



UNIVERSIDAD DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO

Análisis jurisprudencial de la actuación de los
sujetos intervinientes en la diligencia
de entrada y registro domiciliario
en el orden penal.

El acta y su digitalización

D. Alfonso Tormo Molina

2019



UNIVERSIDAD DE MURCIA
ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA
ACTUACIÓN DE LOS SUJETOS INTERVINIENTES EN
LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO
DOMICILIARIO EN EL ORDEN PENAL.
EL ACTA Y SU DIGITALIZACIÓN**

AUTOR
ALFONSO TORMO MOLINA

DIRECCIÓN
JULIO SIGÜENZA LÓPEZ

2019

A mi FAMILIA.

Esencia del hijo, hermano, esposo y padre que hoy soy.

***“Una imagen me muestra de un vistazo
lo que necesita docenas de páginas de un libro para exponer”
Iván Serguéyevich Turguénev (Padres e hijos, 1862)***

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	15
INTRODUCCIÓN.....	17
1. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.....	20
2. CUESTIONES A DISCERNIR EN LA PRESENTE TESIS	30
3. METODOLOGÍA EMPLEADA.....	36
TÍTULO I. SUJETOS INTERVINIENTES EN LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO DOMICILIARIO EN EL ORDEN JURISDICCIONAL PENAL	41
CAPÍTULO I. EL JUEZ O MAGISTRADO.....	43
1. Juez competente para ordenar la entrada y registro.....	45
A) Solicitud urgente de una entrada y registro dentro del partido judicial del órgano que conoce de la causa pero fuera de las horas de audiencia.....	47
B) Solicitud urgente de una entrada y registro fuera del partido judicial del órgano que conoce de la causa	48
2. Requisitos del auto que autoriza la entrada y registro.....	55
A) Concreción y motivación del auto	58
B) Proporcionalidad de la medida	69
C) Determinación de las horas en las que se realizará el registro.....	73
D) Determinación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado actuantes,	

identificación de sus funcionarios y del uso de la fuerza	76
E) Firma del auto	80
F) Los requisitos previstos en la reforma legal.....	82
3. Efectos de un registro judicial sin auto válido	85
4. Hallazgos casuales. Efectos a intervenir y ampliación del auto	86
A) Definición doctrinal	86
B) Análisis jurisprudencial.....	91
C) Regulación legal.....	99
5. Presencia física del juez en la diligencia de entrada y registro	103

CAPÍTULO II. LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO .107

1. Diferenciación entre el acto de “entrada” (y aseguramiento) y el “registro”	112
A) Primera línea jurisprudencial, contraria a la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado previa al mandamiento y llegada de la comisión judicial.....	113
B) Segunda línea jurisprudencial, favorable a la labor previa de entrada y aseguramiento por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado	116
2. El registro de vehículos, garajes, anejos y naves industriales	123
3. La figura del “agente encubierto”.....	126
A) Consentimiento viciado del investigado en el acceso a la vivienda por el agente encubierto.....	128
B) Teoría del delito provocado por el agente encubierto	129

C) El agente encubierto en los delitos informáticos	130
D) La figura del agente encubierto en el borrador de anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	132
4. Intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en los registros derivados de la supuesta comisión de delitos informáticos.....	133

CAPÍTULO III. EL INTERESADO143

1. Regla general: Supuestos en los que el interesado debe presenciar el acto de entrada y registro. Principio de contradicción.....	146
2. Excepciones a la regla general: Supuestos en los que el registro puede realizarse sin la presencia del interesado	148
A) El interesado se halla detenido o preso.....	148
B) El interesado no ha sido detenido.....	152
C) Resistencia a la realización del registro.....	155
D) Actuaciones declaradas “secretas”	156
E) El detenido está en situación judicial de “incomunicado”	158
F) Supuestos de “fuerza mayor”	158
G) Registros simultáneos	160
H) Registro de un lugar que no tiene carácter de domicilio.....	160
3. El registro realizado con el morador de la vivienda, siendo persona distinta del interesado.....	162
4. Efectos del registro realizado sin el interesado	164
5. Registro en el domicilio del menor de edad investigado.....	167
6 Registro de personas no identificadas hasta el momento del registro	172

7. El registro realizado en el domicilio de personas jurídicas	173
CAPÍTULO IV. EL ABOGADO	179
1. El interesado no está detenido.....	180
2. El investigado se encuentra detenido.....	181
CAPÍTULO V. TESTIGOS, PERITOS E INTÉRPRETES	191
1. Intervención de testigos	191
2. Intervención de peritos.....	194
3. Intervención de intérpretes	196
CAPÍTULO VI. EL MINISTERIO FISCAL	201
CAPÍTULO VII. EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....	207
1. Actuación del letrado de la Administración de Justicia de conformidad con la regulación originaria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	208
2. Posición jurisprudencial tras la reforma llevada a cabo por Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal.....	217
3. Posición jurisprudencial tras la reforma llevada a cabo por Ley 22/1995, de 17 de julio	223
A) Principios, funciones y fines de la actuación del letrado de la Administración de Justicia en la diligencia de entrada y registro	224
B) Efectos del acta de entrada y registro realizado en ausencia del letrado de la Administración de Justicia.....	228

C) Sustitución del letrado de la Administración de Justicia.....	233
TÍTULO II. EL ACTA Y SU DIGITALIZACIÓN.....	239
CAPÍTULO I. EL ACTA DE ENTRADA Y REGISTRO	241
1. Noción y valor del acta	241
2. Contenido del acta.....	245
CAPÍTULO II. EL ACTA DIGITAL	253
1. Regulación legal	253
2. Realización material.....	259
3. Otros usos del acta digital.....	297
4. La era digital, una realidad necesaria.....	302
CONCLUSIONES.....	307
BIBLIOGRAFÍA	327
ÍNDICE LEGISLATIVO.....	339
ÍNDICE DE RESOLUCIONES	347
1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	349
2. Tribunal Constitucional	349
3. Tribunal Supremo, Sala II.....	351
4. Audiencia Nacional.....	359
5. Audiencias Provinciales.....	359

ABREVIATURAS

Art.- Artículo

Arts.- Artículos

ATC.- Auto del Tribunal Constitucional

CC.- Código Civil

CE.- Constitución Española

CEJ.- Centro de Estudios Jurídicos

CGPJ.- Consejo General del Poder Judicial

CP.- Código Penal

Fj.- Fundamento jurídico

LECrim.- Ley de Enjuiciamiento Criminal

LOFCSE.- Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del
Estado

LOPJ.- Ley Orgánica del Poder Judicial

LORRPM.- Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de
los menores

RD.- Real Decreto

SAP.- Sentencia de la Audiencia Provincial

STC.- Sentencia del Tribunal Constitucional

SSTC.- Sentencias del Tribunal Constitucional

STS.- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal

SSTS.- Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal

TEDH.- Tribunal Europeo de Derechos Humanos

INTRODUCCIÓN

La diligencia de entrada y registro en domicilio está regulada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882. La fecha de dicho texto legal, junto con las nulas reformas de esta concreta materia hasta la fecha actual, permiten afirmar desde este mismo momento que el texto legal no se ajusta a las circunstancias presentes y a las posibilidades y medios existentes en la actualidad, a pesar de que la misma regula un asunto sensible que afecta a un derecho fundamental, por lo que la regulación vigente puede ser calificada de anacrónica y pobre. En ausencia de una nueva regulación, ha sido la copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo y las sentencias del Tribunal Constitucional las que han reglado su problemática interpretando los textos legales existentes para cubrir estos vacíos legales en los términos que serán expuestos, y solventando las dificultades teóricas y prácticas tanto del auto que autoriza la diligencia de entrada y registro como de todo aquello que conlleva la práctica de la misma hasta su conclusión y posterior carácter probatorio en el acto del juicio.

Es precisamente uno de los fines del presente estudio dar un significado práctico al vacío legal existente a través del análisis jurisprudencial, añadiendo a ello la necesidad de resaltar la importancia del uso de los medios electrónicos e informáticos disponibles hoy día para cumplir con los fines y garantías de una actuación judicial que implica la afectación de un derecho fundamental, debiendo la Administración poner en mano de los letrados de la Administración de Justicia, para el cumplimiento de su labor y el ejercicio de sus funciones legal y reglamentariamente encomendadas, las herramientas adecuadas en el ejercicio de sus actuaciones.

1. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

Si bien es cierto que podemos encontrar numerosos manuales y artículos relativos al estudio de la diligencia de entrada y registro domiciliario, a través del presente trabajo pretendo proceder a su análisis desde la que considero una perspectiva distinta, reseñando la actuación concreta de los diversos agentes que participan o pueden participar en las entradas y registros acordados por auto y la problemática existente. Y es que a través esta obra pretendo dar un punto de vista eminentemente práctico y jurisprudencial acerca de la problemática que rodea cada uno de los extremos e incidentes que pueden darse durante la realización de las diligencias de entrada y registro domiciliario, partiendo de los diversos intervinientes en la misma.

Soy consciente de la dificultad que conlleva realizar un trabajo práctico y jurisprudencial, por cuanto a lo largo de su elaboración serán objeto de análisis sentencias que pudieran ser incluso contradictorias, si bien esa es una de las principales motivaciones que me llevan a investigar sobre la diligencia de entrada y registro, a fin de poder esclarecer tanto esa lógica evolución histórica jurisprudencial ante un texto legal redactado en 1882, como la resolución de conflictos que en la práctica efectivamente concurren.

El objeto y finalidad en todo caso debe ser la protección de un derecho fundamental que la Constitución garantiza en el artículo 18.2¹. La

¹ “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”.

Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 12², se refiere al derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada y en la correspondencia, y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, dispone en el artículo 8.1 que *"toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia"*, nociones que tienen su máxima expresión dentro del ámbito de la inviolabilidad domiciliaria.

Además, el Convenio de Roma de 1950, en su artículo 8.2, añade que *"no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho (respeto a la vida privada y familiar, domicilio y correspondencia) sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás"*³.

No obstante, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 4 la existencia de limitaciones, siempre

² El art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, dispone que "nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".

³ Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, publicado en el BOE número 243 de 10 de octubre de 1979 y cuya rúbrica del título del artículo 8 fue introducida por Anejo, conforme establece el artículo 2.2 del Protocolo 11 publicado en el BOE de 26 de junio de 1998.

determinadas por ley, con el fin de promover el bienestar general propio de una sociedad democrática⁴.

Así lo asume el Tribunal Supremo al expresar que *“como se desprende de este precepto, y así es generalmente admitido, este derecho no tiene carácter absoluto, pues puede estar sujeto a limitaciones y restricciones, que deben estar previstas por la ley en función de intereses que puedan ser considerados prevalentes según los criterios propios de un Estado democrático de derecho. Para que tales restricciones puedan hacerse efectivas, es preciso que, partiendo de la necesaria habilitación legal, existan datos que en cada caso concreto pongan de manifiesto que la medida restrictiva del derecho es proporcional al fin pretendido, que este fin es legítimo y que es necesaria en función de las circunstancias de la investigación y del hecho investigado. Ello implica una valoración sobre la gravedad del delito, sobre los indicios de su existencia y de la intervención del sospechoso, y sobre la necesidad de la medida”*⁵.

De lo expuesto se deduce, por tanto, que dicho derecho fundamental es limitable y, en consecuencia, que todo registro domiciliario debe estar amparado por la Ley.

El ordenamiento jurídico español prevé que los registros se puedan llevar a cabo policialmente (con consentimiento válidamente prestado del

⁴ “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en el ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos, únicamente a limitaciones determinadas por Ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”.

⁵ STS 1263/2004, de 2 noviembre (LA LEY 10265/2005).

interesado⁶ o ante flagrancia delictiva⁷) o judicialmente (previo auto motivado). El objetivo del legislador a la hora de considerar que un registro deba de llevarse a cabo bajo garantías jurisdiccionales es, precisamente, salvaguardar el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio.

La LECrim, en sus arts. 545 y siguientes, regula la entrada en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento⁸. Para ello, a su vez, determina aquellos lugares que se reputan domicilio⁹, y define qué se entenderá por consentimiento¹⁰. No

⁶ La STS de 8 julio de 1994 (LA LEY 3660/1994), declaró nulo el registro practicado en el domicilio del recurrente, quien tras ser detenido por la Guardia Civil, fue trasladado a las dependencias policiales, donde obtuvo por escrito su consentimiento para el registro donde vivía, sin haberle instruido antes de su derecho a ser asistido de letrado, concluyendo que la diligencia carece de validez pues la falta de asistencia de abogado constituye una violación del art. 13.3.C.E. Entre otras, a modo enunciativo y no excluyente, las SSTS de 26 de febrero de 1996 (LA LEY 3597/1996) y 1080/2005, de 29 de septiembre de 2005 (LA LEY 14013/2005). En conclusión, la asistencia de abogado en las diligencias de entrada y registro, sólo será exigible, para asesorar al detenido en el momento de prestar su consentimiento para la realización de aquélla.

⁷ Vid. Art. 553 de la LECrim, “Los agentes de policía podrán, asimismo, proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa o, en casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido. Del registro efectuado, conforme a lo establecido en el párrafo anterior, se dará cuenta inmediata al juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieran practicado. Asimismo, se indicarán las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos”.

⁸ Vid. Art. 545 de la LECrim, que prevé 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”.

