

TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

La inviolabilidad del domicilio y la diligencia de entrada y registro en domicilios de particulares

Antonio GALLEGOS MORENO

I. La inviolabilidad del domicilio, derecho constitucional limitado

La inviolabilidad del domicilio es uno de los derechos individuales unánimemente reconocidos por las modernas legislaciones, y reconocido en el artículo 18 de nuestra Constitución, al decir terminantemente que «el domicilio es inviolable». Pero como el interés particular ha de ceder ante los más elevados intereses del Estado, resulta en consecuencia que la inviolabilidad del domicilio no es un derecho absoluto, sino sujeto a restricciones impuestas por las necesidades de la justicia penal.

La protección de los bienes jurídicos individuales sometidos a las exigencias de las investigaciones procesales, se contiene, a partir de la Revolución Francesa, en los textos constitucionales.

Nuestra Constitución, en su artículo 18, después de decir que el domicilio es inviolable, declara que «ninguna entrada y registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito». El artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que «nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes». Y el Código Penal sanciona como delito de allanamiento de morada la infracción de dicha norma (art. 490).

II. La diligencia de entrada y registro de particulares

Según Fenech, por entrada y registro en lugar cerrado se entiende el acto procesal que tiene por objeto limitar las garantías normales de libertad individual mediante el empleo de medios coercitivos, con el fin de obtener el conocimiento del delito, la obtención de medios de prueba o el hallazgo de la per-

sona misma del imputado para los fines del proceso penal.

La naturaleza jurídica de la diligencia de entrada y registro en domicilios de particulares está configurada por la concurrencia de los siguientes caracteres: 1.º Es una diligencia sumarial cautelar, pues así esta configurada inicialmente en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, como resulta de su propio enjuiciamiento sistemático en la misma y del contenido de algunos de sus preceptos (arts. 546 y 574), y así lo entiende expresamente algún sector de la doctrina procesalista penal, como Chamorro y González Poveda. 2.º Es al mismo tiempo una diligencia de investigación sumarial, y así lo entiende más o menos expresamente la doctrina procesalista penal. 3.º Es una diligencia potestativa par el Juez Instructor, como resulta hasta literalmente del propio artículo 546 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

III. Casos en que puede acordarse por el juez la entrada y registro en domicilios de particulares

Como dice Bajo Fernández, en nuestro Derecho Positivo, los supuestos en los que el juez puede por resolución decretar la entrada y registro en el domicilio de un particular contra su consentimiento están legalmente descritos (artículos 546 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). El artículo 545 de la Ley Procesal Criminal dice terminantemente que nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residentes en España sin su consentimiento excepto en los casos expresamente previstos en las leyes. Y el artículo 546 de dicho cuerpo legal preceptúa concretamente que el juez o tribunal que conociere de la causa podrá decretar la entrada y registro en todos los edificios y lugares públicos cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o li-

bros o papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación; aclarando el artículo 550 de dicha Ley Procesal que asimismo el Juez Instructor podrá ordenar la entrada y registro en cualquier edificio o lugar cerrado o parte de él que constituya domicilio de cualquier español o extranjero residente en España en los casos indicados en el artículo 546. Es decir que se puede acordar la entrada y registro en domicilio particular cuando existan indicios de encontrarse en él el propio procesado o alguno de los elementos materiales integrantes del cuerpo del delito, entendiéndose éste no en sentido «strictu sensu», sino en el sentido amplio ambivalente de medio o instrumento de averiguación y comprobación del delito y sus circunstancias y medio o instrumento de prueba.

■

IV. Los indicios de los artículos 546 y 550 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

El término indicios se emplea en el Derecho Procesal Penal en diversos sentidos por la doctrina y por los textos legales. Según Viada, el concepto de indicios supone todo aquel acaecimiento sobre el que se basa la deducción realizada por el juzgador en su raciocinio lógico de la prueba. Como ha puntualizado nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia n.º 174/1985 de 17 de diciembre, hay que tener en cuenta que una prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) plenamente probados, y que de esos hechos que constituyen los indicios debe llegarse a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano a considerar probados los hechos constitutivos del delito.

