puede desconocer la posibilidad de negarse a autorizar la entrada, así como las consecuencias que pudieran derivarse de dicho acto.

Establece la STS 550/2001, de tres de abril que es necesaria la asistencia Letrada al detenido antes de otorgar el consentimiento del registro policial en su domicilio. La falta de esta asistencia constituye una vulneración del artículo 17.3 de la Constitución con los efectos previstos en el artículo 11.1 de la LOPJ, esto es, la ineficacia total de dicho consentimiento y, por tanto, la imposibilidad de conferir validez al resultado de la entrada y registro efectuado, sin perjuicio de la posibilidad de acreditar por otros medios lo que se descubrió en el registro cuya diligencia deber ser radicalmente nula (STS de 18 de diciembre de 1997).

Igualmente establece la STS 1451/2003, de 26 de noviembre que en la situación de detención del interesado, únicamente podrá otorgarse validez al consentimiento cuando éste se presta con la asistencia del Letrado defensor a que todo detenido tiene derecho… porque la presencia del Abogado que interviene en defensa de los derechos del detenido, se configura como elemento legitimador de la autorización concedida y garante de la libertad decisoria del interesado y de su información sobre dicha decisión.

VI. Los testigos

Establece el artículo 569 de la LECrim. que en caso de no estar presente el interesado o persona que legítimamente le represente, de no querer estarlo o de no estarlo un familiar mayor de edad, habrán de estar presente dos testigos del mismo pueblo.

Pese a lo establecido en dicho artículo, al concurrir el Secretario Judicial podría entenderse la no necesaria presencia de los testigos mencionados y ello en base a lo dispuesto en el artículo 453.1 y 4 (antiguo *art. 281.1* de la LOPJ, modificada ésta en el año 2003 dejando vacío de contenido el mencionado precepto) estableciendo que corresponde a los Secretarios Judiciales, con exclusividad y plenitud, el ejercicio de la fe pública judicial. En el ejercicio de esta función, dejarán constancia fehaciente de la realización de actos procesales en el Tribunal o ante este y de la producción de hechos con trascendencia procesal mediante las oportunas actas y diligencias, así como que en el ejercicio de esta función no precisarán de la intervención adicional de testigos.

La STS de trece de noviembre 1991, la cual cita a la de diecinueve de octubre de 1990 establece el criterio de la no necesidad de testigos en el acta de entrada y registro cuando interviene el secretario judicial. Cabe citar en apoyo de lo expuesto las SSTS de 22 de octubre de 1993 y de 17 de marzo de 1994.

VII. Los peritos

Si bien, no es lo más frecuente, nada impide cuando fuese necesario que la diligencia sea completada con un reconocimiento pericial siempre que fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos artículo 577 LECrim.).

En este sentido cabe citar el ATS de 30 de diciembre de 1992, relativo al caso Filesa y la STS de 22 de octubre de 1993.

C) Notificación del auto

Establece el artículo 566 LECrim. que el auto se notificará al particular si se tratase de diligencia de entrada y registro de su domicilio; en caso de no ser habido en la primera diligencia en su busca, se notificará a su encargado.

Si no fuere habido encargado, se notificará a cualquier persona mayor de edad que se hallare en el domicilio, siendo preferidos los familiares.

Si no se hallare a nadie, se hará constar por diligencia, que se extenderá con asistencia de dos vecinos que deberán firmarla. En relación a los dos vecinos sería aplicable lo dispuesto a la no necesariedad de la presencia de los mismos como de los testigos por estar presente en la práctica de la diligencia de entrada y registro el Secretario judicial.

Se ha de notificar al interesado inmediatamente, o lo más tarde dentro de las veinticuatro horas de haberse dictado. Si estuviere presente se le hará entrega de la exhibición y entrega del mandamiento o copia testimoniada del mismo antes de la práctica de la diligencia y siempre que la misma se realice sin oposición violenta de la persona afectada. La resistencia no impedirá en ningún caso la práctica de la diligencia acordada sin perjuicio de que la aptitud pudiera ser constitutiva de delito de desobediencia grave previsto en el CP. En el caso de que se llegase a producir dicha resistencia el Secretario judicial deberá apercibir al interesado y demás personas referenciadas en el artículo 569 LECrim. del delito en que su comportamiento puede incurrir haciéndolo constar en la diligencia o acta que levante.