⁹ Vid. Art. 554 de la LECrim, el cual dispone que “se reputan domicilio, para los efectos de los artículos anteriores:

1.º Los Palacios Reales, estén o no habitados por el Monarca al tiempo de la entrada o registro.

obstante, y sin perjuicio de su determinación legal, tanto la noción de domicilio¹¹ e identificación del mismo como la prestación de un

2.º El edificio o lugar cerrado, o la parte de él destinada principalmente a la habitación de cualquier español o extranjero residente en España y de su familia.

3.º Los buques nacionales mercantes.

4.º Tratándose de personas jurídicas imputadas, el espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros.”

¹⁰ Vid. Art. 551 de la LECrim, el cual dispone que “se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y el registro para que los permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el artículo 6 de la Constitución del Estado”.

¹¹ Es unánime la doctrina que considera que la noción de domicilio es diversa en las diversas ramas del ordenamiento jurídico (civil, administrativo, fiscal... y constitucional) y han sido las reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que ha definido los mismos. Vid. a tales efectos la STC 10/2002, de 17 de enero (LA LEY 1655/2002), sobre la consideración de los hoteles como domicilio de sus huéspedes. Así como la STS de 18 de marzo de 1992 (LA LEY 1709/1992), que da un concepto de morada y domicilio a efectos del derecho fundamental inviolable, considerando como tal “*el lugar donde el hombre desenvuelve normalmente sus actividades sociales y también donde radica su vivienda o habitación*”, constituyendo un “*derecho fundamental que se establece para garantizar el ámbito de privacidad de la persona, dentro del espacio limitado, que el propio sujeto elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública... y que la protección de este derecho no se proyecta sobre bienes materiales en sí, ni en defensa de la propiedad, al no ser éste el bien jurídico protegido*”), y la STS de 14 de enero de 1992 (LA LEY 1133/1992) que determina que “*la protección que el art. 18 de la misma dispensa ha de extenderse no solamente al domicilio, entendido en la acepción que al mismo da el Derecho Civil, sino también a la morada, reputando como tal todo espacio cerrado en el que el individuo pernocte y tenga guardadas las cosas pertenecientes a su intimidad, ya sea de manera permanente o esporádica o temporal, como puede ser la habitación de un hotel y respecto a los cuales se pueda presumir que se hallan destinados a su uso exclusivo con voluntad de excluir a todos los demás, por lo que en tales recintos no se puede penetrar sin su consentimiento o en virtud de la autorización judicial concedida mediante el correspondiente mandamiento judicial, pues el precepto constitucional anteriormente referido ha de interpretarse a la luz de los principios constitucionales que tienden a extender al máximo la protección a la dignidad y a la intimidad de la persona*”.

También delimita el Tribunal Constitucional qué debe entenderse por domicilio de las personas jurídicas, si bien partiendo de la diferenciación entre la protección del derecho fundamental aquí considerado y la mera protección de la propiedad de los inmuebles ni de otras titularidades reales u obligacionales relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de los terceros. En este sentido, las SSTC 137/1985, de 17 de octubre (LA LEY 10408-JF/0000), 149/1991, de 4 de julio (LA LEY 58074-JF/0000) y 76/1992 y los, los AATC 272/1985, de 24 de abril (LA LEY 481/1985), 349/1988, de 23 de mayo (LA LEY 953/1988), 171/1989, de 3 de abril (LA

consentimiento verdadero y válido¹² han sido objeto de determinación por copiosa jurisprudencia, así como estudiados en muy diversos artículos doctrinales¹³.

De especial relevancia considero en este punto fijar en sí una noción de domicilio, por cuanto la última reforma en esta materia desde la

LEY 1049/1989), entre otros. El domicilio de las personas jurídicas está protegido, pero su concepto legal va más allá del establecido por la legislación mercantil, ya que éste es un concepto «de mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico administrativo», como disponen las SSTC 22/1984, de 17 de febrero (LA LEY 8565-JF/0000), y 160/1991, de 18 de julio (LA LEY 1771-TC/1991), entre otras).

No obstante, se excluye expresamente del carácter de domicilio el mero almacén de un bar por no corresponder con la acepción amplia de morada ni, en definitiva, aquella que considera como tal *“cualquier lugar cerrado en el que puede transcurrir la vida privada, individual o familiar”*, como marcan las SSTS de 24 octubre 1992 (LA LEY 2072-5/1993), y de 14 de octubre de 1993 (LA LEY 1737/1994), entre otras.

¹² El Tribunal Supremo ha venido determinando los requisitos para que el consentimiento del investigado pueda considerarse válido a efectos de la práctica de la diligencia de entrada y registro, enervando la inviolabilidad. Las SSTS de 8 de marzo de 1991 (LA LEY 1875/1991) y de 5 de octubre de 1992 (LA LEY 1914-5/1993), que así lo consideran en base al art 18.2 de la Constitución española, el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y que considera que si bien *“es cierto que la interpretación del sistema ha de hacerse, en este sentido, restrictivamente, de la manera más favorable para su titular por exigencias del principio “in dubio libertatis”, pero también lo es que la conclusión de si hubo o no consentimiento ha de hacerse interpretando a su vez el propio comportamiento del acusado, anterior, coetáneo y posterior”*.

El Tribunal Supremo viene equiparando el consentimiento para efectuar el registro con el asentimiento. Así, las SSTS de 1 de abril de 1996 (LA LEY 4641/1996), 17 de enero de 1997 (LA LEY 1429/1997) y 4 de marzo de 1999 (LA LEY 3899/1999), entre otras, lo definen como un *“estado de ánimo concreto en virtud del cual la persona interesada, ante la situación también concreta que las circunstancias le presentan, accede al registro porque soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente, que ese acto tenga lugar. Se trata en suma de una aprobación, una aquiescencia, un asentimiento, una licencia o una venia que soslaya cualquier otra exigencia procedimental”, “De principio ha de admitirse que presta su consentimiento aquél que requerido por quien hubiere de efectuar el registro, ejecuta por su parte los actos, que de él dependan, para que pueda tener efecto el mismo.”, “El que calló cuando debía hablar y no lo advirtió, parece que consiente. «Qui siluit cum loqui debuit, et notuit, consentire videtur»”*.

¹³ JIMENEZ CONDE, F., *Manual de derecho procesal penal. Esquemas y lecciones*, ed. Diego Marín, 2014, p. 292, refiere que *“la realidad social ha obligado a extender el concepto a cualquier lugar donde se proyecte y desenvuelva un ámbito de intimidad de las personas”*.

aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la llevada a cabo por el apartado ocho del artículo único de la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica que, por lo que hace al objeto de nuestro estudio, únicamente afecta a la rúbrica del Título VIII del Libro II que pasó de denominarse “*De la entrada y registro en lugar cerrado, del de libros y papeles y de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica*” a titularse “*De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución*”. Dicha modificación no es baladí, por cuanto de este modo se hace especial incidencia en que el objeto de la regulación del citado título es la protección del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio (artículo 18.2 de la CE), y no sobre cualquier registro que deba practicarse en lugar cerrado.

Por tanto, en sentido positivo, debe tenerse clara una acepción de “domicilio” para poder diferenciar cuando un registro que deba llevarse a cabo (ya recaiga sobre persona física o jurídica) debe judicializarse. A tales efectos, VALERO CANALES, en su tesis doctoral, considera que “el domicilio constitucionalmente protegido debe ostentar cuatro características esenciales:

Espacio acotado del exterior, lo que requiere que se proyecte sobre un lugar físico concreto y delimitado. No obstante, este espacio tiene un carácter instrumental o funcional, se protege en cuanto es apto para que pueda desarrollarse en él la esfera privada de sus titulares.

Que esté destinado tanto a vivienda como a actividades comerciales o profesionales. Si bien la vivienda integra el núcleo esencial de

protección, en cuanto a que es el lugar donde las personas físicas ejercen su privacidad, también se extiende a las actividades comerciales o profesionales de las personas físicas, y a las personas jurídicas, tanto públicas como privadas, en cuanto a los lugares que constituyen el centro de sus decisiones y el lugar de custodia de los documentos de las mismas.

Que exista un título bastante y legítimo de utilización, lo cual permite que pueda estar amparado en cualquier tipo de relación jurídica (propiedad, usufructo, arrendamiento) o situación jurídica (precario, acogimiento, alojamiento temporal), pero no cuando no se ostenta ningún derecho ni relación legítima con el domicilio afectado (usurpación, ocupación ilegítima, mera presencia en domicilio ajeno).

Que esté destinado a ejercer la privacidad, lo cual lo engarza con el fundamento del derecho que se expone en esta obra. El domicilio protegido es aquel destinado a ejercer las actividades privadas de los individuos o de las personas jurídicas, y no, por tanto, los espacios de libre entrada o acceso de terceros”¹⁴.

Finalmente, entiendo preciso resaltar que dicho auto judicial no requiere provenir necesariamente de la jurisdicción penal, por cuanto desde otras jurisdicciones pueden concurrir circunstancias que determinen su dictado. Así, en el ámbito civil, mercantil y social cabe acordar una entrada y registro domiciliario como diligencia preliminar al juicio a fin de acceder a datos o documentos necesarios para preparar un ulterior proceso, o para cumplir las resoluciones dictadas por la Entidad

¹⁴ VALERO CANALES, A.L., “El Derecho Fundamental a la inviolabilidad del domicilio: un estudio crítico desde la perspectiva teórico-práctica”, Universidad Católica de Murcia, 2016, pp. 297 y ss, aprovechando en este punto para agradecer al autor por facilitarme el acceso a un ejemplar de su obra.

Pública de protección de los menores; en materia concursal, por el Juzgado de lo Mercantil, en el propósito de que no se frustren las expectativas y finalidades del concurso; o en el ámbito administrativo, con la finalidad de ejecutar jurisdiccionalmente algunos actos administrativos.

GIMENO SENDRA distingue, a tales efectos, entre las entradas comunes, definidas como las que tienen por objetivo la averiguación de un delito; y las administrativas, consideradas como entradas en las que la Administración pública puede instar del juez en uso de su potestad de autotutela¹⁵.

Tal y como determinó el Tribunal Constitucional¹⁶, no es posible que en virtud de la ejecutoriedad de un acto meramente administrativo se proceda a vulnerar el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio contemplado en el art. 18.2 de la Constitución Española, ya que “*no es discutible que la acción de oficio de la Administración no legitima ninguna violación de los derechos constitucionalmente garantizados*”, siendo para ello necesario, en caso de no recabarse el consentimiento válido del interesado ni concurrir flagrante delito, un auto judicial.

Dicho todo ello, hago constar que el estudio práctico que en esta obra se analiza contendrá las especialidades propias de la jurisdicción penal, ciñéndome para ello a la jurisprudencia establecida en este punto por la Sala 2ª del Tribunal Supremo.

¹⁵ GIMENO SENDRA, V., *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, ed. Colex, Madrid, 2007, p. 544.

¹⁶ STC 22/1984, de 17 de febrero (LA LEY 8565-JF/0000).

Concluyo, por tanto, que el objeto de estudio de la presente tesis se centra en la intervención de los sujetos intervinientes en los registros domiciliarios acordados judicialmente, que son aquellos para cuya realización se requiere el dictado de un auto habilitante, ciñéndome a su vez al ámbito de la jurisdicción penal.

Quedan fuera del objeto de análisis, y así deben diferenciarse, tanto el registro consentido por el investigado (no se entrará a valorar la naturaleza del consentimiento, vicios, validez...), el registro llevado a cabo en caso de flagrante delito (su concepto y evolución en su aplicación en la legislación española...), así como el registro de lugar que no constituya domicilio, ya que en todos ellos concurre la circunstancia de que no se requiere su judicialización para su práctica, pudiéndose realizar policialmente sin necesidad de acudir al juez que se considere competente para el dictado de un auto habilitante, ni requerir la presencia del letrado de la Administración de Justicia para que de fe del contenido del acto que allí se realiza. Además no considero necesario extender el contenido del estudio a las nociones de consentimiento, flagrancia y domicilio ya que las mismas, por sí solas, son objeto pormenorizado de estudio en diversas monografías¹⁷.

¹⁷ Entre otros, RIVES SEVA, A.P., *La diligencia de entrada y registro domiciliario*, ed. Bosch. Marzo, 2004, que determina el concepto de domicilio (pp. 23-54) abordando los lugares asimilados al domicilio como habitación arrendada, lugar destinado a reunión, aseos y lavabos públicos, rebotica de farmacia, hotel, despacho profesional, tienda de campaña y apertura de caja fuerte en interior de domicilio; y excluyendo los establecimientos públicos, almacén o dependencias de éstos, casas abandonadas, trasteros y garajes, aledaños de la vivienda, patio visible desde el exterior, zaguán, ascensor, terreno de dominio público, solar, corral, nave ganadera, lagar, cobertizo, zulo, celda, taquilla en dormitorio de cuartel o de centro hospitalario, litera de un tren, buque y otros vehículos.

También examina ampliamente el consentimiento del titular, incluyendo sus requisitos y vicios y los supuestos de domicilio compartido y casos de detención (pp. 61-70) y la flagrancia delictiva, su concepto y casuística (71-80).

2. CUESTIONES A DISCERNIR EN LA PRESENTE TESIS

Una vez delimitada la materia objeto de la presente obra, en la misma se procederá a examinar la actuación de los diversos intervinientes, mostrando tanto las soluciones jurisprudenciales como la evolución seguida hasta la actualidad.