Existe un criterio que identifica el concepto de indicios con el de presunciones. Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal habla de indicios racionales de criminalidad en el artículo 384, relativo al procesamiento. Pero, como dice Viada, el legislador emplea en ese texto legal la palabra indicios en un sentido distinto. Como ha puntualizado la mencionada sentencia de nuestro Tribunal Constitucional, hay que trazar la distinción entre la existencia de una verdadera prueba indiciaria capaz de desvirtuar la presunción de inocencia y la presencia de simples sospechas.

El concepto de indicios en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal procede de las partidas, que aunque en general no aceptan la prueba de indicios, algunas hablan de que son muchas las especies de pruebas, tales como la presunción o grandes sospechas. En el sentido la mencionada sentencia de nuestro Tribunal Constitucional de fecha 17 de diciembre de 1985 entiende las sospechas como datos de los que se desprenden visos o apariencias más o menos acusadoras de que una persona ha podido cometer un delito, pero que constituyen una

base suficientemente firme para que de ellas pueda inferirse razonablemente la culpabilidad del acusado. Chamorro y González Poveda entienden que los indicios por su naturaleza no implican la presencia de pruebas, bastando la probabilidad, pero no caprichosa, sino fundada, racional. Y Sentís Melendo ve en los indicios una dosis de sutancia probatoria, no un tipo de prueba, entendiéndose que lo que el artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal quiere decir es que no hace falta haber agotado la investigación, la búsqueda de pruebas.

En cuanto al concepto de indicios del artículo 546 de la Ley Procesal Criminal creo que es el mismo sustancialmente que el del artículo 384 de dicho cuerpo legal, máxime, cuando al menos en principio, aparece la diligencia de entrada y registro en el artículo 546 como una medida derivada del auto de procesamiento que tiene por objeto encontrar a la propia persona del procesado.

V. Distinción entre indicios y «noticia criminis»

Como dice Viada, hay que establecer una gradación entre posibilidad, probabilidad y certeza de la existencia de un hecho delictivo, pudiendo afirmarse que con la simple posibilidad de la existencia de un delito existe base para la incoación de una causa penal; que con la idea de probabilidad existe base para el procesamiento —y por tanto, también para la diligencia de entrada y registro—, y que se requiere plena certeza para una condena en contra del imputado.

Como tiene declarado nuestro Tribunal Constitucional, en la interpretación del artículo 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a partir de la sentencia de fecha 28 de julio de 1981, los atestados policiales tienen el valor de simples denuncias, en tanto no sean reiteradas y ratificadas a presencia judicial. Por tanto hay que entender, sin gran esfuerzo, que los atestados policiales son sólo un vehículo de la «noticia criminis», y que son la base para la incoación de la causa penal correspondiente, pero que no se puede entender que por sí solos sean portadores de indicios delictivos, sino que estos han de resultar de la investigación judicial practicada en la aplicación del artículo 789 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o sea, como resultado de las diligencias esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho y las personas que en él hayan participado. Sin embargo no lo ha entendido así la Audiencia Provincial de Jaén, al considerar que basta el conocimiento de la Policía, aunque sea confidencial, para darse el oportuno mandamiento de registro (auto de fecha 13 de mayo de 1985). Y la Fiscalía de Granada ha llegado incluso a solicitar mandamiento de registro en base a un oficio policial dimanante de un atestado con deteni-

dos, aún no entregando por la Policía. Y en la Junta de Jueces de Instrucción de Granada de fecha 26 de julio de 1985 —que aún no ha llegado a tener vigencia— se acordó que con las peticiones de mandamiento de entrada y registro de la Policía se incoaran Diligencias Indeterminadas, que después serían objeto de reparto, las que darían lugar posteriormente a las correspondientes Diligencias Previas caso de ser positivo el resultado del registro.

VI. El artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

El artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal preceptúa que «Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa actuando en el procedimiento cualquiera que éste sea, desde que se comuniquen su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar, o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho, «y que» la admisión de denuncia o querrela y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculcados.