I. Ausencia de la notificación del acto

Establece el TS que si bien la notificación de la resolución judicial es necesaria para que el interesado pueda asistir personalmente a la diligencia de registro de su domicilio o bien designar a un representante suyo, tal notificación no tiene el carácter formal de un acto procesal que confiere legitimidad a la entrada en el domicilio, por lo que su incumplimiento no implica una vulneración de principios procesales que invaliden la prueba obtenida, como si la entrada hubiere carecido de autorización judicial, recordando que el TC ha establecido que el acto invalidante de la prueba debe provenir de las vulneraciones de los derechos fundamentales y no de los incumplimientos de normas ordinarias cuya finalidad primera no es la protección de éstos, sino la información a los afectados de la legalidad del procedimiento.

De lo anterior se deduce que incumplimiento / la ausencia de notificación no implicará que se invalide la prueba obtenida ya que la norma jurídica incumplida no trata de proteger directamente al derecho fundamental reconocido en el artículo 18.2 de la Constitución, sino informar a los afectados de la legalidad del procedimiento (SSTS de 27 de diciembre de 1989 y 27 de junio de 1991).

D) Práctica de la diligencia

El registro, como se ha comentado, consiste en la observación, en el examen minucioso de algo para encontrar y, en su caso, recoger los efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación.

Establece el artículo 546 LECrim. que se decretará la entrada y registro por el juez o tribunal que conociere de la causa cuando hubiere indicios de encontrarse allí el

procesado o instrumentos del delito, o libros o papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento.

Establece el artículo 574 de la citada ley que el juez recogerá los instrumentos y efectos del delito, y podrá recoger también los libros, papeles o cualesquiera otras cosas que se hubiesen encontrado, si esto fuere necesario para el resultado del sumario.

El registro deberá practicarse en un único acto, dándose fe por el Secretario Judicial de todo cuanto acontezca en el instante en que el registro tenga lugar. Se ha de prever, con carácter previo a la práctica de la diligencia, la posible duración de la misma, a fin de evitar suspensiones y aplazamientos por la posible pérdida de eficacia que ello pueda causar a esta actuación. Establece la STS de 23 de abril de 1993 que si un mismo delito diera lugar a la práctica de varios registros en lugares diferentes, deberían llevarse a cabo de la forma que menos perjudique el éxito de investigación.

E) Documentación del acto

El resultado y cuantas incidencias hayan acontecido en la práctica de la diligencia de entrada y registro será documentada en un acta por el Secretario del Juzgado o Tribunal que la hubiera autorizado, el Secretario Judicial del servicio de guardia que le sustituya o el Gestor Procesal en los casos en que legalmente pueda sustituir al Secretario Judicial. En el acta se hará constar lo que el Secretario judicial observa por si mismo o se le manifiesta por sus intervinientes (STS 9 de mayo de 1994), siendo libre e independiente a la hora de consignar por escrito los hechos tal y como los ha observado. El acta es un reflejo o descripción de lo que ha acontecido en la diligencia practicada, debiéndose hacer constar necesariamente tal y como establece el artículo 572 de la LECrim. los nombres del juez, o de su delegado, que la practique y demás personas que intervengan, los incidentes ocurridos, la hora en que se hubiere principiado y concluido, y la relación del registro por el orden que se haga, así como los resultados obtenidos.

Respecto a los incidentes ocurridos cabe citar la STS de 3 de mayo de 1990 en la que se hizo constar que durante la práctica del registro llegó al domicilio un joven que iba a comprar droga, ocupándose en su poder 20.00 pesetas, que, según manifestó a los funcionarios de policía, era la cantidad que pagaba por gramo de heroína.

El acta será firmada por el Juez o por su delegado, por el interesado o su representante, un miembro de su familia o los testigos sustitutos.

El acta será levantada por el Secretario Judicial tal y como establece el artículo 569 LECrim., en papel de oficio o común, siendo redactada según se va practicando la diligencia. La jurisprudencia viene admitiendo que las actas no sean redactadas en el momento ni el mismo lugar de su práctica si bien ha de redactarse inmediatamente después.

2. CUANDO NO EXISTE AUTORIZACIÓN JUDICIAL

Tiene lugar cuando hay consentimiento del titular o cuando se trata de flagrante delito. En estas no interviene ni Juez ni Secretario Judicial, ni hay auto que notificar.

Del registro que se efectúe se habrá de dar cuenta al juez competente con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo, indicándose las personas intervinientes e incidentes ocurridos.