Para ello el estudio se centrará inicialmente en la intervención del juez y la determinación de su competencia para autorizar la entrada y registro.

Los requisitos que debe contener dicho auto no están fijados legalmente, y analizaremos la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo para la determinación de los mismos. Consecuencia de ello, determinaremos los efectos de un registro judicial con defectos en el auto que lo autorizó.

Asimismo, analizaremos qué sucede en caso de hallazgos casuales, materia que ha sido tratada por doctrina y jurisprudencia de modo diverso hasta su actual regulación legal, que también será analizada.

Finalmente, examinaremos como la regulación legal no exige la presencia de la autoridad judicial en la práctica de esta diligencia, pudiendo delegar la misma en las autoridades o policía judicial, por lo que su intervención preceptiva se ciñe al dictado del auto junto con el mandamiento dirigido a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, para que en presencia del letrado de la Administración de Justicia, se lleve a cabo el mismo con todas las garantías constitucionales y procesales.

Al respecto de la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la diligencia de entrada y registro, será objeto de estudio la problemática en cuanto a los límites que su actuación inicial puede alcanzar, en lo que respecta a la diferenciación, no siempre bien entendida incluso por el Tribunal Supremo, de lo que debe comprenderse por “entrada” y lo que debe entenderse por “registro”.

Debido a la competencia de las mismas para realizar entradas y registros que no requieran auto habilitante para su realización, estudiaremos en este punto la evolución jurisprudencial sobre el registro de vehículos, garajes, anejos y naves industriales.

A su vez, comentaremos la posible concurrencia de una entrada y registro solicitada judicialmente con la figura del “agente encubierto” y las especiales garantías que deben afectar al mismo.

Finalmente, debo poner de manifiesto que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se ocupan de la investigación de la totalidad de tipos criminales, pero que no todos ellos requieren idéntica actuación fáctica a la hora de realizar el registro. El auge de la informática y las nuevas tecnologías determina la necesidad de adoptar nuevas formas de investigación del delito, lo que deriva en nuevas necesidades en la instrucción y en la aprehensión e intervención de efectos y equipos informáticos y tecnológicos, para que la misma se lleve a cabo con las debidas garantías. Precisamente, dicha circunstancia ha sido tenida en cuenta por el legislador con la aprobación de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

Para continuar, la Ley de Enjuiciamiento Criminal hace referencia al interesado como persona con la que debe entenderse la diligencia de entrada y registro. El interesado puede aún no haber obtenido la posición de investigado, por cuanto estando debidamente individualizado pudiera incluso no estar plenamente identificado en el momento procesal en que se lleva a cabo el registro. Concurriendo el mismo, serán objeto de análisis los supuestos en los que su presencia es preceptiva y aquellos en los que el registro será plenamente válido aunque se haya realizado sin su presencia. Del mismo modo analizaremos el registro ejecutado en presencia del morador, siendo éste persona distinta del investigado, y los registros llevados a cabo en domicilio de menor de edad, siendo éste el investigado.

A continuación se profundizará en la intervención del abogado en la diligencia de entrada y registro, cuestión que siempre ha sido problemática partiendo de soluciones tan divergentes como considerar su actuación como de carácter preceptivo hasta determinar el carácter innecesario de su actuación en el ámbito de estas diligencias. En todo caso, su función vendrá limitada por la situación en la que se encuentre el sujeto interesado, distinguiendo si ha sido detenido de modo previo a la práctica del registro. En la mayoría de supuestos, la entrada y registro se realizará mientras el procedimiento está en sede de investigación policial, donde el interviniente aún no habrá sido detenido, pudiendo serlo a la finalización de la actuación. No obstante, en algunos casos, y dados los indicios preexistentes, es posible que el interviniente haya sido detenido. Es en este punto es dónde es preciso delimitar la función del abogado en las diligencias de entrada y registro y los efectos que pudiera conllevar la realización del mismo sin él.

En lo que respecta a los sujetos intervinientes en el acto, la declaración del interesado y de testigos en la entrada y registro pudiera ser relevante en el proceso, así como la concurrencia al acto de peritos, expertos en la materia delictiva concurrente, y la del intérprete, a fin de que el interesado pueda comprender la naturaleza y el fin de la diligencia a practicar. El acto de entrada y registro se hace bajo la fe pública del letrado de la Administración de Justicia y, por tanto, el acta podría contemplar, además de los objetos intervenidos, una descripción del estado de las cosas en que se encuentran en el momento de su realización, así como las declaraciones que el interesado, investigado o sospechoso manifiesten, así como la de aquellos que con él se encuentren (pudieran ser cómplices, testigos...). Relevante a tales efectos será determinar el valor probatorio de dichas declaraciones o circunstancias constatadas en el acta, así como determinar la naturaleza del registro, por cuanto podría considerarse como una actuación policial si la causa aún no ha sido judicializada, o una actuación judicial por cuanto participa de ella el letrado de la Administración de Justicia. No obstante, y de considerarla judicial, habrá que observar como influiría en su valor probatorio el hecho que supone que la misma no se haya producido ante el juez o magistrado, dando cumplimiento al principio de inmediación.

La intervención del ministerio fiscal en la diligencia de entrada y registro no está prevista en la regulación actual, pero sí en un borrador de anteproyecto de reforma de la LECrim¹⁸. La entrada en vigor del mismo supondría la mayor modificación de la organización de la instrucción desde la aprobación de la LECrim, ya que determinaría la competencia del ministerio fiscal para la instrucción de las causas, supeditado únicamente

¹⁸ Borrador de anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 25 de febrero de 2013.

al control legal y constitucional del juez de Garantías. En esta obra se estudiarán los efectos que dicha modificación legal tendrían sobre la práctica de la diligencia de entrada y registro.

Finalmente nos centraremos en la figura del letrado de la Administración de Justicia. La actuación del mismo en las entradas y registros es un requisito legal para su validez. No obstante, existe jurisprudencia contradictoria que merece la pena ser estudiada detenidamente acerca del alcance de la validez del acto de entrada y registro, o de actuaciones concretas dentro del mismo, llevadas a cabo sin la intervención de dicho fedatario (obviando las realizadas sin intervención jurisdiccional). Históricamente, su presencia no siempre ha sido legalmente requerida, y esto ha dado lugar a una manifiesta evolución jurisprudencial que ha determinado los requisitos y efectos de una entrada y registro hecha sin que esté presente.

Del mismo modo, y conforme a la legislación actual, estudiaremos las diversas funciones encomendadas al letrado de la Administración de Justicia dentro del ámbito de la diligencia de entrada y registro, y los incidentes y circunstancias que pueden concurrir en la misma.

Concluiremos con el examen minucioso sobre la correcta forma de proceder para la plena validez de un acta de entrada y registro que, a su vez, y de conformidad con los medios actuales, pudiera llevarse a cabo de modo informático, extremando así las garantías de su práctica.

En estas actuaciones se deben de garantizar los derechos del interesado a fin de que la prueba obtenida en la misma pueda ser ulteriormente determinada como válida en juicio. A su vez, en las mismas

se efectúan intervenciones de objetos de muy diversa naturaleza. Dependiendo de ésta, y a fin de ser individualizada, el letrado de la Administración de Justicia deberá recabar todos los datos necesarios, como medio de garantía para el procedimiento y para el propio investigado. Así pues, distinta será la reseña de objetos electrónicos que la de documentación intervenida u otros efectos.

A tal fin se dará relevancia a la necesaria utilización de actas digitales. Se estudiará la regulación legal que la ampara, el procedimiento a seguir, el contenido que debe tener y las garantías que supone. En la actualidad sería posible utilizar los medios informáticos y audiovisuales para la realización de estas actuaciones. Si bien directamente no se prevé en la ley expresamente, existen diversos preceptos de los que puede desprenderse la validez de tales actuaciones. Más aún partiendo de la base de que el uso de dichos medios incrementa las garantías del investigado y del proceso. En el presente trabajo se realizará un estudio de las ventajas e inconvenientes que supone su aplicación, el procedimiento para la ejecución de la misma y la posible resolución de incidencias que pudieran surgir, así como los medios existentes para determinar la autenticidad del acta así realizada y las ventajas sobre las técnicas manuales usadas en la actualidad.

La realización de un acta digital, finalmente, también contribuirá a eso que muchos han dado en llamar, la “dignificación del Cuerpo Superior de letrados de la Administración de Justicia”, ya que en pleno siglo XXI, las personas que componen este Cuerpo Superior aún se desplazan de las sedes judiciales y elaboran actas manualmente, en situaciones y lugares incluso de muy difícil acomodo e incluso insalubridad. El uso de la

tecnología, al alcance como veremos, debería ser un derecho en el ejercicio de la fe pública judicial.

En todos estos extremos se hará referencia a cómo hubieran quedado regulados los diversos preceptos relativos a la diligencia de entrada y registro de haber entrado en vigor el último borrador de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado en Consejo de Ministros en el año 2012.

Todas las cuestiones aquí mencionadas serán refrendadas por abundante jurisprudencia contradictoria, que expone lo controvertido de cada una de las cuestiones que aquí se tratan, así como las posiciones doctrinales existentes sobre las mismas.

3. METODOLOGÍA EMPLEADA

Señalado lo anterior, para llegar a las conclusiones de la presente tesis se ha llevado a cabo un trabajo teórico y práctico, combinando ambos elementos a fin de llegar al resultado aquí presentado.

Siendo el que suscribe letrado de la Administración de Justicia de un juzgado de instrucción durante la totalidad de los años en los que llevo embarcado en esta obra, la diligencia de entrada y registro es, y ha sido, práctica habitual de mi labor como fedatario público judicial.

A lo largo de estos años, muchas han sido las circunstancias y problemáticas que han surgido consecuencia de la realización práctica de multitud de entradas y registros propios (acordados por el órgano para el

que presto mis servicios) o ajenos (acordados por otros órganos, nacionales e internacionales, vía exhorto o comisión rogatoria) a los que he sentido necesidad de dar respuesta.

Apoyado siempre en la legislación vigente, escasa en esta materia, no siempre se tiene a mano durante la práctica de una diligencia de entrada y registro un criterio jurisprudencial unívoco sobre la forma de actuar, y es en este punto donde me planteo la necesidad de emprender la redacción de este texto.

Por supuesto, en ningún momento es posible dejar de lado lo dispuesto legalmente en el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, modificado esencialmente en esta materia por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal y la Ley 22/1995, de 17 de julio, mediante la que se garantiza la presencia judicial en los registros domiciliarios y, por supuesto, el Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de secretarios Judiciales (hoy letrados de la Administración de Justicia). Todo ello junto a normativa específica de los diversos cuerpos intervinientes que será objeto de análisis pormenorizado.

La doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo han tratado de cubrir las lagunas legales existentes, si bien las propias resoluciones de dichos órganos han evolucionado en el tiempo, adaptándose a los escasos, pero existentes, cambios legislativos. Las mismas son éstas las base y sustento esencial del presente trabajo, pues a través de tales resoluciones se pondrán de manifiesto los

problemas prácticos surgidos y las distintas soluciones aportadas. Como dificultad añadida, es usual que las resoluciones establezcan matices sobre diversos aspectos que son tratados en distintos epígrafes de la presente obra, por lo que he tratado de extraer de las mismas aquellos fragmentos útiles, relevantes y que aportan calidad y claridad al contenido de lo tratado individualmente en cada epígrafe.

Junto a ellas, siempre los recursos bibliográficos son de gran ayuda, a fin de contraponer las diversas soluciones dadas sobre una jurisprudencia contradictoria o que, simplemente, no se haya pronunciado sobre el determinado conflicto; o bien a fin de apuntalar la actual dirección jurisprudencial tomada.

Finalmente, y reiterando mi labor como letrado de la Administración de Justicia, ha sido de gran interés para mí en todos estos años idear un sistema que permita elaborar un acta digital de modo práctico y de sencillo uso, al alcance de cualquier compañero sin que en el mismo concurra una compleja formación. Los conocimientos informáticos que asumo y desarrollo desde mi infancia, no me permitían, desde mis inicios como letrado de la Administración de Justicia, dejar de lado los medios tecnológicos que los ciudadanos usamos a diario en el desempeño de la fe pública judicial.

Sin apartarme ni un ápice de la base legal que otorgan en esta materia esencialmente la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, así como las Leyes Orgánicas 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial

y la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, y por supuesto, el citado Reglamento Orgánico del Cuerpo Superior de Secretarios Judiciales, y con todas las cautelas previstas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal, tengo la convicción de que en pleno siglo XXI la elaboración de una acta digital en una entrada y registro no debería ser el futuro sino el presente, como plena garantía del procedimiento, del investigado y posición de la figura, función, y cargo que ocupa el letrado de la Administración de Justicia en dicho acto.

La práctica en el ejercicio de mi cargo durante estos años ha supuesto una evolución drástica en la digitalización del acta, tal y como será expuesto, ya que las dificultades encontradas siempre han sido analizadas y sus soluciones llevadas a la práctica con perfecto encaje legal, lo cual me ha llevado incluso a considerarla necesaria y aplicarla de modo satisfactorio para otros usos distintos al propio de la presente obra constreñido a la diligencia de entrada y registro, pero todos ellos en el ejercicio de la fe pública judicial.

TÍTULO I.

**SUJETOS INTERVINIENTES EN LA
DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO
DOMICILIARIO EN LA JURISDICCIÓN PENAL**

CAPÍTULO I.