Por tanto, cuando se recibe en el juzgado una petición de mandamiento de entrada y registro de la Policía en el domicilio de un particular, por tener noticias confidenciales —no reveladas— de que en el mismo pueden existir objetos delictivos —que es al parecer la forma habitual de poner en estos casos los hechos en conocimiento del Juzgado—, el primer trámite procesal preceptivamente obligatorio es poner la denuncia en conocimiento de dicho particular, para que pueda ejercitar el derecho de defensa del artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; pues si se dice que en el domicilio de una persona puede haber droga u objetos procedentes de robo, ya está siendo denunciada como presunta partícipe de un delito.

La Fiscalía de Jaén ha entendido que puede acordarse que se notifique la existencia de la denuncia cuando se realiza la diligencia de entrada y registro, para compaginar el respeto a los derechos individuales y la posibilidad de la eficacia de la diligencia, ya que de lo contrario desaparecerían los efectos del delito, criterio compartiendo por la Audiencia Provincial de Jaén (autos de fechas 13 y 14 de mayo de 1985). Pero como dice Gimeno Sendra, con la sola existencia de la imputación nace el derecho de defensa, y el artículo 24 de la Constitución debería informar la interpretación del artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o sea, que dicho precepto debe aplicarse «sin que en ningún caso se produzca indefensión». El fundamento del derecho de defensa no es otro —como afirma Gimeno Sendra— sino el del propio principio de contradicción, el cual

resulta ser consustancial a la idea del proceso; pues, desterrada hace tiempo la vieja nota del proceso penal inquisitivo, conforme a la cual el imputado no debía ser considerado como sujeto, sino como objeto del proceso penal, la propia estructura del proceso penal moderno exige que no haya imputación o acusación sin el ejercicio simultáneo de la defensa.

Como dice la Sentencia n.º 44/1985 de 22 de marzo de nuestro Tribunal Constitucional, la Ley de 4 de diciembre de 1978, que redactó el nuevo artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque de carácter preconstitucional, acomodó el proceso penal a los principios esenciales que concedía a todos los ciudadanos el artículo 24 de la Constitución, es decir, el derecho a obtener la tutela judicial de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, colocando a las partes del proceso actual penal en un plano de equiparación y de contradicción, evitando la supremacía y preponderancia de las partes acusadoras, que, con anterioridad agravaba la posición de los inculcados.

Según dicha sentencia del Tribunal Constitucional, el derecho de defensa solo podrá restringirse en los supuestos especiales y extraordinarios que exija la investigación, según las leyes procesales, y si resulta indispensable a tal fin. En nuestra Ley Penal solo se permite el registro de un lugar habitado sin necesidad de garantías procesales en los supuestos excepcionales del artículo 553, en los cuales se trata de actos estrictamente policiales de carácter urgente. Actualmente el artículo 18 de la Constitución solo admite tres excepciones al principio de la inviolabilidad del domicilio; el consentimiento del titular, resolución judicial o flagrante delito. Como dice la Sentencia n.º 1/1986, de 9 de enero de nuestro Tribunal Constitucional, la garantía procesal penal comprende en todo caso el derecho a promover y el de participar en la causa, y esa garantía adquiere una extrema relevancia cuando se trata de los derechos o libertades fundamentales, respecto de los cuales nada es trivial o inimportante.

En cuanto a la eficacia de la diligencia de entrada y registro hay que buscarla en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, mediante las medidas de vigilancia a que hace referencia el artículo 567 de la misma. Y por supuesto, hay que tener en cuenta que si el dueño o morador de la vivienda se encontrase en ignorado paradero y no fuese habido, no se podrá aplicar el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin perjuicio de acordar y practicar el registro, como resulta claramente del artículo 569 de la propia Ley.

VII. Mandamientos de entrada y registro

La expresión mandamiento de entrada y registro no se encuentra en ninguno de los preceptos de la

Ley de Enjuiciamiento Criminal, reguladores de la diligencia de entrada y registro, aunque resulte implícita en el artículo 563 de dicho Cuerpo Legal, para el supuesto de que el Juez Instructor estime procedente encomendar la práctica de dicha diligencia a la Policía Judicial.