Si fuera diligencia policial formará parte del atestado, sin valor probatorio a salvo la declaración en juicio oral de los que intervinieron en la misma.

4. EFECTOS DE LAS ENTRADAS Y REGISTROS DOMICILIARIOS INCONSTITUCIONALES

1. RESPONSABILIDAD PENAL Y DISCIPLINARIA DE LA POLICÍA JUDICIAL

Si se practica la entrada y registro vulnerando el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio se estaría ante una conducta tipificada como delito en el artículo 534 CP.

Disciplinariamente, la normativa que regula el régimen disciplinario del Cuerpo de Policía Nacional (RD 884/1989, de 14 de julio) contempla sanciones disciplinarias como consecuencia de la comisión de un delito por los miembros de la Policía Judicial, considerando como muy grave cualquier conducta constitutiva de delito doloso.

De lo anterior se deduce que del mismo hecho de la entrada y registro, cuando haya sido practicado con violación dolosa del ámbito domiciliario, conllevaría la comisión de un ilícito penal y un ilícito administrativo, debiendo incoarse procedimiento penal y procedimiento administrativo, con las consiguientes sanciones, una de carácter penal y otra de carácter administrativo, lo cual conculcaría la prohibición del principio del *non bis in idem*.

No existirá la conculcación de dicho principio aunque se imponga una doble sanción, constituyendo un concurso de leyes, penal y administrativa siempre que se respeten dos requisitos, a saber, el relativo a la prejudicialidad penal y el que se refiere a la compensación de la condena administrativa y penal.

A) La prejudicialidad penal

En relación a la misma la STC 77/1983 ha declarado la preferencia de la Jurisdicción penal sobre la Administrativa, debiendo la segunda suspender cualquier actuación en tanto no recaiga sentencia firme en el correspondiente proceso penal.

En relación a lo mencionado el Real Decreto que regula el Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía dispone que , sin perjuicio de que la iniciación de un procedimiento penal no impedirá la incoación de procedimientos disciplinarios por los mismos hechos, la resolución definitiva del expediente sólo podrá producirse cuando la sentencia recaída en el ámbito penal sea firme, vinculando a la Administración la declaración de hechos probados.

B) La compensación de la condena administrativa y penal

El Tribunal Constitucional admite, de un lado, la compensación de la sanción administrativa en la condena penal llegando incluso a proponer al legislador la elaboración de normas de concurso que obliguen al Tribunal penal a subsumir y computar la sanción administrativa en la condena penal y, de otro, la imposibilidad de anular la segunda sanción si es penal si a la hora de determinar la pena se descontó el *quantum* de la sanción administrativa dada cuenta de la preferencia de la jurisdicción penal, su monopolio de imposición de penas privativas de libertad y la existencia de superiores garantías en el proceso penal que en el administrativo sancionador.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se manifiesta en sentido contrario al expuesto manifestando que el Tribunal Superior ha de anular siempre la última sanción, incluida la sentencia penal posterior a la administrativa.

2. PRUEBA PROHIBIDA

No será posible utilizar la prueba obtenida durante la práctica de la diligencia de entrada y registro para dictar una sentencia condenatoria en un proceso penal si se ha violentado el ámbito domiciliario al ejecutar la diligencia referenciada efectuada ésta con el fin de practicar la detención y, en todo caso, de preconstituir prueba encontrada durante su práctica.

Dicha sanción reside en la supremacía que ostentan en nuestro ordenamiento jurídico los derechos fundamentales.

Se entiende por «prohibición probatoria» la que surge como consecuencia de la violación de normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales y que, desde el punto de vista de los efectos conlleva la prohibición de valoración del resultado probatorio sin que ocasione nulidad procesal alguna.

En relación con lo anterior, cabe plantearse y, por tanto, se debe concretar hasta dónde pueden utilizarse las pruebas obtenidas con vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, esto es, ha de alcanzar a toda la prueba que directa o indirectamente se derive de tal valoración prohibida. Para dar respuesta a la cuestión planteada han surgido en el ámbito del derecho comparado dos tesis, la directa o la refleja o americana del «fruto del árbol envenenado».

Se ha definido la prueba directa como aquélla que circunscribe sus efectos al acto de prueba que causó la violación del derecho fundamental, lo que no impide que se dicte sentencia condenatoria conforme a otra actividad probatoria aunque pueda derivarse de ella.

En el caso de la indirecta o refleja se extiende la prohibición, no sólo a la prueba inconstitucional, sino a todas las obtenidas que deriven de aquella.

En este caso, la ineficacia se extendería a las pruebas que se proyecten sobre los objetos hallados en el registro (periciales dactilográficas, balísticas, químicas hechas para determinar la relación de dichos objetos con el delito o con el acusado; declaraciones testificales que tengan por objeto el reconocimiento de dichos objetos, entre otras). Estas pruebas no serían otra cosa que una ampliación de los resultados del re-

gistro y, una vez se ha privado éste de eficacia probatoria, tampoco podrían ser consideradas aquéllas pruebas «de cargo». Esta doctrina ha sido recogida en el artículo 11.1 de la LOPJ, el cual establece que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. De todo lo anterior se deduce que la prueba obtenida por medio de un registro realizado con violación del artículo 18.2 de la Constitución es radicalmente nula (STS de 29 de marzo de 1990, de 13 de marzo de 1992) no pudiendo valer como elemento de cargo apto para destruir la presunción de inocencia, ni los efectos o instrumentos del delito que se encontraren y recogieran tendrán valor probatorio alguno. En relación con la eficacia refleja se ha de manifestar que cuando el acto es ilícito esa ilicitud se trasmite a todos los demás actos que de aquella original diligencia esencialmente viciada se deriven (STS de 2 de noviembre de 1993). No obstante lo anterior y pese a que la diligencia de entrada y registro fuese nula y procesalmente inexistente, el delito puede ser probado por otros medios siempre que no se deriven directa o indirectamente de aquélla. De ahí que la ilicitud de un registro domiciliario por vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio no tiene por qué conducir de manera inexorable a la absolución del acusado dado que si obran en la causa otras pruebas «no contaminadas», practicadas en el juicio oral con todas las garantías o en la fase de instrucción y regularmente llevadas al juicio oral en los casos previstos por la ley, y dichas pruebas pueden considerarse «de cargo» y, el tribunal, con apoyo exclusivo en las mismas, llega al convencimiento de la culpabilidad del acusado, la condena es absolutamente viable, sin que de ningún modo se oponga a ella la ilicitud del registro.

5. BIBLIOGRAFÍA

PUBLICACIONES CONSEJO GENERAL PODER JUDICIAL

– SOBRE LA INTERVENCIÓN DEL SECRETARIO JUDICIAL EN EL REGISTRO DOMICILIARIO. Climent Durán, Carlos

– EL ARTÍCULO 21 DE LA LEY DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA (Una nota sobre la incidencia del legislador en los derechos fundamentales). Alegre Ávila, Juan Manuel

– EL PUNTO DE PARTIDA: LA INVIOLABILIDAD DOMICILIARIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL. Rascón Ortega, Juan Luis

– DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO. Lorenzo Martínez, Fernando de

– LA ENTRADA Y REGISTRO DOMICILIARIO. Ferrer Tárrega, Carmen

– PRUEBA ILÍCITA EN PARTICULAR (II): LA ILICITUD DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO EN LUGAR CERRADO Y SUS CONSECUENCIAS. Vegas Torres, Jaime

– LA PROTECCIÓN PENAL DEL DOMICILIO. Rodríguez Padrón, Celso

– LA INTIMIDAD COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. López Ortega, Juan José

- DERECHO DE DEFENSA. ASISTENCIA LETRADA Y SU INTERVENCIÓN EN LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO. Salcedo Velasco, Andrés
- ENTRADA Y REGISTRO EN DOMICILIO PARTICULAR. BARRIENTOS PACHO, JESÚS MARÍA
- VALOR DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS EN EL PROCESO PENAL MEDIANTE REGISTROS DOMICILIARIOS EFECTUADOS POR LA POLICÍA, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA EXIGENCIA DE INTERVENCIÓN DEL SECRETARIO JUDICIAL EN LOS REALIZADOS PREVIO MANDAMIENTO JUDICIAL. Luzón Cuesta, José María
- LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO Y EL PROCESO PENAL. Cabezudo Bajo, María José.
- LA PROTECCION DEL DOMICILIO. Cabezudo Bajo, María José.
- LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL DERIVADA DE LA ENTRADA Y REGISTRO. Luzón Cuesta, José María.
- LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO EN LUGAR CERRADO EN EL PROCESO PENAL. Hinojosa Segovia, Rafael.
- DERECHO PROCESAL PENAL. Gimeno Sendra, Vicente; Moreno Catena, Víctor; Almagro Nosete, José y Cortés Domínguez, Valentín.