EL JUEZ O MAGISTRADO

Uno de los principales protagonistas de la diligencia de entrada y registro domiciliario es el juez o magistrado, si bien su actuación esencial tiene lugar en un momento anterior al de su práctica, ya que debe ser el que por medio de su auto, estime necesaria la inmisión en el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio prevista en el art. 18.2 de la CE, como consecuencia de la existencia de indicios de la comisión de hechos delictivos para cuya investigación la diligencia resulte necesaria.

El juez que conoce de la causa podría, de oficio, y en el curso de sus actuaciones, acordar un registro si considera que de la práctica del mismo podrá obtenerse prueba relevante para la instrucción¹⁹. No obstante, por el curso normal de los hechos y la actuación puramente investigadora de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, serán éstos los normales impulsores de la diligencia objeto de estudio.

El momento procesal usual en el que se solicite será como primera actuación tras la judicialización de la causa, con el fin sorpresivo propio de la naturaleza de esta diligencia. También puede tener lugar en un momento posterior, ejemplo de ello cuando la causa se judicializó inicialmente a fin de solicitar previas intervenciones telefónicas, las cuales pudieron facilitar los datos necesarios para identificación de los investigados y la correspondiente recopilación de hechos que den

¹⁹ Vid. SIGÜENZA LÓPEZ, J., *Sistema judicial español*, 7ª edición, Ediciones Laborum, 2019, pp 173 y 174, sobre el principio de oficialidad de la acción en el orden jurisdiccional penal y el principio de investigación de oficio.

fundamento a la motivación del auto que autorice el registro. Finalmente, puede concurrir en cualquier momento posterior, siempre y cuando se considere necesario y proporcionado para la averiguación de la actividad delictiva.

Del mismo modo, el ministerio fiscal podría, consecuencia de diligencias de investigación tramitadas en fiscalía previas a su judicialización²⁰ o en el marco de diligencias previas de procedimiento abreviado en causa ya judicializada, solicitar del órgano competente la realización de un registro, por cuanto queda entre sus funciones la petición de las pruebas que considere pertinentes para la averiguación del delito²¹. Así mismo, también estaría facultado para solicitarla el querellante²².

En todo caso, únicamente el juez con competencia para ello podrá dictar un auto que autorice una entrada y registro válido. La mencionada resolución deberá contemplar el cumplimiento de unos presupuestos que, si bien no han sido positivados en ningún texto legal de modo pormenorizado, sí que han sido detallados a través de múltiples resoluciones por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

²⁰ Art. 5 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del ministerio fiscal. En todo caso, si del resultado de las diligencias de investigación se requiriese la realización de una entrada y registro, previo a solicitar el mismo la causa deberá judicializarse, a fin de que sea el juez, en garantía del derecho fundamental afectado, el que dicte el auto motivado que lo autorice.

²¹ Art. 3.1 la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del ministerio fiscal, que establece entre sus funciones la de "Intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos o instruyendo directamente el procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, pudiendo ordenar a la policía judicial aquellas diligencias que estime oportunas."

²² Art. 277.5 de la LECrim.

Una vez dictado el auto, la intervención del juez aún puede ser imprescindible, ya que es posible que, en el curso de la realización fáctica de la entrada y registro, pudieran aparecer objetos indiciarios de la comisión de delitos no contemplados en el auto inicial. En este punto será objeto de estudio la posible ampliación del auto, e incluso el posible dictado de un auto oral, que en tal caso sería documentado en un momento posterior.

La presencia del juez en el registro no está exigida por Ley, sin perjuicio de que su presencia pudiera reforzar el principio de inmediación propio de las actuaciones judiciales en el procedimiento penal, del mismo modo que éste actúa en otras diligencias como el reconocimiento judicial o el levantamiento de cadáver por muerte violenta.

1. Juez competente para ordenar la entrada y registro

El artículo 546 de la LECrim prevé que el juez competente para ordenar una entrada y registro es aquel que conoce de la causa²³. A su vez, el art. 774 de la LECrim establece que todas las actuaciones judiciales relativas a delitos se registren como diligencias previas. De ambos preceptos debemos concluir que, habiéndose puesto en conocimiento de un órgano judicial una actividad delictiva, el mismo incoará diligencias previas, en el ámbito de las cuales podrá dictar un auto que autoriza la

²³ “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”.

entrada y registro cuando se considere imprescindible para el esclarecimiento de los hechos instruidos, y bajo el cumplimiento de los más rigurosos principios y presupuestos constitucionales existentes, como consecuencia de quedar afectado el derecho fundamental de inviolabilidad de domicilio.

En sentido contrario, y con base en el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley regulado en el art. 24 de la CE, esto supone que si el órgano judicial ante el que se solicita la entrada y registro tiene conocimiento que otro órgano jurisdiccional está ya conociendo de la causa, deberá declararse incompetente en favor del aquel. Así lo hará independientemente de que sea en este último partido judicial donde se encuentre el domicilio a investigar, ya que el órgano competente para el dictado del auto que autorizará (o denegará) la entrada y registro será el que ya conocía del procedimiento con anterioridad, que es, por lo demás, el que dispone del conocimiento de todos los aspectos del procedimiento y, por tanto, de los datos precisos para determinar si la medida es adecuada y conveniente²⁴. Autorizado, en su caso, el registro por el órgano competente, se exhortará al del partido judicial donde se ubique el domicilio para su cumplimentación.

Si bien éste pudiera ser el supuesto básico, no es menos cierto que la realidad da lugar a otras hipótesis diferentes. Lógicamente, el principal problema radica en que el órgano judicial que conoce de la causa no está de guardia permanente, y las peculiaridades de los sujetos y delitos

²⁴ Pudiera ser que el juez que conoce de la causa no considere necesario practicar una entrada y registro en un domicilio por cuanto ya tiene prueba suficiente para imputar el delito y concluir la instrucción sin llevarlo a cabo. Tal y como veremos, no deben autorizarse registros superfluos o innecesarios, al quedar afectado un derecho fundamental.

investigados podrían requerir el dictado de un auto que autorice la entrada y registro fuera de las horas de audiencia del mismo. Esta problemática aún se acrecienta en aquellos supuestos en los que el domicilio para que el que se solicite la entrada y registro se encuentre fuera del partido judicial del juzgado que conoce de la causa. Pasamos, así, al estudio pormenorizado de los diversos conflictos competenciales que pueden concurrir:

A) Solicitud urgente de una entrada y registro dentro del partido judicial del órgano que conoce de la causa pero fuera de las horas de audiencia

En este supuesto debemos referirnos únicamente a aquellas solicitudes que fueran perentorias, ya que, si no lo fueran debería solicitarse el dictado de un auto que autorice la entrada y registro al órgano judicial que conoce de la causa en el día siguiente hábil.

Encontrándose, pues, éste fuera de horas de audiencia, si los agentes de la policía judicial consideran que la medida es inaplazable, deberán solicitar su adopción al juez del órgano de guardia de ese partido, ilustrándole, como es lógico, ya que no conoce de la causa, de los antecedentes del supuesto fáctico y de las circunstancias que determinan la urgencia de su realización y la necesidad de afectar el derecho fundamental de inviolabilidad de domicilio.

Una vez acordadas y practicadas las actuaciones en funciones de guardia se trasladará lo actuado al juez que conoce de la causa para que curse las actuaciones que, consecuencia del registro realizado, considere pertinentes.

B) Solicitud urgente de una entrada y registro fuera del partido judicial del órgano que conoce de la causa

Puede ocurrir también que, en un partido judicial distinto a aquel en que tiene reconocida competencia el tribunal que conoce del procedimiento, se hayan realizado determinadas diligencias relacionadas con la causa de la que aquél conoce (por ejemplo, una detención). En tal caso, la cuestión a dilucidar es si el juez del partido judicial donde se produjo la detención podría acordar un auto de entrada y registro en un domicilio de su propio partido judicial no teniendo conocimiento de la causa principal.

Dos son las soluciones posibles:

La primera de ellas pasa por entender que los agentes que llevan a cabo la investigación deban poner en conocimiento del Juzgado que conoce del procedimiento el hecho de la detención y soliciten el dictado de un auto de entrada y registro en el domicilio de quien se encuentra investigado, lo que, de acordarse, daría lugar a la remisión de exhorto para su realización.

Algunos autores dan una segunda solución a este problema. Así, MAGRO SERVET considera que es conforme a derecho el auto que autoriza la entrada y registro emitido por un juez que no tendrá la competencia para la instrucción de la causa bajo el fundamento de las diligencias de prevención a las que el art. 307 de la LECrim hace referencia. Ello otorga competencia para dictar dicho auto al juez que está conociendo del hecho delictivo como consecuencia, por ejemplo, de una detención de la cual se considera urgente y necesaria la realización del registro, y aún a sabiendas

que no será competente para continuar con la instrucción de la causa, habilitándole incluso a librar exhorto para que dicho registro se lleve a cabo en partido judicial distinto, si así fuese necesario²⁵.

Trato en este punto de dilucidar quién debe ser el órgano competente para dicta el auto que autoriza la entrada y registro en los diversos supuestos que pueden concurrir, si bien, y quedando afectado el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la Ley, es el Tribunal Constitucional el órgano que ha dado respuesta a ello, considerando que *“La vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley ha de ser desestimada, pues a la luz de la constante jurisprudencia de este Tribunal, las cuestiones relativas a la competencia entre órganos judiciales son ajenas al contenido de dicho derecho. Este únicamente exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional, ... exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por Ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente”*²⁶.

²⁵ MAGRO SERVET, V., “Problemas y soluciones ante la determinación del juez competente para acordar una entrada y registro cuando concurren dos partidos judiciales”, Elderecho.com - http://www.elderecho.com/penal/Problemas-soluciones-determinacion-competente-judiciales_11_199555008.html, que literalmente reseña que “es admisible también y sin ningún problema de orden competencial que un juez incompetente por razón del conocimiento inicial del asunto podría dictar el auto en el ámbito de las diligencias de prevención (arts. 307 y 13 de la LECrim), lo que sería este caso de que la pudiera acordar el juez de guardia ante el que se presentan los detenidos, lo que daría lugar a que la diligencia fuera correcta absolutamente”.

²⁶ STC 95/1988, de 26 de mayo (LA LEY 1009-TC/1988).

El principio del juez ordinario predeterminado por Ley se asienta en tres pilares básicos para el Tribunal Constitucional: la prohibición de instituir órganos jurisdiccionales a no ser por una ley en sentido estricto (no necesariamente mediante ley orgánica)²⁷; la prohibición de Tribunales especiales²⁸; y la posibilidad de determinar con absoluta certeza el órgano llamado a resolver sobre un hecho delictivo desde el momento de su comisión²⁹.

Pero no cabe confundir el contenido del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley con el derecho a que las normas sobre distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales se interpreten en un determinado sentido; pues, en todo caso, la interpretación de las normas que regulan la competencia y, por consiguiente, la determinación de cuál sea el órgano competente, son cuestiones que corresponden en exclusiva a los propios Tribunales de la jurisdicción ordinaria y los criterios de aplicación de la delimitación de competencias entre distintos órganos jurisdiccionales no es por sí sola materia que sea objeto del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley³⁰.

²⁷ SSTC 95/1988, de 26 de mayo (LA LEY 1009-TC/1988) y 101/1984, de 8 de noviembre (LA LEY 349-TC/1985).

²⁸ El concepto de juez ordinario predeterminado por la ley, a que se refiere el art. 24.2 de la CE guarda, según recogen las SSTC 75/1982, de 13 de diciembre (LA LEY 106-TC/1983) y 4/1990, de 18 de enero (LA LEY 1402-TC/1990), puede quedar vulnerado cuando un asunto se sustrae indebida o injustificadamente de la jurisdicción ordinaria y se atribuye a una jurisdicción especial.

²⁹ Las SSTC 199/1987, de 16 de diciembre (LA LEY 53413-JF/0000) y 47/1983, de 31 de mayo (LA LEY 7926-JF/0000) sostienen que estos criterios de generalidad y anterioridad constituyen la garantía de la inexistencia de jueces "ad hoc" y prohíben la aplicación retroactiva de normas modificadoras de la competencia.

³⁰ La STC 171/1999, de 27 de septiembre (LA LEY 12124/1999) considera "válido por los argumentos expuestos una entrada y registro domiciliario dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Fuengirola --en el marco de unas diligencias indeterminadas

Incide el Tribunal Constitucional en considerar que el derecho al juez predeterminado por la Ley únicamente puede quedar en entredicho cuando un asunto se sustraiga indebida o injustificadamente al órgano al que la Ley lo atribuye para su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencias con manifiesta arbitrariedad³¹.

incoadas por el mismo-, no siendo competente al efecto y, por tanto, no siendo el juez predeterminado por la ley, dado que previamente se habían incoado diligencias previas por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de la misma ciudad, circunstancia que constaba en la solicitud policial. De conformidad con las normas procesales aplicables, resultaba competente el Juzgado de Instrucción núm. 3 (arts. 8 y ss. LECrim.), ya que no constaba imposibilidad alguna para que dicha resolución fuera dictada por este órgano". No obstante el Tribunal Constitucional considera que "el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Fuengirola es un órgano jurisdiccional dotado de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación y, en ningún caso, su régimen orgánico y procesal permite calificarlo de órgano especial o excepcional. Por tanto, aun cuando se hubiera producido alguna irregularidad procesal, dudosa en todo caso, dado que dicho Juzgado era el que estaba de guardia el día en que se solicitó el registro, ésta en nada afectaría al derecho invocado". Dicha sentencia cita, entre otras, las SSTC 43/1987, de 8 de abril (LA LEY 88644-NS/0000), fundamento jurídico 2; 6/1996, fundamento jurídico 2; 6/1997, fundamento jurídico 3; 64/1997, fundamento jurídico 2, y 238/1998, fundamento jurídico 3, entre otras muchas; y las SSTC 43/1984, de 26 de marzo (LA LEY 292-TC/1984), fundamento jurídico 2; 43/1985, fundamento jurídico 1; 93/1988, fundamento jurídico 2; en sentido similar 49/1999, fundamento jurídico 2).