Sin embargo, hay que resaltar que se hace un «uso abusivo» por la Policía de las peticiones de mandamientos de entrada y registro. Se suelen solicitar los mandamientos generalmente mediante un oficio impreso basándose en noticias «confidenciales» —no reveladas— de que en determinado domicilio puede haber droga u objetos procedentes de robo; también se suelen pedir en oficios dimanantes de atestados aún no entregados al Juzgado, y a veces también después de estar incoada la causa penal. Para combatir esta práctica abusiva de peticiones de mandamientos de entrada y registro, hay que tener en cuenta las consideraciones siguientes: 1.º Que la Policía Judicial carece de legitimación procesal para solicitar mandamientos de entrada y registro siendo de la potestad exclusiva y excluyente del Juez Instructor el acordar o no registros domiciliarios, bien por propia iniciativa, o sea, de oficio, o a petición del Ministerio Fiscal o de parte personada en la causa; 2.º Que el Juez Instructor no puede convertirse en un instrumento de la actuación policial, ni un registro acordado judicialmente puede concebirse como un medio para completar o formar un atestado, que es la base de la causa penal, a no ser que se vuelvan «al revés» —como diría Vizcaino Casas— en el artículo 12 de la Constitución y la esencia y los principios de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

VIII. Forma de practicar los registros domiciliarios

La forma de practicar los registros domiciliarios se regula en los artículos 569 y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se hará el registro a presencia del interesado o representante legítimo, y, si aquél no fuese habido, a presencia de un individuo de su familia, y, si no lo hubiere, de los testigos. En todo caso el registro ha de practicarse a presencia del secretario judicial y los testigos. Por último se documentará el acto, extendiéndose el *acta correspondiente*, que firmarán todos los concurrentes, cuya función —como dicen Chamorro y González Poveda— no es sólo la de la prueba de su contenido, sino

también la garantía de haberse observado los preceptos legales en su realización. El contenido de la diligencia se concreta en el artículo 572 de la ley de Enjuiciamiento Criminal.

IX. Registros irregulares

Las irregularidades de los registros domiciliarios se pueden concretar generalmente en los siguientes puntos: 1.º Que se suelen conceder mandamientos de entrada y registro como medio para completar o formar un atestado, in que se realice una investigación judicial previa de la que resulten en su caso los «indicios» a que hace referencia el artículo 546 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y sin que se cumpla el artículo 118 de dicha Ley. 2.º Que los mandamientos de registro dados a la Policía se suelen cumplir sin la asistencia preceptiva del secretario judicial, que es un requisito esencial de dicho acto sumarial; y no se puede olvidar que los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no sólo son un medio de investigación y de prueba de los hechos delictivos, sino también una manifestación del principio de legalidad en su aspecto procesal, reforzado a partir de la Ley de 4 de diciembre de 1978. 3.º Que la petición de mandamientos de entrada y registro por la Policía esta fuera de los cauces legales procesales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiendo limitarse en estos casos la Policía Judicial a poner en conocimiento del Juez Instructor los hechos denunciados y los datos y noticias que puedan contribuir al buen éxito de la investigación sumarial, para que el Juez Instructor —después de practicadas las diligencias previas esenciales que sean procedentes en aplicación del artículo 789 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal acuerde por su propia iniciativa y con criterio propio lo que estime procedente, pues, como ya he dicho anteriormente, la Policía Judicial carece de legitimación procesal para solicitar la práctica de diligencias sumariales y debe respetar en todo caso la plena iniciativa que en la instrucción de la causa corresponde al Juez Instructor y al Ministerio Fiscal.

Como dice Jesús Peces Morate, se corre el riesgo de «policializar» la Justicia, en lugar de «judicializar» la Policía, sin tener en cuenta que sólo la competencia exclusiva y excluyente de los juzgados y tribunales hará eficaz el derecho a la tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución.