

La diligencia de entrada y registro practicada en la instrucción

Teresa MOLINA PÉREZ

Real Centro Universitario
«Escorial-María Cristina»
San Lorenzo del Escorial

Resumen: La inviolabilidad del domicilio no es un derecho fundamental absoluto, cede ante el interés general al permitirse la vía investigadora al juez mediante la diligencia de entrada y registro practicada conforme a lo establecido en la Constitución y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Abstract: the inviolability of domicile is not an absolut right, in fact, it is permitted by the Bill of Rights and the Criminal Law. In the committal proceedings the Examinary Magistrate is able to do it.

Palabras clave: diligencia investigadora, órgano Jurisdiccional, auto motivado, requisitos de legalidad ordinaria, Secretario Judicial.

Keywords: Criminal Proceeding, searches and seizures, Examinary Magistrate, lawfulness.

Sumario:

- I. Introducción.**
- II. Concepto, naturaleza, fundamento y finalidad de la diligencia de entrada y registro practicada con autorización judicial.**
- III. Requisitos**
 - 3.1. Lugar.*
 - 3.2. Tiempo.*
 - 3.3. Forma*
 - 3.3.1. Auto motivado.
 - 3.3.2. El secretario judicial.

IV. Efectos.

4.1. Eficacia normal.

4.2. Eficacia anormal.

I. INTRODUCCIÓN

La realidad cotidiana en la práctica de la diligencia de entrada y registro plantea diversos problemas, que incluso pueden llegar a hacerle perder su eficacia.

En los Juzgados y Tribunales se vino aplicando, durante mucho tiempo, la doctrina de la nulidad de pleno derecho de la entrada y registro autorizada judicialmente y practicada por la Policía sin la presencia del Secretario Judicial, y de las que tienen conexión con ella, como son los efectos incautados, su valoración, y las declaraciones de los testigos que intervinieron, las de los Policías que la realizaron, así como las declaraciones de los inculcados o procesados¹.

Esta postura, inicialmente contradictoria, evoluciona. Pero el Tribunal Supremo, pese a las reformas llevadas a cabo para solventar de forma definitiva el problema suscitado, sigue manteniendo posiciones contradictorias, siendo la predominante la que considera nula la diligencia de entrada y registro ante la ausencia del Secretario Judicial, pero acreditable “por otros medios probatorios distintos a las declaraciones de los funcionarios policiales intervinientes en la misma”².

Cierto es que, de todos los preceptos que hacen referencia a esta diligencia, se deduce la necesidad de que por parte de los Juzgados, ésta cumpla fielmente la normativa legal. Todo ello nos conduce a analizar si el incumplimiento de determinados requisitos, son sólo irregularidades que deben ser valorados conforme a las normas de legalidad ordinaria en materia de vicios o defectos procesales, y considerarlos como tal irregularidad procesal, o si por el contrario

¹ DE LORENZO MARTÍNEZ, F. “Diligencia de entrada y registro”, en *La Prueba en el Proceso Penal*, Madrid 1992, pp. 540 y ss.: critica la posición jurisprudencial de la nulidad de pleno derecho al manifestar que “se viene produciendo en Audiencias y Juzgados de lo Penal, en base a que “quod nullum est producit efectum”, así como a la nulidad de otras pruebas por conexión íntima, múltiples pronunciamientos absolutorios, en casos graves y pese al material probatorio existente”.

² *Memoria Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del tráfico ilegal de drogas* 1997, p. 457.

la entrada y registro así practicados adolecen de nulidad radical, de nulidad de pleno derecho que la invalida a efectos del proceso³.

II. CONCEPTO, NATURALEZA, FUNDAMENTO Y FINALIDAD DE LA ENTRADA Y REGISTRO PRACTICADA CON AUTORIZACIÓN JUDICIAL

El periodo instructorio está ordenado a la preparación del juicio, a preparar el material de hecho suficiente para el ejercicio de la acusación o para disuadir de hacerlo⁴, por lo que, en principio, ninguna de las actuaciones sumariales tiene el carácter de prueba⁵.

Ley de Enjuiciamiento Criminal determina lo que debe entenderse por este período de la causa⁶, fijando en el artículo 299 la misión del sumario y el carácter de mera preparación del juicio, que es el punto de partida para aportar a la causa los elementos necesarios de juicio. Se trata de un período de comprobación y prevención, donde se practica todo aquello que conduzca al descubrimiento del delito y sus circunstancias, a la determinación de las personas responsables, así como al aseguramiento de los presuntos culpables y de las responsabilidades del juicio.