En este mismo sentido, la STC 126/2000, de 26 de mayo (LA LEY 8955/2000) recuerda que constituye reiterada jurisprudencia de este Tribunal que el derecho al juez predeterminado por la Ley, reconocido en el art. 24.2 de la CE, configura la garantía de que el órgano judicial llamado a conocer del asunto haya sido creado previamente por la norma, esté investido de jurisdicción y competencia antes del hecho que motiva su actuación y de que su régimen orgánico no permita ser calificado de especial o excepcional. Ya anteriormente dicho criterio había sido fijado, entre otras muchas, por las SSTC 47/1983, de 31 de mayo (LA LEY 7926-JF/0000), 148/1987, de 28 de septiembre (LA LEY 870-TC/1987), 39/1994, de 15 de febrero (LA LEY 2468-TC/1994) y 6/1997, de 13 de enero (LA LEY 1526/1997).

A mayor concreción, el Tribunal Constitucional, en su STC 193/1996, de 26 de noviembre (LA LEY 204/1997), declara que *"el derecho al llamado juez legal comprende, entre otras consideraciones, la exclusión de las distintas modalidades del juez "ad hoc", excepcional o especial, junto a la exigencia de la predeterminación del órgano judicial, predeterminación que debe tener por origen, una norma dotada de generalidad, y que debe haberse dictado con anterioridad al hecho motivador del proceso, respetando en todo, la reserva de ley en la materia"*.

³¹ STC 25/2000, de 31 de enero (LA LEY 4148/2000), que hace suyos los pronunciamientos de lo ya expresado en la STC 262/1994, de 3 de octubre (LA LEY 13018/1994). A mayor abundamiento, las SSTC 8/1998, de 13 de enero (LA LEY 1394/1998) Y 35/2000, de 14 de febrero (LA LEY 5701/2000), consideran que las

El Tribunal Supremo ha seguido esta línea marcada por el Tribunal Constitucional, partiendo de la diferenciación entre la competencia y las normas de reparto. *“Las reglas de reparto constituyen disposiciones internas de ordenación de la carga de trabajo de los diversos jueces predeterminados por la ley que pueden instruir o enjuiciar una causa criminal. Aunque sean públicas, estas normas tienen un carácter interno. Por lo tanto, su infracción no es la infracción del derecho a ser juzgado por el juez predeterminado por la ley, sino de normas de menor jerarquía”*³².

La defensa del derecho fundamental recogido en el art. 24 de la CE a un juez predeterminado por la Ley supone, a juicio del Tribunal Supremo, que *“la infracción de las normas de reparto solo podrán ser consideradas a los efectos de la lesión de un derecho fundamental, si de ellas se puede derivar en el caso concreto que el acusado, como consecuencia de la infracción no fue juzgado por un juez imparcial”*³³.

cuestiones de competencia reconsiderables al ámbito de la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de dicha competencia entre órganos de la jurisdicción ordinaria no rebasan el pleno de la legalidad careciendo por tanto de relevancia constitucional.

En el mismo sentido STC 219/2006, de 3 de julio (LA LEY 88159/2006), en el que se impugna la competencia de un Juzgado para autorizar un registro debiendo corresponder a otro por normas de reparto. El Tribunal Constitucional entiende que ambos tribunales tienen la misma competencia objetiva, territorial y funcional, distribuyéndose entre ellos los asuntos conforme a normas de reparto, *“y, en todo caso, debe reconocerse que es procesalmente correcto que, por razones de urgencia, los órganos jurisdiccionales puedan actuar a prevención, con independencia de poder hacerlo igualmente por delegación, prestando auxilio jurisdiccional a otros órganos judiciales cuando existan razones de urgencia”*.

³² STS 1313/2000, de 21 de julio (LA LEY 151489/2000).

³³ STS 1313/2000, de 21 de julio (LA LEY 151489/2000). En el mismo sentido, STS 697/2012, de 2 de octubre (LA LEY 151058/2012) y la STS 629/2011, de 23 de junio (LA LEY 98682/2011), que determina que la mera discrepancia interpretativa sobre la normativa legal que distribuye la competencia sobre los órganos de la jurisdicción penal ordinaria, no constituye infracción del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la Ley.

En todo caso, y concluyendo con tal exposición, aquel investigado que considere que está siendo juzgado por un juez imparcial deberá plantearlo de ante el tribunal, debiendo formalizarse de conformidad con lo dispuesto en el art. 240.2 de la LOPJ³⁴.

Concluye recientemente el Tribunal Supremo que *“los efectos anulatorios de los arts. 11, 238.1 y 2 y 240 de la LOPJ únicamente se producirían en los casos en que las diligencias hubieran sido acordadas por un juez de otro ámbito jurisdiccional, sin competencia objetiva para la investigación de delitos”*³⁵, considerando que tal cuestión se ciñe a una mera cuestión de competencia, por cuanto *“cuando la disputa se centra en cuál debe ser el órgano jurisdiccional, al que, dentro de la jurisdicción ordinaria corresponde al conocimiento de determinado asunto, la decisión que resuelve tal disputa, aunque pueda entenderse contraria a las normas*

³⁴ El cual regula el procedimiento y momento procesal para poner de manifiesto ante el juez o Tribunal la concurrencia de causa de nulidad que vicia los actos procesales llevados a cabo. En tal sentido establece que *“1. La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate, o por los demás medios que establezcan las leyes procesales.*

2. Sin perjuicio de ello, el juzgado o tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular.

En ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal.”

³⁵ STS 237/2015, de 23 abril (LA LEY 55080/2015), en cuyo caso concreto se consideró que no concurrió ya que el juzgado que autorizó el registro estaba funcional y objetivamente habilitado para ello de conformidad al art. 22.2 de la LECrim, y al art. 243.1 de la LOPJ en orden al principio de conservación de los actos encaminados a la investigación de delitos.

*procesales, no entraña por sí misma una vulneración del derecho constitucional garantizado*³⁶.

Así pues, *“en modo alguno ha sido vulnerado el derecho al juez predeterminado por la Ley en cuanto ha conocido un tribunal ordinario, investido de jurisdicción y competencia con anterioridad a los hechos”*³⁷.

La problemática práctica que supone la tesis adoptada por el Tribunal Constitucional y acogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo podría dar lugar a permitir a la policía judicial acudir directamente ante el órgano judicial del partido del domicilio dónde se pretende hacer la entrada y registro, sin haberlo puesto en conocimiento del órgano que conoce del procedimiento principal; o incluso en aquellos supuestos en los que el órgano que conoce del asunto la halla denegado, independientemente de los motivos dados.

Como norma general, la realización de una entrada y registro no debe ser la primera actuación de la policía judicial, sino que la misma debe tener origen en unas vigilancias previas, e incluso en la adopción de otras

³⁶ STS 818/2011, de 21 de julio (LEY 119772/2011) argumentando al respecto que *“las cuestiones de competencia tienen en el proceso penal ordinario su cauce adecuado de proposición con anterioridad a la celebración del juicio (declinatoria de jurisdicción, art. 666 de la LECrim), y su propio sistema de recursos”*.

³⁷ STS 818/2011, de 21 de julio (LEY 119772/2011), la cual a su vez cita la STS 134/2010, de 2 de diciembre (LA LEY 27022/2010), que afirma que *“las cuestiones relativas a la interpretación de las normas sobre atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales son, en principio, cuestiones de legalidad ordinaria y ajenas, por tanto, al derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, salvo que esa interpretación suponga una manipulación manifiestamente arbitraria de las reglas legales sobre atribución de competencias (por todas, STC 115/2006, de 24 de abril (LA LEY 57613/2006), F. 9). De forma que no puede confundirse, por tanto, el contenido de este derecho fundamental con el derecho a que las normas sobre distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales se interpreten en un determinado sentido (entre muchas, SSTC 238/1998, de 15 de diciembre (LA LEY 641/1999); 183/1999, de 11 de octubre (LA LEY 284/2000), 220/2009 de 21 diciembre (LA LEY 240120/2009))”*.

medidas incluso restrictivas de otros derechos fundamentales, como la interceptación de las comunicaciones telefónicas, que a su vez requieran auto para su adopción. De ello se concluye que, en la inmensa mayoría de los supuestos en los que se solicita un auto que autorice una entrada y registro, debe existir un procedimiento previo, el cual habrá sido repartido conforme a las normas de reparto aprobadas y que, por tanto, determinarán al juez que conoce de la causa previamente como único órgano competente al que debería dirigirse la solicitud de entrada y registro.

2. Requisitos del auto que autoriza la entrada y registro

Como ya se expresó anteriormente, los requisitos que debe contener el auto que autoriza la entrada y registro no se encuentran exhaustivamente contemplados en ningún texto legal, y ha sido la jurisprudencia la que ha ido decantándolos de modo reiterado. Los presupuestos y criterios a seguir han sido fijados por el Tribunal Constitucional, que ha determinado que la motivación del auto que acuerda el registro es esencial³⁸, y en reiteradas sentencias ha fijado el criterio que del mismo modo ha tenido su reflejo, como no podía ser de

³⁸ STC 94/1999, de 31 de mayo (LA LEY 8094/1999), en su Fundamento Jurídico Cuarto; en la línea reforzada por la doctrina creada partir de las SSTC 290/1994, de 27 de octubre (LA LEY 13046/1994), 50/1995, de 25 de febrero (LA LEY 13050/1995) y STC 76/1992, de 14 de mayo (LA LEY 1939-TC/1992), al respecto este último del auto que acuerda la entrada y registro en el ejercicio de la ejecución forzosa por la administración, siempre habiéndose recabado de modo previo el consentimiento al interesado y no con fines sorpresivos.

otra forma, en sentencias del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales³⁹.

Según dicha doctrina la citada resolución debe contener los siguientes apartados:

- a. Determinación expresa de las circunstancias espaciales (lugar en el que se debe de llevar a cabo la diligencia de entrada), temporales (fecha y hora en la que la entrada se debe producir) y, a ser posible, personales (de los propietarios u ocupantes de los domicilios⁴⁰).
- b. Expresión de la "*noticia criminis*", bastando la sospecha fundada de que se podría cometer o se está cometiendo un determinado delito.
- c. La justificación de la idoneidad y la necesidad de la medida en relación con el fin perseguido en la investigación.

³⁹ SSTC 181/1995, de 11 de diciembre (LA LEY 724/1996); 290/1994, de 27 de octubre (LA LEY 13046/1994); ATC 30/1998, de 28 de enero (LA LEY 1773/1998) y 239/1999, de 20 de diciembre (LA LEY 3414/2000), que encuentran su reflejo, entre otras, sentencias de la AP de Murcia, Sección 5ª, 61/2006, de 20 de diciembre (LA LEY 295933/2006, Fundamento Jurídico Segundo); sentencia de la AP de Murcia, Sección 5ª, 45/2007, de 29 de noviembre (LA LEY 330336/2007, Fundamento Jurídico Cuarto); y sentencia de la AP de Murcia, Sección 5ª, 10/2009, de 11 de febrero (LA LEY 108365/2009, Fundamento Jurídico Segundo).

⁴⁰ Este requisito se contempla en las SSTC 181/1995, de 11 de diciembre (LA LEY 724/1996); 290/1994, de 27 de octubre (LA LEY 13046/1994); ATC 30/1998, de 28 de enero (LA LEY 1773/1998) y 239/1999, de 20 de diciembre (LA LEY 3414/2000)). A su vez que establecen que: "El órgano judicial deberá precisar con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de la entrada y registro, y de ser posible también las personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión)". Tal enumeración literalmente podemos hallarla redactada en diversas sentencias de la AP de Murcia (vid. Sentencias de la AP de Murcia 61/2006, de 20 de diciembre (LA LEY 295933/2006); 45/2007, de 29 de noviembre (LA LEY 330336/2007); y 10/2009, de 11 de febrero (LA LEY 108365/2009), entre otras.

d. La expresión, en su caso, de las sospechas que justifican que se puedan encontrar pruebas o que la no práctica de la diligencia de entrada pueda dificultar la obtención de pruebas por mecanismos menos onerosos para los derechos constitucionales.

e. La expresión del riesgo real de otros bienes constitucionales que puedan resultar dañados en caso de no producirse la entrada.

f. La proporcionalidad de la medida en relación con las personas objeto de investigación, es decir la relación de conexión entre las personas afectadas por la medida de entrada en el domicilio y la investigación del delito. Consecuencia con lo anterior, un auto judicial que no reúna una motivación suficiente en la que se exterioricen, de forma más o menos extensa, las circunstancias señaladas, no cumpliría las exigencias constitucionales para la validez de la limitación acordada del derecho fundamental, y por ello carecería de validez al estar viciado dicho auto de nulidad.