Esta finalidad no es única: también se dirige al descubrimiento de la verdad en todos sus aspectos⁷. Se trata de una actividad del Órgano Jurisdiccional que representa la síntesis de la tutela jurídica, porque persigue el castigo del culpable, pero también la protección del inocente. Es por ello que la más moderna doctrina entiende que esa fase de instrucción tiene por función el determinar “si se han

³ FERRER TÁRREGA, C. “La entrada y registro domiciliario”, en *La prueba en el Proceso Penal*, o.c., p. 551.

⁴ Si solo sirve para investigar el delito y a su autor y para poder ejercer la acusación, algunos autores como SÁINZ DE ROBLES, F.C. “La reforma del proceso penal. Algunas observaciones”, en *Estudios penales y criminológicos*, Madrid 1983, pp. 190 y 191; mantienen que “del sumario no deberían pasar al Tribunal sentenciador sino las diligencias irrepetibles y los documentos, en sentido amplio, que incluye las piezas de convicción y los efectos e instrumentos del delito, en cuanto que constituyen cosas del mundo físico, que pueden pasar, tal como son, al criterio del juzgador.

⁵ TOMÉ GARCÍA, J. A., y ARAGONESES MARTÍNEZ, S., *Derecho procesal Penal*, (obra colectiva) Madrid 1999, p. 309.

⁶ AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid 1912, t. III, p. 223, que defiende un concepto amplio del sumario en dónde se incluyen todas las actuaciones, incluidas las de la Policía.

⁷ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Barcelona 1947, t. II, p. 113.

producido unos hechos, realizados por persona concreta que sea merecedora de un enjuiciamiento penal”⁸, y es el instrumento que se otorga al Órgano Jurisdiccional para investigar la existencia de un ilícito y una responsabilidad criminal, que las crea el individuo ante el incumplimiento de un deber, el penal, que exige además la comisión de un acto delimitado legalmente y tipificado como injusto penal. Pero para declarar, y éste es el aspecto que ahora nos interesa, la existencia o inexistencia de responsabilidad criminal, el Órgano Jurisdiccional debe “hacer una declaración sobre actos del imputado anteriores al proceso, sobre las circunstancias de que éstos aparecieron rodeados y sobre la certeza de esos mismos actos”⁹. Son actos y sucesos acaecidos con anterioridad al proceso, pero que entran en él a través del resultado que produjeron. Averiguar la comisión del acto ilícito, del delito, y de las circunstancias que lo rodean, es el fin del proceso¹⁰.

Para cumplir ese fin, el Juez Instructor, tan pronto tenga conocimiento (bien de oficio, bien mediante denuncia o querrela), de la existencia de un hecho que reviste caracteres de delito¹¹, está obligado a realizar las diligencias pertinentes dirigidas a la averiguación de los hechos y a su autor o autores¹². Las diligencias que debe practicar serán aquéllas que le lleven a la comprobación del delito y la averiguación del delincuente y, cuando lo estime pertinente, adoptar medidas cautelares respecto de las personas, bienes del inculcado o de terceras responsabilidades civiles, o respecto de los instrumentos, armas y efectos del delito.

Existen grandes dificultades para clasificar los actos procesales, y las diligencias de investigación que se realizan en la instrucción son parte de ellos. Entre todas esas clasificaciones, existen dos criterios: el que atiende al sujeto y al objeto de los actos procesales, y el que forma su criterio en atención a las distintas fases del proceso¹³.

Pero sea cual sea la clasificación que realicemos y la posición que adoptemos, lo cierto es que la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula una serie de diligencias

⁸ ARAGONESES MARTÍNEZ, S., y TOMÉ GARCÍA, J.A., *Derecho Procesal Penal*, o.c., pp. 307 y 308.

⁹ CRISTIANI, A., *Instituzioni di Diritto e Procedure Penale*, Milano 1983, p. 9.

¹⁰ FENECH NAVARRO, M., *El Proceso Penal*, Madrid 1978, p. 97.

¹¹ BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., *El valor probatorio de las diligencias sumariales en el Proceso Penal español*, Madrid 1992, pp. 66 y ss.

¹² CORDERO, F., “Considerazioni sul principio d'identità del fatto”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedure Penale* 1958, pp. 940 y ss.; pone de manifiesto la diferenciación entre el hecho en materia penal y el hecho en materia procesal.

¹³ GÓMEZ ORBANEJA divide el acto procesal en atención a los sujetos de los que proceden. C. Viada, y P. Aragonés clasifican los actos procesales en función de las distintas etapas del proceso.

instructorias, que son medios de investigación, para comprobar la realización de hechos delictivos y averiguar la autoría de los mismos. Cuando existan indicios racionales de criminalidad¹⁴, el Juez Instructor ha de comprobar el hecho o las circunstancias que revisten tal carácter por medio de las diligencias para el esclarecimiento de la verdad.

Una de ellas es la entrada y registro en domicilio autorizada por el Órgano Jurisdiccional, cuya finalidad, conforme al artículo 546 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es el descubrimiento y comprobación del delito.

No es fácil determinar la naturaleza jurídica de esta diligencia. Se trata de un instrumento procesal instructorio de naturaleza compleja, porque supone la limitación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, no consentida y desconocida por aquéllos a quienes afecta la inviolabilidad, que se practica por necesidades de la instrucción.

Un sector de la doctrina entiende que cuando el Juez autoriza la entrada y registro, a instancia de la autoridad gubernativa, actúa como garante del derecho fundamental de la inviolabilidad domiciliaria. La Policía actúa en función de averiguar los hechos delictivos que se hubieren producido, por lo que se está en fase previa, preliminar, no procesal. A esta posición cabe objetar que el mandamiento que se solicita por la Policía o la Guardia Civil al Juez de Instrucción en base a noticias o sospechas de delito, requiere una resolución motivada¹⁵, y el artículo 546 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige que exista una “causa”, ello implica que debe ser dictada en un sumario o en diligencias previas, abiertas con anterioridad, o simultáneamente, porque el restringir el derecho fundamental de la inviolabilidad domiciliaria requiere que el Juez tenga indicios suficientes para acordar la diligencia. Además, la entrada y registro autorizada por el Juez, implica su intervención en la investigación, y por tanto se está en investigación procesal, judicial, y no preliminar. Se trata por tanto, de una diligencia acordada dentro de un proceso¹⁶. Se trata de un acto de investigación judicial y procesal por el que la intimidad domiciliaria queda

¹⁴ CARNELUTTI, F., *Principii del Processo Penale*, Morano edit., 1960, p. 87. “Allora, se il germe non e un reato dev'essere un fatto dal quale nesce il dubbio se sia un reato, tale dubbio si chiama sospetto”.

¹⁵ STS. de 23 de septiembre de 1989.

¹⁶ Posición no es compartida por la jurisprudencia, la STS. de 25 de junio de 1993 señala que es indiferente que el mandamiento se adopte en un tipo u otro de procedimiento, incluido el caso de hacerlo como diligencia inicial, “que aún es indeterminada porque a su resultado se condiciona el que de lugar o no a la apertura de una causa”, y la de 28 de febrero de 1997 que mantiene la constante jurisprudencial, y considera que el hecho de que la resolución judicial se acordara en diligencias indeterminadas carece de virtualidad.

bajo la tutela judicial, al considerar el Juez de Instrucción que en el caso concreto es preciso el sacrificio del derecho fundamental, y suple con su autorización el consentimiento del interesado, en cuyo caso se respeta el contenido esencial del derecho subjetivo¹⁷.

Es por tanto, un medio de investigación que implica la limitación del derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio, que puede ser practicado por orden judicial¹⁸.

III. REQUISITOS

3.1. Lugar

La diligencia de entrada y registro en domicilio, ha de practicarse fuera del local del Órgano Jurisdiccional, en el domicilio investigado, que puede encontrarse incluso fuera de la sede o de la circunscripción.

3.2. Tiempo

Conforme al artículo 550 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la entrada y registro ha de practicarse de día o de noche, si la urgencia lo requiere. La norma general es que la diligencia debe siempre practicarse de día. Pero si razones de urgencia aconsejan que se haga de noche, el Juez deberá exponer las razones que exigen la excepcionalidad¹⁹.

3.3. Forma

De los requisitos que exige la Ley de Enjuiciamiento Criminal, vamos a centrar la exposición solamente en aquellos que a nuestro entender han planteado más problemas de interpretación, que son el auto motivado y la asistencia del Secretario Judicial.

¹⁷ SERRA DOMINGUEZ, M., *Estudios de derecho procesal*, Barcelona 1969, p. 717. “Normalmente acostumbra a ir precedido de las llamadas primeras diligencias; cuando el Juez de Instrucción tuviere conocimiento de la comisión de un delito, deberá instruir las diligencias necesarias para su comprobación; si aparece la más mínima sospecha de la comisión del delito, dicta auto de incoación del sumario, que tiene carácter eminentemente formal”.

¹⁸ ARAGONESES MARTÍNEZ, S., *Derecho Procesal Penal*, o.c., p. 388. “La norma de interdicción de entrada y registro solo admite unas excepciones muy determinadas de interpretación restrictiva.

¹⁹ Arts. 546, 550, 567 y 570 de la LECrim.

3.3.1. Auto motivado

Un presupuesto constitucional que permite limitar la inviolabilidad del domicilio es la autorización judicial. El art. 18,2 de la C.E. prevé, salvo en los supuestos de flagrancia y consentimiento, la posibilidad de entrar en un domicilio a efectos de una investigación, con la autorización judicial.

La autorización judicial es una exigencia de carácter concreto reconocida de forma explícita en nuestra Constitución, para que el acto de entrada no entre en colisión con el derecho fundamental de la inviolabilidad domiciliaria. Es una exigencia que tiene el carácter de norma tuteladora, y de orden normativo de prioridad, porque a los efectos de los medios de investigación, la verdad no puede ser investigada a cualquier costo²⁰.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal requiere auto motivado en el art. 550, y auto fundado en el art. 558, porque la restricción de un derecho fundamental, no puede decretarse sin razonamiento o fundamentación jurídica donde se exponga la excepcional medida y una explicación de los indicios de criminalidad, que son la causa de la decisión judicial.

La decisión debe ponderar los intereses en juego, y si ha de sacrificarse tal derecho debe hacerse sopesando motivos graves que lo exijan. Debe existir proporcionalidad, y conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, debe constatarse si la medida acordada puede conseguir el objetivo propuesto, si no se puede alcanzar por otros medios, y si la medida adoptada, dados los intereses en conflicto, aporta más beneficios que desventajas para el interés general²¹.

Cuando es la Guardia Civil o la Policía quién solicita la entrada y registro, “en las entradas a viviendas particulares por parte de las Fuerzas de Seguridad del Estado, reguladas en el art. 87,2 L.O.P.J., existe la necesidad de que los Jueces tengan previa constancia documental de las razones que tengan éstas para pedir permiso de entrada a domicilio”²², y el *petitum* u oficio policial que debe quedar unido a “los autos de que traen causa”²³.

El auto motivado exige que el Juez para acordar esta medida, calibre su necesidad, tanto desde la perspectiva de su utilidad cuanto de su cualidad de

²⁰ GUTIERREZ ALVIZ Y CONRADI, F., “La valoración de la prueba penal”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano* 4 (1975) 819.

²¹ STC. 207/96, de 16 de diciembre.

²² “Conclusiones Seminario C.G.P.J.”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 19 de julio de 1991, p. 7. “La constancia documental para autorizar registros es preceptiva.

²³ STS. de 26 de septiembre de 1997.

insustituible, pues si no es probable que se obtengan datos esenciales para la investigación instructora o puedan éstos lograrse por medios menos gravosos para los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad vetaría su adopción, que es la razón por la que el Juez justifica esa adopción²⁴.

También el Juez está obligado a exponer los indicios en los que se basa para adoptar la medida, acerca de la existencia en el lugar cerrado del imputado, cuya detención se pretende, o de los instrumentos del cuerpo del delito²⁵.

El contenido del auto de entrada y registro en un domicilio particular se encuentra regulado en el artículo 558 de la Ley de enjuiciamiento Criminal, que dispone que el Juez debe expresar el domicilio en que haya de verificarse, determinar si debe practicarse de día, así como la autoridad encargada de su ejecución.

La necesidad de la individualización del domicilio, el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse, es un requisito que está tan esencialmente y directamente relacionados con el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, que éste se ve afectado directamente en sus raíces constituyentes²⁶.

En cuanto al requisito de la Autoridad o funcionario que ha de practicarlo, la ley no exige que sea nominativo, sino que basta una mención de carácter genérico²⁷, pero lo que sí es preceptivo, es la firma del Juez que autoriza y extiende el auto, como la del Secretario Judicial, porque es “la condición legitimante” de la limitación a la inviolabilidad del domicilio²⁸.

²⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Las Intervenciones telefónicas”, en *La prueba en el proceso penal*, oc., pp. 453 y ss.

²⁵ STS. de 22 de marzo de 1994, “existencia de sospecha fundada” aunque esa exigencia, como se expone STS. de 4 de marzo de 1999, “no es incompatible con una economía de razonamientos, ni con una motivación concisa, escueta y sucinta, porque la suficiencia del razonamiento no conlleva necesariamente una determinada extensión”.

²⁶ *Memoria de la Fiscalía General del estado* 1993, p. 1045; criterio no compartido en STS. de 26 de abril de 1999; “el posible error material de designación de viviendas en diligencia de entrada y registro no afecta al motivo, es una simple irregularidad”.

²⁷ HINOJOSA SEGOVIA, R., *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el Proceso Penal*, Madrid 1996, p. 95.

²⁸ STS. de 2 de marzo de 1993 que califica de constitucionalmente ilícita la diligencia de entrada y registro practicada en virtud de mandamiento judicial en el que faltaban la firma del Juez y del Secretario Judicial, lo que implica la inexistencia de la condición legitimante de la invasión del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, condición legitimante que además exige que lo autorice un Juez que tenga jurisdicción y competencia, porque como expone A. de la Oliva Santos: “Inviolabilidad del domicilio, jurisdicción y competencia. Obligaciones solidarias y cosa juzgada”, en *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, n. 3 1984, p. 83;

En cuanto a las circunstancias e identificación personal del titular de la vivienda, aunque nada dice la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la doctrina del Tribunal Supremo, aunque con vacilaciones, exige que en el contenido del auto se exponga, porque sirve para identificar subjetivamente el domicilio a registrar²⁹.

3.3.2. El Secretario Judicial

Una vez que el Juez estima la necesidad y la proporcionalidad de la injerencia en un domicilio, extiende el auto, y se procede a la entrada y registro, el tema más debatido, dada la doctrina jurisprudencial, versa sobre la asistencia del Secretario Judicial a la diligencia de entrada y registro.

En un intento de subsanar los enfrentamientos jurisprudenciales, la L.O. 10/92 de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, modificó el artículo 569, párrafo IV, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el siguiente contenido “el registro se practicará a presencia del Secretario o, si así lo autoriza el Juez, de un funcionario de Policía Judicial o de otro funcionario público que haga sus veces, que extenderá acta que firmarán todos los concurrentes”. Así pues se permitía delegar en un funcionario de la Policía Judicial, o en otro funcionario público el que se asistiera al registro y se extendiera la correspondiente acta, por lo que la presencia del Secretario dejaba de ser absolutamente necesaria³⁰. A su vez, suprimía de forma total la exigencia de los dos testigos adicionales, diferentes a los que en defecto del interesado, su representante o familiar, le podían sustituir.

La dicción legal, muy defectuosa, sólo hacía referencia al Secretario “se había dado por entendido, sin mayor discusión, que el Secretario a que hacía referencia el art. 569, era el del Juzgado”³¹.

“cualquier Juez no puede autorizar una entrada y registro porque sería, amén de poco deseable, antijurídica”.

²⁹ SSTS. de 19 de octubre de 1993, y de 7 de abril de 1992.

³⁰ MARTÍN Y MARTÍN, J. A., “La reforma del proceso penal de la L. 10/92 de 30 de abril: anotaciones en torno a la misma”, en *Actualidad penal*, 5 (1993) 67 y 68, donde expresa que la reforma puede ser un exponente de la desjudicialización de la instrucción. TASENDE CALVO, J. J., “Comentario a la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley 10/92 de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal”, en *Actualidad Penal*, n. 36, pp. 366 y 367, al criticar que la extensión del acta, que es propia y exclusiva del fedatario judicial, puedan ser atribuidas a un miembro de la Policía Judicial o a un funcionario que haga sus veces”.

³¹ VIVES ANTÓN, T., *La reforma del proceso penal*, o.c., p. 147.

Pero fué la Ley 22/1995 de 17 de Julio, de modificación del artículo 569, párrafo 4, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la que garantizó la presencia del Secretario Judicial en los registros domiciliarios. Las razones que llevan al legislador a esta nueva redacción se contiene en su exposición de motivos.

“Vista la tendencia jurisprudencial que ha emanado del Tribunal Supremo durante el tiempo de vigencia de dicha Ley (la de 1992), a declarar pruebas ilícitas y por tanto nulas las obtenidas en las entradas y registros domiciliarios carentes de la fé pública procesal, procede adecuar el ordenamiento jurídico a la interpretación hecha por el Alto Tribunal de la legalidad ordinaria”.

El Texto Legal no recogió la recomendación del Consejo General del Poder Judicial he hizo que la delegación la autorizara el Juez, que carece de la fe pública contraviniendo el principio jurídico de que nadie puede delegar lo que no tiene (facultades o funciones ajenas)... Pero si la delegación que hace el Juez en un funcionario de Policía es de una función gubernativa y no de una función jurisdiccional, la delegación que se pretende del Secretario lo es de una función esencial del proceso, propia y exclusiva del Secretario, cual es la fe pública procesal, que la hace indelegable porque sería privar al proceso del plus de garantía que ha de tener sobre el procedimiento administrativo.

El texto que ahora se reforma permite que el Secretario, con autorización del Juez, sea sustituido por un policía quién extenderá el acta; a ello se une por el artículo 563 de la misma Ley que se permite que el Juez delegue en otro policía, siendo ésta la práctica habitual. Sin embargo, para evitar una excesiva rigidez en la regulación, la Ley autoriza la sustitución del Secretario Judicial en la forma prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Tras la reforma, el párrafo cuarto del artículo 569 es el siguiente “El registro se practicará siempre en presencia del Secretario del Juzgado o Tribunal que lo hubiere autorizado, o del Secretario del servicio de guardia que le sustituya, quién levantará acta del resultado de la diligencia y de sus incidencias y que será firmado por todos los asistentes. No obstante, en caso de necesidad, el Secretario Judicial podrá ser sustituido en la forma prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial”³².

³² Art. 282 L.O.P.J. 1. No obstante lo establecido en el artículo anterior, los Secretarios podrán habilitar a uno o más oficiales para que autoricen las actas que hayan de realizarse a presencia judicial, así como las diligencias de constancia y de comunicación. 2. estas habilitaciones subsistirán mientras no sean revocadas. La responsabilidad de la autenticidad de los hechos o actos acreditados recaerá sobre el oficial autorizante.

La redacción retorna a la exigencia procesal de la presencia del Secretario Judicial al regular de forma específica que el “registro se hará siempre a presencia del Secretario”, reavivando de esta forma las diversas interpretaciones en cuanto a la eficacia probatoria de la diligencia, tanto jurisprudenciales como doctrinales, cuando en la misma no se han respetado íntegramente las exigencias legales.

IV. EFECTOS

4.1. *Eficacia normal*

La diligencia de entrada y registro otorgada mediante resolución judicial motivada, cuando el contenido del auto cumple los requisitos que acabamos de exponer, es lícita en su origen, trae consigo la aptitud para producir los efectos a los que va destinada: hacer válida la entrada en domicilio.

4.2. *Eficacia anormal*

La ausencia de autorización judicial, o la ausencia de requisitos esenciales que afectan a las raíces constituyentes del derecho a la inviolabilidad del domicilio, hacen nulo el mandamiento.

Esta afirmación conduce al tratamiento procesal de la nulidad de los actos procesales, y por ello a la nulidad de la entrada, como acto procesal que es³³. Es la Ley Orgánica del Poder Judicial la que configura, para todo el ordenamiento procesal, un marco jurídico que es común para el tratamiento procesal de las nulidades, aunque los límites entre los distintos tipos de nulidad son poco precisos, y plantea problemas en su aplicación práctica en determinados supuestos concretos, como es la entrada y registro practicado sin la presencia de Secretario Judicial.

En el tratamiento de los medios de prueba ilícitamente obtenidos se han mantenido dos posturas fundamentales: la primera se inclina a favor de la relevancia probatoria de la prueba ilícita, el medio de prueba traído al proceso debe ser tenido en cuenta por el juzgador, dado el fin público del proceso, con independencia de la forma lícita o ilícita en que fue obtenida. Y la segunda

³³ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Penal*, o.c., p. 117; “la nulidad puede ser absoluta o relativa. La falta de un requisito esencial determina la nulidad absoluta”. Una definición de nulidad de carácter general es la que se podría definir como “aquél estado de anormalidad del acto procesal, originado en la carencia de alguno de sus elementos constitutivos, o en vicios existentes sobre ellos, que potencialmente lo coloca en situación de ser declarado inválido”.

postura, mayoritaria, postula la inadmisibilidad³⁴ o, en caso de acreditarse posteriormente su ilicitud, la privación de eficacia probatoria de los medios de prueba así obtenidos, sancionando de esta forma la utilización de medios no permitidos, porque las normas relativas a las pruebas penales, y por tanto a su modo de obtención, son instrumentos de garantía para el imputado.

La entrada practicada con vulneración del artículo 18,2 de la Constitución la convierte en ilícita, conforme al artículo 11,1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial³⁵. Algunos autores entienden que la expresión que se contiene en este artículo “directa o indirectamente” recoge la doctrina de “los frutos del árbol emponzoñado”³⁶, por lo que le convierte en nula, en una nulidad absoluta, no sólo la entrada sino también el registro, porque “no son admisibles las pruebas lícitas que procedan directa o indirectamente de una prueba ilícita”³⁷; estaríamos pues, ante un supuesto de medio de investigación ilícito cuya consecuencia sería la privación de eficacia de los medios de prueba así obtenidos.

Pero sea cual sea la extensión y límites que se le otorgue al art. 11,1 de la L.O.P.J., cuando la entrada se realiza con violación del art. 18,2 de la C.E. se está ante un medio ilícito, y como consecuencia ante la nulidad de lo posteriormente realizado, es decir, el registro³⁸. El problema de la aplicación de la teoría de

³⁴ PÉREZ GORDO, A., “La inadmisibilidad de los actos procesales”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, pp. 199 y ss.; “la norma lleva consigo no solo la pérdida de la eficacia de los medios de prueba ilícitos traídos al proceso, sino también y antes su inadmisibilidad cuando prima facie resulte su ilícita procedencia”.

³⁵ PASTOR BORGONÓN, B., “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, en, *Justicia* 86, p. 341.

³⁶ VIVES ANTÓN, T., *La reforma del proceso penal*, Madrid 1993, pp. 157 y 158; “en cuanto a la doctrina de -los frutos del árbol emponzoñado- que prohíbe valerse del conocimiento derivado de pruebas ilícitas, me importa precisar dos cuestiones: a) en primer lugar que la prohibición se halla delimitada en su alcance por la llamada doctrina de la inevitable Discovery, según la cual la acusación ha de establecer que el conocimiento se habría adquirido, probablemente, con independencia de la prueba ilícita (Brewer v. Williams 1977). Esta excepción se halla sometida a dos limitaciones: el conocimiento derivado puede utilizarse si procede de una fuente distinta de la prueba que produjo la violación (de la práctica, pues, de otra actividad probatoria) y si su introducción en el proceso tiene lugar de modo poco sospechoso de contaminación. b) de ahí se infiere la doctrina del testigo contaminado (Tainted witness- que excluye el testimonio de quien ha adquirido el conocimiento en virtud de su conexión con la actuación ilícita”.

³⁷ LOZANO HIGUERO-PINTO, M., “Interceptaciones telefónicas y grabaciones clandestinas en el proceso penal español”, en *Revista Universitaria de Derecho Procesal UNED*, n. 4 (1990) 453 a 458.

³⁸ PICÓ I JUNOY, J., “La protección del derecho a la prueba en el proceso penal (análisis crítico jurisprudencial)”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, n. 4 (1993) 147 y ss.; ALLENA, G., “Riflessioni sul concetto di inconstituzionalità della prova nel processo penale”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedure Penale*, 1989, p. 507; l’oggettivo, invece, esprime un giudizio di valore relativo al suo modo di acquisizione al processo; siché “prova incostituzionale” starebbe per

los efectos reflejos se encuentra en determinar si también es aplicable a los hallazgos casuales, cuya existencia se descubre como resultado de aquella primera prueba³⁹.

Entendemos que la nulidad solo es predicable al delito que se investiga, y los efectos reflejos afectan a todo lo relacionado con él. Si el auto del Juez ha de referirse a un delito concreto, y el auto es nulo, el efecto reflejo solo afecta a todo aquello que tenga relación con él, pero no a delitos distintos⁴⁰. En este punto la doctrina jurisprudencial no es pacífica, aunque algunos pronunciamientos manifiestan que si en el curso de un registro se encuentran efectos, distintos a los buscados, que resultan delictivos, “deben intervenir y ponerse los mismos, y a quienes resulten ser sus dueños, a disposición de la autoridad competente”⁴¹, porque el requisito de que el auto se debe referir a un delito concreto, no obliga a guardar silencio respecto a los hallazgos casuales relacionados con otro delito.

Pero sea cual sea el alcance que se le quiera dar a la prueba ilícita, ya que unos “le conceden un alcance bastante amplio subsumiendo en el concepto las pruebas expresamente prohibidas por la Ley, las realizadas en forma distinta a la regulada por la Ley, y las obtenidas o realizadas con infracción de los derechos fundamentales de las personas”⁴², la entrada y registro, debe ser practicada con el absoluto respeto a las normas tuteladoras de los derechos fundamentales. La conclusión, no puede ser más obvia, la prueba obtenida por medio de un registro realizado con violación del artículo 18,2 CE. es radicalmente nula, no puede destruir la presunción de inocencia, ni dar valor probatorio a lo encontrado en el registro.

prova assunta con modalità lesive dei diritti fondamentali del cittadino garantiti dalla costituzione”; VIGORITI, V., “Prove illecite e costituzione”, *Rivista di diritto processuale*, vol. XXIII, 1968, pp. 65 a 73; CAPELLETTI, M., *Proceso, ideología y sociedad*, Buenos Aires 1974, p. 560.

³⁹ ARAGONESES MARTÍNEZ, S., *Derecho Procesal Penal*, o.c., p. 396, que entiende que cuando una diligencia es nula, por ilícita, art. 11,1 LOPJ., “esa ilicitud se transmitirá a todos los demás actos que de aquella original diligencia esencialmente viciada se deriven, lo que no significa que el delito no pueda ser probado por otros medios causalmente desconectados”.

⁴⁰ CAFFERATA NORES, J.I., “Los frutos del árbol envenenado (La prueba obtenida por quebrantamientos constitucionales)”, en *Doctrina penal*, núms. 33-36 1986, pp. 491 a 496, que mantiene una posición contraria ya que “la doctrina de los frutos del árbol envenenado se relaciona genéricamente, con la imposibilidad de utilizar como prueba en un proceso penal, elementos de convicción obtenidos mediante la violación de garantías constitucionales. Pero más precisamente se vincula con la invalidez del uso procesal de datos probatorios que, sin ser el corpus de la violación constitucional, se han podido conocer o coleccionar gracias a ella. La violación del derecho a la intimidad se perfecciona con la irrupción en el domicilio. El posterior registro de ese lugar y secuestro de objetos no constituyen el corpus de la violación constitucional, pues, suprimidos hipotéticamente que sean, el quebrantamiento a la garantía, subsiste”.

⁴¹ STS. 3 de octubre de 1997.

⁴² GONZÁLEZ MONTES, J.L., “La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos”, o.c., pp. 35 y 36.

Si la entrada y registro se ha realizado sin violar la garantía constitucional de la inviolabilidad, la falta del Secretario Judicial es un problema de ausencia de un requisito de legalidad ordinaria. Y la falta de ese requisito de legalidad ordinaria puede conducir a la nulidad, sanción que consiste en la ineficacia procesal del acto, bien por la falta de una forma, o de un requisito legal esencial que se refiere a su estructura material, a la capacidad de quien lo ejecuta, o a la intervención necesaria de ciertas personas. Como consecuencia de ello, la entrada autorizada judicialmente, pero practicada sin la presencia del Secretario Judicial, nos puede conducir a una irregularidad subsanable, a la nulidad o a la subsiguiente eficacia del mismo.

Pero para que un defecto procesal sea causa de una invalidez, es absolutamente necesario que suponga “una auténtica disminución efectiva, real y trascendental de las garantías, o que quede omitido algún trámite que la Ley exige preceptivamente”⁴³, y determinar si esa omisión ha “mermado realmente las garantías, y colocado a las partes en una situación de indefensión, o desde otro aspecto, si la vulneración se traduce en la carencia de requisitos formales indispensables para que el acto alcance su fin”⁴⁴.

Respecto a la validez de la diligencia de entrada y registro practicada sin la presencia del Secretario Judicial la doctrina de nuestro Tribunal Supremo al respecto ha sido durante muchos años contradictoria, amén de discutible.

Se mantiene que la inobservancia de los requisitos procedimentales no implican una vulneración de los principios esenciales ni invalida la prueba, a diferencia de lo que sucedería si la entrada y registro hubiera carecido de autorización o mandamiento judicial, por lo que se ha superado la posición que consideraba una exigencia legal esencial la intervención del Secretario en los registros, sancionando con la nulidad de pleno derecho la diligencia de entrada y registro en la que el mismo faltaba⁴⁵.

Los últimos pronunciamientos jurisprudenciales parecen que se inclinan por una posición “conciliadora”, al establecer que las irregularidades de la diligencia, no significa que sus efectos se contagien al resto de las actuaciones

⁴³ REIGOSA REIGOSA, A., “De la nulidad de los actos judiciales”, en *Terceras Jornadas de Derecho Judicial*, Centro de publicaciones de la Secretaría General Técnica, Madrid, p. 789.

⁴⁴ STS. de 31 de mayo de 1982, “en materia de nulidades hay que adoptar un criterio restrictivo, no declarándolo por la infracción del procedimiento, si de ello no se sigue una efectiva indefensión”.

⁴⁵ SSTS. de 24 de marzo de 1992, de 4 de octubre de 1991. Esta posición, en la doctrina, la mantienen SERRANO GÓMEZ, A., “El registro domiciliario sin la presencia de Secretario y sus posibles consecuencias penales”, en, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 51 (1992) 1-4.

ni menos aún que se haya de impedir que los datos que pretendían probarse por el registro irregular no puedan ser acreditados por otra actividad probatoria, en consonancia con la doctrina del tribunal Constitucional⁴⁶.

En cuanto a la doctrina, ésta no es pacífica a la hora de determinar el valor probatorio de la diligencia ante tal ausencia, aunque la mayoría opta por su total carencia de validez: es preceptiva la intervención del Secretario Judicial en todo registro, porque ante el incumplimiento de “algún requisito de legalidad ordinaria, la diligencia no podrá tener valor probatorio”⁴⁷.

El Tribunal Constitucional siempre partió de la distinción entre vulneración constitucional, que no existirá si existe una resolución judicial debidamente fundada. La consecuencia de la doctrina del Tribunal Constitucional es que si existe auto motivado del Órgano Jurisdiccional, la falta de presencia del Secretario Judicial no afecta al derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio, y si no forma parte del contenido esencial de ese derecho, no es aplicable el artículo 11,1 de la L.O.P.J.

Si la ausencia del Secretario vulnera las garantías del procedimiento, y crea indefensión, se está convirtiendo el requisito de su presencia, que es de legalidad ordinaria, en una exigencia de carácter constitucional del artículo 24 de la Constitución Española, cuya consecuencia es la nulidad de pleno derecho del acto y de los efectos e instrumentos encontrados, en contra de la doctrina emanada del Tribunal Constitucional que en el ATC. 349/1988, de 16 de marzo, dice que la presencia del fedatario judicial “no es una de las garantías constitucionalizadas por el art. 24 de la Norma Fundamental”.

⁴⁶ STC 228/1997, de 16 de diciembre.

⁴⁷ ARAGONESES MARTÍNEZ, S., *Derecho Procesal Penal*, o.c., p. 396.