Junto a los citados requisitos, existen otros elementos que, del mismo modo, se han considerado necesarios y tienen su origen en el texto legal. La LECrim determina que el auto deba contemplar si el registro se llevará en horas diurnas, o (motivadamente) podrá iniciarse o continuar durante horas nocturnas; y subrayará las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado actuantes (sobre los que recae el mandamiento para su intervención, como delegados del juez).

La jurisprudencia, a la luz de los recursos planteados, también ha discernido acerca de la esencialidad de la firma en el citado auto.

A) Concreción y motivación del auto

En relación con esta primera cuestión, la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo ha concluido que *“la decisión judicial que autorice la injerencia debe motivar su adopción comprobando que los hechos para cuya investigación se solicita revisten caracteres de delito y que la solicitud y adopción guardan la debida proporcionalidad entre el contenido del derecho fundamental afectado y la gravedad del hecho delictivo investigado”*⁴¹.

No sólo eso. Además, para el máximo intérprete de nuestro texto constitucional, el Tribunal Constitucional, adquiere especial importancia que se motive adecuadamente la proporcionalidad de la medida, atendiendo a la gravedad del delito instruido, y a la concreción de los sujetos y hechos investigados, así como de su conexión⁴².

⁴¹ STS 58/2010, de 10 febrero (LA LEY 1563/2010), y en el mismo sentido, 1019/2003 de 10 de julio (LA LEY 121699/2003) y 1393/2005 de 17 de noviembre (LA LEY 10478/2006).

⁴² La STC 290/1994, de 27 de octubre (LA LEY 13046/1994), fijó la doctrina constitucional en este sentido, determinando que el auto que autorizaba la entrada y registro era donde residía la legitimidad del registro domiciliario, considerado como “requisito necesario, y suficiente por sí mismo, para dotar de base constitucional a la invasión del hogar”. El Tribunal Constitucional en sus resoluciones posteriores centra su análisis en la existencia de resolución judicial habilitante dictada en el curso de un proceso judicial, en la motivación suficiente de la resolución y que la misma se ajuste a los principios de proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad de la medida, de tal modo que “esa motivación para ser suficiente debe expresar con detalle el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo” (SSTC 62/1982, de 15 de octubre (LA LEY 7232-JF/0000); 13/1985, de 31 de enero (LA LEY 9639-JF/0000); 151/1997, de 29 de septiembre (LA LEY 10209/1997); 175/1997, de 27 de octubre (LA LEY 11153/1997); 200/1997, de 24 de

No obstante, y respecto al alcance de la motivación, el Tribunal Supremo la sitúa en aquella dificultosa zona intermedia que existe entre la necesaria justificación con base en datos objetivos, sustento de la posible comisión de un delito, fuera de valoraciones subjetivas, con el límite que supone que *“la resolución no ha de consistir en la aportación de pruebas acabadas de la comisión del ilícito, pues en tal caso no sería ya necesaria la practica de más diligencias de investigación, sino, tan solo, la de fundadas sospechas del actuar delictivo que requieran la confirmación a través del resultado que pudiera arrojar precisamente el registro”*⁴³.

Así pues, la legitimidad del auto depende de la necesidad de la medida en atención a la sospecha existente y a la información de la que el juez dispone en el momento de adoptarla, sin ser necesario que el Tribunal estime que concurren indicios racionales de criminalidad para poder adoptarla, estándar más propio de la adopción del procesamiento, toda vez que aquella puede surgir en el ámbito de la investigación policial y *“precisamente, para profundizar en una investigación no acabada, por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios”*.

Con todo, como ha subrayado el Tribunal Constitucional, no resulta tolerable ordenar esta diligencia por meras apreciaciones subjetivas, ya que ello supondría dejar la conculcación de un derecho fundamental al

noviembre (LA LEY 149/1998); 177/1998, de 14 de septiembre (LA LEY 9561/1998); 18/1999, de 22 de febrero (LA LEY 2883/1999), y 239/1999, de 20 de diciembre (LA LEY 3414/2000)).

⁴³ SSTS 58/2010 de 10 febrero (LA LEY 1563/2010), 1019/2003 de 10 de julio (LA LEY 121699/2003) y 1393/2005 de 17 de noviembre (LA LEY 10478/2006).

exclusivo deseo del investigador⁴⁴. Por tanto, *“resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión”*⁴⁵, de tal modo que incluso se permita la ulterior valoración de la corrección de la decisión por los Tribunales encargados de su revisión⁴⁶.

Se concluye, por tanto, que para la *“injerencia en su derecho constitucionalmente protegido se aporten cualquier tipo de datos fácticos o buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones se han cometido o están a punto de cometerse”*⁴⁷. Dicho con otras palabras, algo más que meras sospechas, pero algo menos que los indicios racionales que se exigen por el art. 384 de la LECrim para el procesamiento⁴⁸. *“El sustituto de la medida no ha de consistir en la aportación de pruebas acabadas de la comisión del ilícito, pues en tal caso no sería ya necesaria la práctica de más diligencias de investigación, sino, tan solo, la de fundadas sospechas del actual delitito que requieran la confirmación a través del resultado que pudiera arrojar precisamente el registro”*⁴⁹.

⁴⁴ ALONSO PEREZ, F., “Formalidades en la práctica de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado”, Diario La Ley, nº 5643, 2002, p. 1840, referencia a tales efectos la STC 8/2000, de 17 de enero (LA LEY 3416/2000).

⁴⁵ SSTs 171/1999, de 27 de septiembre (LA LEY 12124/1999) y 58/2010, de 10 febrero (LA LEY 1563/2010).

⁴⁶ STS 999/2004, de 19 de septiembre (LA LEY 14043/2004).

⁴⁷ La STS 58/2010, de 10 febrero (LA LEY 1563/2010) refiere en este sentido la SSTEDH de 6 de septiembre de 1978 caso Klass (LA LEY 75/1978) y de 15 de junio de 1992 caso Ludi (LA LEY 8833/1992).

⁴⁸ La STS 58/2010 de 10 febrero (LA LEY 1563/2010) refiere en este sentido a SSTC 49/1999, de 4 de abril, 200/2000, de 11 de diciembre, 138/2001 de 17 de julio, 167/2002, de 18 de septiembre, STS 16/2007, de 16 de enero.

⁴⁹ Establece la STS 58/2010, de 10 febrero (LA LEY 1563/2010) recogiendo los fundamentos propios de la previa STS 1019/2003, de 10 de julio (LA LEY 121699/3003) que dispone que *“el sustento de la medida no ha de consistir en la aportación de pruebas acabadas de la comisión del ilícito, pues en tal caso no sería ya necesaria la práctica de más diligencias de investigación, sino, tan sólo, la de fundadas sospechas del actuar delictivo que*

El Tribunal Supremo hace constar la diferencia de la diligencia de entrada y registro con otras medidas cautelares (como pudieran ser el procesamiento y la prisión). Para su adopción en todas ellas debe concurrir el “periculum in mora”, así como el “fumus boni iuris”, pero tal apariencia tiene una intensidad menor a la exigible cuando el delito ya ha sido descubierto. Consecuencia de ello *“basta con una sospecha objetivada en datos concretos que conduzcan a tal inferencia para que la resolución habilitante pueda estimarse fundada”*. Y se justifica en que *“lo que no se puede pretender es que por el propio juez se justifiquen exhaustivamente las causas o motivos de su acuerdo, pues ello, amen de su imposibilidad en la mayoría de los casos, devendría racionalmente en una tardanza innecesaria en la actividad policial y, en suma, en una mayor impunidad de los delitos cometidos. O lo que es lo mismo, este tipo de resoluciones no cabe ser consideradas como ilegales por falta de motivación, siempre, eso sí, que cumplan los requisitos primarios que estable la LECrim”*⁵⁰.

En este punto, en diversas ocasiones la jurisprudencia se ha tenido que cuestionar si debe considerarse válido un auto que pudiera observarse vacío de contenido inicialmente, cuya motivación se completa por remisión al oficio emitido por las fuerzas actuantes que solicitan la entrada y registro. Para tales casos, el Tribunal Constitucional ha considerado que dicha remisión es válida siempre y cuando se trate de *“completar algunos extremos del mandamiento de entrada y registro con los detalles que se hagan constar en el oficio policial solicitando la medida,*

requieran la confirmación a través del resultado que pudiera arrojar precisamente el registro”.

⁵⁰ STS de 31 de octubre de 1995 (LA LEY 2791/1995).

*incluso asumiendo las razones expuestas en éste*⁵¹, estimando suficiente que la motivación fáctica se remita así a los elementos fácticos que consten en la solicitud policial, que el juzgador tomó en consideración para adoptar la diligencia de entrada y registro.

El Tribunal Supremo incide en que no es exigible a la autoridad judicial cuestionar el contenido del Oficio por el que se solicita un registro por la policía judicial, puesto que, precisamente, a través de la práctica de la diligencia lo que se pretende es obtener la prueba que confirme o contradiga los mismos⁵².

Concluye el Tribunal Supremo, partiendo de la base de que lo deseable es que el auto que autorice el registro domiciliario contenga la totalidad de extremos que justifiquen la intervención a practicar, se permite que el mismo quede integrado por remisión al Oficio policial, siempre y cuando de ambos se observen los elementos necesarios para cubrir la exigencias legales y constitucionales para la validez de su realización⁵³, y recuerda que el Tribunal Constitucional *“ha venido*

⁵¹ SSTC 49/1999, de 5 de abril (LA LEY 4215/1999); 139/1999, de 22 de julio (LA LEY 9594/1999); 123/1997, de 1 de julio (LA LEY 7874/1997); STS 638/2005, de 18 de mayo (LA LEY 12608/2005).

⁵² La STS 58/2010, de 10 febrero (LA LEY 1563/2010) que recoge lo ya referido en este sentido en la STS 1231/2004, de 22 de octubre (LA LEY 224782/2004) y ATS 173/2007, de 25 de enero de 2007 (LA LEY 4187/2007), ya que *“no es exigible a la autoridad judicial verificar la veracidad de los datos suministrados por la Policía como requisito previo al auto habilitante, porque no existe una presunción de inveracidad de los informes policiales y porque la práctica de diligencias judiciales para confirmar la realidad de los datos suministrados por los servicios policiales del Estado supondrían una notoria dilación incompatible con la urgencia que de ordinario requiere esta clase de actuaciones”*. Del mismo modo que *“no sería lógico que abriese una investigación paralela al objeto de comprobar los datos suministrados por la policía judicial”*.

⁵³ Recoge la STS 1263/2004, de 2 de noviembre (LA LEY 10265/2005) el criterio dispuesto previamente por la STC 67/2002, de 18 de septiembre (LA LEY 7757/2002), que es acogido igualmente entre otras por la STS 1231/2004, de 27 de octubre (LA LEY 224782/2004) al disponer que *“aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución*

reconociendo cánones de suficiencia razonadora en autos con motivación lacónica e incluso cuando se extiende la resolución sobre impresos estereotipados mínimamente adecuados a las circunstancias del caso particular, siempre que permitan reconocer unos mínimos razonadores que den satisfacción a la exigencia constitucional”⁵⁴.

No obstante, el Tribunal Constitucional negó la validez de un auto en el que el juez instructor nada expuso sobre los motivos que fundaban las sospechas que determinaban necesaria la realización de la entrada y registro domiciliario, ni sobre la clase y entidad de dichos delitos, ni si para la determinación de los hechos sería posible otro medio que no supusiese la afección de un derecho fundamental, limitándose a concederlo en base meras sospechas genéricas, sin mayor motivación⁵⁵.

Y es que el Tribunal Constitucional parte para ello de una diferenciación que considera esencial, y es que no es lo mismo que el auto remita puntualmente al oficio policial que interesó la medida a que dicho

judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada, si integrada incluso en la solicitud policial a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias constitucionales y legales, de tal suerte que se pueda llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva”.

⁵⁴ Establece la STS 1263/2004, de 2 de noviembre (LA LEY 10265/2005) en referencia a ATC 145/1999, y SSTC 239/1999, de 20 de diciembre (LA LEY 3414/2000).

⁵⁵ STC 239/1999, de 20 de diciembre (LA LEY 3414/2000), en su Fundamento Jurídico Séptimo, así lo dispuso ante aquella situación en la que “*el juez instructor se ha limitado a cubrir, en el formulario pertinente, el origen de la petición del mandamiento y los datos personales del ocupante del domicilio y la dirección de este último, sin que nada se diga sobre los motivos que fundan las sospechas de la Guardia Civil, ni la clase y entidad de los posibles delitos de los que proceden los objetos que se sospecha están en aquel domicilio, ni cuáles puedan ser éstos y su relevancia para la investigación policial en curso, ni si era imposible obtener dichas pruebas por otros medios. El órgano judicial se ha limitado a cursar sin más una petición policial fundada en simples sospechas genéricas sin que las avale dato o circunstancia objetiva alguna, y sin que se encuadre en una instrucción penal; razones por las que, justamente en este caso, le era exigible al juez de Instrucción un mayor esfuerzo en la fundamentación de su mandamiento de entrada y registro en un domicilio particular”.*

auto deba integrarse junto al oficio para considerarse completo. La remisión al oficio será lícita siempre y cuando el auto por sí mismo contenga la identificación y motivación suficiente para la validez del registro. No considera lo mismo el Tribunal Constitucional cuando el auto tiene carencias para cuya comprensión debe integrarse con el oficio policial, dado que dicha integración no se hace junto con otra resolución judicial, sino con un documento emitido por otra autoridad pública, y por tanto de distinto rango competencial. *“Quien adopta la decisión de limitar el derecho fundamental y establece en qué términos tendrá lugar dicha restricción es, constitucionalmente, el órgano judicial, quien no puede excusar su deber de resolver y motivar lo resuelto con la simple remisión a los motivos que aduzca otro poder público no judicial; sin perjuicio de que en ciertos casos y según las circunstancias, en particular si ya hay una instrucción judicial en marcha, le sea posible complementar algunos de los extremos no esenciales de su mandamiento de entrada y registro, es decir, los que no constituyan el juicio de proporcionalidad, con los detalles que se hagan constar en el oficio policial, siempre que éstos también respondan al canon constitucional”*⁵⁶. Y es que la decisión de acordar la entrada y

⁵⁶ STC 239/1999, de 20 de diciembre (LA LEY 3414/2000), en su Fundamento Jurídico Sexto. En el mismo sentido, dicha sentencia refiere las SSTC 309/1994, de 21 de noviembre (LA LEY 13065/1994), 47/1998, de 2 de marzo (LA LEY 2816/1998), FJ 33.º, 94/1999; y el ATC 30/1998, de 28 de enero (LA LEY 1773/1998).

A título general, la STC 49/1999, de 5 de abril (LA LEY 4215/1999).

Respecto a la validez de la remisión del auto expresa a aspectos contenidos en el oficio policial, la STC 139/1999, de 22 de julio (LA LEY 9594/1999) en su Fundamento Jurídico Segundo.

El Tribunal Supremo, en STS 1940/2002, de 21 de noviembre (LA LEY 230/2003) anula el registro en base a que en el auto *“es patente que se está ante una reiteración de supuestos de motivación por remisión, si bien llevando al límite la delegación que ella implica, puesto que, de eliminarse de los autos las dos indicaciones aludidas (número de la causa y nombre del afectado), la vaguedad e indeterminación de los mismos permitiría su incorporación a cualquier otra causa. Con lo que incluso dando por bueno, con fines meramente discursivos, tal modo (escasamente) judicial de operar, es decir, la justificación de una decisión per relationem, habría que decir que las resoluciones examinadas quedarían, en todo caso, por debajo del mínimo exigido por la jurisprudencia*

registro corresponde al juez, y el mismo no puede ser un mero interlocutor formal que únicamente de cauce a una petición policial, sin mediar motivación individualizada bastante.

Y en este mismo sentido ha reseñado la Audiencia Provincial de Murcia que no será considerado válido un auto que autoriza una entrada y registro que contenga únicamente la referencia temporal y personal de los investigados, y razonamientos jurídicos genéricos, por cuanto dicho auto se considera prácticamente de modelo, el cual no se encuentra debidamente motivado, ni explica por qué debe adoptarse la ingerencia en el derecho fundamental de inviolabilidad de domicilio y la proporcionalidad de la diligencia a ejecutar⁵⁷.

menos rigurosa al respecto. Porque esta Sala ha declarado que hay un límite que no se puede transgredir: es el representado por la insuficiencia de motivación cuando para dictar el auto habilitante para la entrada en un domicilio se utilicen impresos que carezcan de toda referencia al caso concreto”.

Recientemente, y en el mismo sentido se admite la validez del auto que se motiva por remisión al oficio policial que contiene datos objetivos y contrastados de actividad delictiva, recabadas en una exhaustiva investigación previa, y no meras sospechas o conjeturas, en STS 216/2018, de 8 de mayo (LA LEY 53395/2018).

⁵⁷ La SAP de Murcia, Sección 5ª, 10/2009, de 11 de febrero (LA LEY 108365/2009, Fundamento Jurídico Cuarto) así lo considera al disponer que “*se trata de un auto prácticamente de modelo... que cumple las exigencias formales de identificación pero que desconoce la obligación de motivar dicha resolución... No se explica en modo alguno porqué la medida de entrada y registro es la adecuada para el esclarecimiento de los hechos, y no cualquier otra medida menos gravosa para los derechos fundamentales de los acusados; tampoco explica qué se pretende obtener con la entrada acordada... no se justifica la proporcionalidad de la medida y la relación de la misma con la única persona en cuyo domicilio, caravana o inmueble que se dicen por ella utilizados se solicita la autorización para entrada...Ni siquiera por remisión se pueden considerar cumplidas las exigencias constitucionales... sin contener ninguna expresa remisión al contenido del oficio que debería de haber asumido como propio”.*

En el mismo sentido la SAP de Murcia, Sección 5ª, 61/2006, de 20 de diciembre (LA LEY 295933/2006, Fundamento Jurídico Segundo). Y es que la jurisprudencia ha sido muy crítica con los autos no suficientemente motivados que dan lugar a la vulneración del derecho fundamental de inviolabilidad de domicilio, y así la Audiencia Provincial de Murcia anula un auto que “*Se trata de un auto prácticamente de modelo en el que si se sustituyen el nombre del ocupante de la finca y de las viviendas que deben ser objeto de registro, sería válido para cualquier solicitud policial por un delito de tráfico de drogas. Y*

No obstante, la misma Audiencia Provincial sí consideró válido un auto que autorizaba una entrada y registro en conjunción (y no mera remisión) al oficio solicitante de la Guardia Civil, puesto que ambos cumplían sobradamente *“las exigencias constitucionales señaladas y permiten considerar como justificada la autorización de entrada y registro en el domicilio de los acusados”*. En definitiva, *“el auto autorizando la entrada y registro, completado por la remisión al oficio policial, cumple con todas las exigencias de motivación y justificación de la medida que impiden que se pueda considerar el mismo nulo y por ello los resultados derivados de dicha entrada y registro son válidos a los efectos de servir de prueba de cargo en este proceso”*⁵⁸.

El Tribunal Constitucional, en garantía del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio, ha considerado que el efecto de la falta de motivación, al igual que de cualquier de los requisitos esenciales que analizamos que debe contener el auto autorizante, no puede ser otro que la nulidad, al no haber reparo ni subsanación sobre el mismo⁵⁹, partiendo que la motivación es parte esencial del auto de da lugar a la diligencia de entrada y registro domiciliario⁶⁰.

esta generalidad no es aceptable en modo alguno cuando está en juego nada menos que la vulneración de un derecho constitucional como es el de la inviolabilidad del domicilio”.

⁵⁸ SAP de Murcia, Sección 5ª, 10/2009, de 11 de febrero (LA LEY 108365/2009).

⁵⁹ Así lo establece la STC 239/1999, de 20 de diciembre (LA LEY 3414/2000), puesto que *“la ausencia y falta de motivación y, en consecuencia, la lesión del concreto derecho fundamental no puede suplirse ni sanarse en las posibles instancias jurisdiccionales a las que se acuda, pues, en puridad, en esas instancias ya no cabe reparar la lesión infringida al derecho a la inviolabilidad del domicilio convalidando ex post una entrada y registro infundados y lesivos del art. 18 de la CE”*.

⁶⁰ La STC 126/1995, de 25 de julio (LA LEY 13113/1995) determina *“la constatación de que se ha producido la vulneración del derecho fundamental pasa, en primer lugar, por la consideración jurídica de que la motivación forma parte esencial de la resolución judicial que permite la entrada y registro y, en segundo, por la verificación fáctica de la efectiva ausencia de motivos en el auto controvertido”*.

*** Concreción del nombre y apellidos de la persona sobre la cual recae el registro y sobre el inmueble a registrar**

Dentro del requisito de la concreción, se plantea en primer lugar si la determinación del nombre y apellidos del investigado es requisito inexcusable del auto que autoriza el registro, con base en que la intimidad a proteger lo es sobre persona física o jurídica concreta. No obstante, en esta materia podemos observar sentencias contradictorias del Tribunal Supremo.

Minoritariamente, ha considerado el Alto Tribunal que la determinación en el auto del nombre y apellidos del investigado es un requisito esencial y su ausencia determina la nulidad del mandamiento que concede el registro⁶¹.

Por el contrario, la línea jurisprudencial mayoritaria parte del art. 558 de la LECrim⁶², el cual no requiere que se consigne en el auto el nombre del titular del domicilio, sino sólo la expresión en forma concreta del edificio o lugar cerrado en que la diligencia ha de verificarse⁶³.

⁶¹ La STS de 12 de noviembre de 1991 (LA LEY 668/1992) hace referencia al supuesto de hecho en el que *“Al realizar la diligencia se hizo ya constar la denominación de la vivienda, pero en el mandamiento judicial... se omitió, por parte del Juzgado, el nombre y apellidos del acusado, con lo cual vino a faltar el requisito más esencial y básico, porque no hubo tal mandamiento para la entrada y registro”*. La consecuencia práctica de ello es que *“Al ser nulo de pleno derecho la diligencia y cuanto de ella proviene, procede la casación por estimación de los dos motivos, tal ha sido dicho antes. Cuanto se deriva de la diligencia nula, deviene también nulo. Fuere por error o por dejadez del propio Juzgado, no puede darse por válida una diligencia en la que no figura el nombre del titular domiciliario como persona que ha de soportar las consecuencias de aquella diligencia”*.

⁶² *“El auto de entrada y registro en el domicilio de un particular será siempre fundado, y el juez expresará en él concretamente el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse, si tendrá lugar tan sólo de día y la Autoridad o funcionario que los haya de practicar”*.

⁶³ STS de 12 de marzo de 1996 (LA LEY 3630/1996). Esta sentencia sigue la doctrina mayoritaria recogida, entre otras en la SSTS de 20 de septiembre de 1993 (LA LEY

Añade y justifica el propio Tribunal Supremo que *“con esta exigencia se está señalando que la identificación se refiere sobre todo al hecho, fácilmente patente, de que un lugar o edificio sea domicilio de una persona, pero no se exige la expresión en el auto de la identidad del titular mediante la concreción de su nombre y apellidos, que pueden no ser aún conocidos en el momento de solicitarse y dictarse el Auto, ordenando la entrada y registro”*⁶⁴.

En conclusión, se debe tener en cuenta que la diligencia de entrada y registro domiciliario es un hecho instructor, de investigación y averiguación. Eso determina que baste una sospecha objetivada en datos concretos (y no necesariamente el nombre y apellidos) que conduzcan a tal injerencia para que la resolución habilitante pueda considerarse fundada. *“Exige, así, como toda medida restrictiva de un derecho fundamental, no sólo el requisito del periculum in mora, sino también el “fumus boni iuris”. Pero esa apariencia tiene una intensidad menor a la exigible cuando la existencia del delito ha sido ya descubierta”*⁶⁵. Al respecto, el Tribunal Constitucional resalta que, precisamente, la autorización judicial habilitante tiene su campo de acción cuando no existe flagrancia, ya que en los supuestos de flagrante delito se excusa la autorización judicial precisamente porque su comisión se percibe con evidencia⁶⁶.

1576/1994), 10 de mayo de 1995 (LA LEY 2560/1995), y 31 de octubre del mismo año (LA LEY 2791/1995). En concreto, no se determinó el nombre del investigado en el auto, pero sí el de su cónyuge y el domicilio a registrar era común de la pareja. Además, para mayor garantía, se llevó a cabo en su presencia.

⁶⁴ STS de 20 de septiembre de 1993 (LA LEY 1576/1994).

⁶⁵ STS de 31 de octubre de 1995 (LA LEY 2791/1995).

⁶⁶ La STC 341/1993, de 18 de noviembre (LA LEY 2272-TC/1993) delimita constitucionalmente el concepto de flagrancia.

Y es que *“lo que no se puede pretender es que por el propio juez se justifiquen exhaustivamente las causas o motivos de su acuerdo, pues ello, amen de su imposibilidad en la mayoría de los casos, devendría racionalmente en una tardanza innecesaria en la actividad policial y, en suma, en una mayor impunidad de los delitos cometidos. O lo que es lo mismo, este tipo de resoluciones no cabe ser consideradas como ilegales por falta de motivación, siempre, eso si, que cumplan los requisitos primarios que estable la LECrim”*⁶⁷ y que en este estudio estamos detallando y analizando.

Finalmente, por lo que se refiere a la concreción del inmueble a registrar, determina el Tribunal Supremo que *“el error sobre la ubicación del domicilio a registrar, en efecto, no es causa de nulidad cuando queda debidamente individualizado”*⁶⁸. Se trataría de un error material que puede ser objeto de la correspondiente corrección.

B) Proporcionalidad de la medida

La motivación del auto, como hemos podido observar, se encuentra ligada a la proporcionalidad del mismo, ya que tal proporcionalidad debe estar justificada en la fundamentación del auto y en atención a los hechos que darán lugar al registro a efectuar.

El Tribunal Constitucional acerca la noción de proporcionalidad a la **idoneidad** de la medida para la obtención del fin perseguido, que no es más que conseguir datos útiles que supongan recabar prueba del hecho

⁶⁷ STS de 31 de octubre de 1995 (LA LEY 2791/1995).

⁶⁸ STS 583/2017, de 19 de julio (LA LEY 119518/2017).

ilícito. Así pues, considera que la estructura del juicio de proporcionalidad pasa por los criterios de adecuación de la medida, indispensabilidad de la misma y proporcionalidad en sentido estricto⁶⁹. En definitiva, se trata de determinar si *“tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”*⁷⁰.

La **necesariedad** de la medida adoptada es “sometida, de acuerdo al art. 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, a una serie de parámetros, que son conceptos jurídicos indeterminados. Así, se afirma que sea precisa en una sociedad democrática para conseguir las siguientes finalidades: seguridad nacional, seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”⁷¹.

Pero dicha necesidad implica a su vez una cláusula de **subsidiariedad**, de tal manera que el medio seleccionado para alcanzar el

⁶⁹ STC 69/1999, de 26 abril (LA LEY 5707/1999).

⁷⁰ SSTC 66/1995, de 8 de mayo (LA LEY 13067/1995) y 128/1995, de 26 de julio (LA LEY 2588-TC/1995).

⁷¹ VALERO CANALES, A.L., “El Derecho Fundamental a la inviolabilidad del domicilio...”, op cit., el cual fija la proporcionalidad en la concurrencia de tres elementos: “el juicio de idoneidad (que sea adecuada al fin concreto perseguido); el juicio de necesidad (que se preciso e imprescindible para dicho fin, de tal modo que si no se adopta pueda perder su eficacia), el juicio de proporcionalidad estricto (ponderación de los bienes constitucionales en conflicto, valorando cuál ha de ceder, y en su caso, si no se puede evitar con medidas menos onerosas)”.

fin no pueda ser suplido por otro igualmente eficaz, pero que restrinja el derecho fundamental o lo haga de una manera menos gravosa⁷².

Sin perjuicio de ello, el Tribunal Supremo, aun cuando acoge la tesis del Tribunal Constitucional que se acaba de indicar⁷³, ha limitado el ámbito de la proporcionalidad de la medida a adoptar (injerencia en el domicilio del investigado) determinando su **relación con la gravedad del delito a investigar**. En este sentido, ha considerado que, en determinados delitos, los registros están justificados únicamente por su gravedad, y sin suponer afectado el requisito de la proporcionalidad. Como ejemplo de lo aquí dispuesto, desestimó la petición de nulidad de un registro cuyo recurso se sostenía argumentalmente sobre la base del incumplimiento del requisito de proporcionalidad de la medida, y ello en virtud de que los hechos vertidos estaban referidos con delitos de tráfico de drogas⁷⁴. De la misma podemos deducir que, en ningún caso, la supuesta concurrencia de un delito leve puede ser fundamento de un auto que acuerde una entrada y registro domiciliaria y, a mayor abundamiento, como señala DELGADO MARTÍN, “resulta necesario que la autorización de la diligencia de entrada y registro tenga lugar dentro de un proceso penal por delito, resultando

⁷² PEDRAZ PENALVA, E. y ORTEGA BENITO, V., “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura alemana especializada”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 17, marzo 1990, p. 17.

En tal sentido, ATS 1181/2018, de 13 de septiembre (LA LEY 150535/2018) y STS 293/2013, de 25 de marzo (LA LEY 26759/2013) que determinan que “*la resolución judicial puede considerarse motivada si, integrada con la solicitud de la autoridad a la que se remite, contiene todos los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva*”.

⁷³ STS 1308/2011, de 30 de noviembre (LA LEY 41460/2011), en la que se mantiene la absolución dictada por la Audiencia Provincial de Gerona en base a la nulidad de la prueba por cuanto cuando se concedió una intervención telefónica era posible avanzar en la investigación mediante la práctica de otras diligencias menos gravosas que la solicitada.

⁷⁴ STS 58/2010, de 10 de febrero (LA LEY 1563/2010).

ilegal su adopción en el seno de las denominadas «diligencias indeterminadas»⁷⁵.

La proporcionalidad de la medida, no obstante, además de ligarse a la gravedad del delito a investigar, puede estar relacionada con la **conurrencia en el hecho concreto de otros legítimos intereses que deben de ponderarse**. Por ejemplo, la circunstancia de que el investigado sobre cuyo domicilio recae el registro conviva con otros, incluidos menores de edad, que no siendo partícipes del hecho ilícito, van a ver limitado uno de sus derechos fundamentales. Este principio, doctrinalmente denominado de “proporcionalidad en sentido estricto”⁷⁶ tiene como finalidad la “determinación, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de los bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar”⁷⁷.

⁷⁵ DELGADO MARTÍN, J., “La resolución judicial de entrada y registro en lugar cerrado”, *Actualidad Penal*, nº 47, Sección Doctrina, 2001, Ref. XLVII, p. 1125, tomo 3, ed. LA LEY (LA LEY 3374/2001), que considera que “el Estado podrá restringir un derecho fundamental, mediante una intromisión en la intimidad de la persona en la entrada y registro en domicilio, sólo en aquellos supuestos en los que exista un grado suficiente de imputación de un delito, es decir, cuando existan razones objetivas que permitan afirmar la probabilidad de que ese sujeto esté cometiendo o haya cometido un delito. En otro caso, se estaría otorgando a los órganos estatales una patente de corso para inmiscuirse en la vida privada de los ciudadanos inadmisibles en un Estado de Derecho. Es exigible la concurrencia de indicios, y no meras sospechas, de la existencia del delito objeto de la investigación. La solicitud de la policía judicial debe contener una exposición de esos indicios, que el juez deberá valorar para autorizar o denegar la entrada y registro en un domicilio”.

⁷⁶ GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. *La proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid, 1990. p. 225.

⁷⁷ *Ibid.*, DELGADO MARTÍN, J., “La resolución judicial de entrada y registro...”, que a tales efectos cita la denominada “*ecuación de la proporcionalidad en sentido estricto*”, considerando que “cuanto mayor sea la limitación del derecho fundamental afectado, mayor ha de ser el interés tenido en cuenta para justificar la intervención estatal en el caso concreto. En definitiva, una más grande intensidad en la vulneración del derecho

C) Determinación de las horas en las que se realizará el registro

La diligencia de registro se realiza en unidad de acto conforme dispone el art. 570 LECrim., con la única interrupción que prevé tal precepto respecto a la prolongación durante horas nocturnas.

Por lo que se refiere al ámbito legal, el registro deberá realizarse, como regla general, y para el caso en que el auto no exprese motivadamente otra cosa, en horas diurnas⁷⁸.

GIMENO SENDRA considera que la finalidad histórica de este precepto es la de evitar las entradas sorpresivas, a fin de evitar tratos “inhumanos” o degradantes durante las horas de sueño, salvo para aquellos casos en que su necesidad se considere debidamente motivado en auto⁷⁹.

fundamental exige que el juez extreme el celo en el examen y motivación de la concurrencia de los elementos descritos a la hora de exponer los criterios de la proporcionalidad en sentido estricto”.

⁷⁸ Así se deduce de la conjunción de los artículos 570, 546 y 550 de la LECrim. El art. 570 prevé la posible continuación del registro en horas nocturnas con el permiso del interesado. Dicho precepto dispone 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 busquen...”. Son, por tanto, los artículos 546 y 550 los que suponen la excepción, determinando que será el juez o Tribunal que autoriza el registro el que puede habilitar la noche para el inicio o continuación del registro a llevar a cabo.

⁷⁹ GIMENO SENDRA, V., *Los derechos fundamentales y...*, op. cit., pp 552-553, que considera que tales entradas sorpresivas son más propias de policías políticas, obteniendo ventaja para hacer flaquear la voluntad del investigado.

Al respecto de qué entender por horas diurnas y nocturnas y los efectos de su omisión en el auto que autoriza la realización del registro domiciliario judicial, considero necesario hacer separadamente un estudio de lo que prevé al respecto la regulación legal y de las contradictorias sentencias que en este aspecto podremos encontrarnos.

Históricamente, el Tribunal Supremo ligó el carácter nocturno a las horas de sueño conforme a los usos locales⁸⁰.

En defecto de regulación específica en la LECrim, podría tomarse como criterio legal el dispuesto por la LOPJ, que determina como horas hábiles para las actuaciones judiciales de ocho de la mañana a ocho de la tarde (Art. 182.2 de la LOPJ). No obstante, y en defecto de consentimiento del interesado, el juez podrá habilitar la continuación del registro si fuera esencial durante las horas nocturnas. En caso en que no se habilite y no haya concluido a tal hora, deberá precintarse el domicilio donde se lleva a cabo, continuando al día siguiente (art. 570 de la LECrim).

El último borrador de anteproyecto de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal⁸¹ publicado sí establece como horas nocturnas las que van desde las veintidós hasta las siete horas (art. 335.1), debiendo justificarse su realización fuera de horas diurnas.

⁸⁰ SSTS de 2 de abril de 1998 (LA LEY 7512/1998), que considera que las horas nocturnas habrán de apreciarse, no en sentido astronómico, sino sociológico; y 17 de abril de 1993 (LA LEY 3337-5/1993), que considera que a las ocho de la tarde en la Línea en ese periodo no era noche en términos de descanso, por cuanto aunque había anochecido, las puertas de la vivienda se encontraban abiertas al llegar la comisión judicial.

⁸¹ Borrador de anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 25 de febrero de 2013.

El Tribunal Constitucional viene exigiendo la motivación en auto en aquellos supuestos en los que se autorice el registro fuera de horas diurnas⁸².

No obstante cabe observar que el propio Tribunal Constitucional ha entrado en contradicción en este punto y tanto ha negado en unas ocasiones, como dotado en otras, de efectos a un registro realizado fuera de la hora establecida. Así, tanto ha considerado nulo un registro considerando de trascendencia constitucional la continuación del registro más allá del plazo temporal concedido por la autorización judicial⁸³, frente al supuesto en el que no apreció irregularidad de relevancia constitucional en la continuidad del registro en horas nocturnas, pese a no estar previsto en la resolución habilitante⁸⁴, en sentencia de fecha más reciente.

Por su parte, el Tribunal Supremo consideró nulo un registro que se llevó a cabo media hora antes de que se hubiese expedido el mandamiento, lo que consideró un registro realizado fuera de la cobertura legal que otorga el auto, arrastrando dicha nulidad a todo lo encontrado en el mismo⁸⁵. Y a su vez, consideró válido un registro en el que no se hacía

⁸² STC 197/2009, de 28 septiembre (LA LEY 184032/2009) en el que declaró la constitucionalidad de un registro realizado a las cinco de la madrugada por cuanto *el auto justifica la prórroga y práctica del registro en tales horas en base en que ha sido en la misma tarde del dictado del auto cuando se procede a la desarticulación de la red investigada desde hace tiempo, y habiéndose producido detenciones que hacen imprescindible el proceder de forma inmediata a la entrada y registro a fin de evitar que puedan desaparecer los objetos relacionados con el delito contra la salud pública objeto de estas diligencias ante el aviso que pudieran recibir los implicados dada la falta de noticias de las personas con las que han contactado y cuya detención se verificó, “por tanto, no se aprecia exceso en el ámbito temporal de la autorización judicial”.*

⁸³ STC 94/1999, de 31 de mayo (LA LEY 8094/1999).

⁸⁴ STC 197/2009, de 28 de septiembre (LA LEY 184032/2009).

⁸⁵ STS de 13 de diciembre de 1998 (LA LEY 1658/1999), si bien los investigados fueron condenados por los hechos probados que no tenían origen en el acto de entrada y registro anulado.

referencia temporal a si debía hacerse en horas diurnas o nocturnas, apreciando que se realizó en horas diurnas, considerando que sólo en caso de extensión a horas nocturnas debe hacerse mención expresa⁸⁶.

Todas estas disquisiciones jurisprudenciales y doctrinales concluirían si el legislador fijase qué debe entenderse por horas diurnas y nocturnas, e incluso fijase los efectos de su incumplimiento.

Finalmente, considero necesario hacer mención a la relevancia del consentimiento del interesado cuando el auto no prevea su continuación en horas nocturnas. El letrado de la Administración de Justicia hará constar el mismo expresa y válidamente emitido, evitando de este modo la suspensión del registro y aseguramiento del domicilio previsto por ley para su continuación el día siguiente.

D) Determinación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado actuantes, identificación de sus funcionarios y del uso de la fuerza

El auto deberá determinar los funcionarios que, por delegación del juez que lo autoriza, llevarán a cabo la entrada y registro, con mandamiento para ello, de conformidad con lo dispuesto en el art. 572 de

⁸⁶ STS 403/2000, de 15 de marzo (LA LEY 5546/2000), que establece que “Es cierto que no existe una alusión concreta a si e registro se habrá de verificar en horas del día o durante las horas de la noche. Del texto del artículo citado, se obtiene la conclusión de que si el juzgado quiere extender la autorización a horas de la noche, por tratarse de un supuesto excepcional y gravoso, se deberá hacer constar expresamente, entendiéndose que si no se Dic. nada de manera expresa la entrada y registro deberá verificarse en horas diurnas. En el caso presente, como puede observarse en el folio 4 de las actuaciones, la diligencia se lleva a cabo a las 18 h 20 min de un día del mes de junio, por lo que no existe dudas sobre su realización en horas habilitadas implícitamente por el auto que se impugna”.

la LECrim⁸⁷. La realización del registro por personas distintas a las determinadas en el mandamiento ha dado lugar a recursos cuya finalidad ha sido conllevar la nulidad del Registro.

En este sentido, la Ley 10/1992 que permitía que el letrado de la Administración de Justicia fuese sustituido por un funcionario policial⁸⁸, dio lugar a una inicial corriente jurisprudencial que consideraba que la falta de determinación de la designación de los funcionarios competentes para la realización del registro o la realización de dicho registro por funcionarios distintos a los designados en el auto autorizante determinaba la nulidad del mismo⁸⁹.

No obstante, la corriente jurisprudencial mayoritaria permitió la validez del registro en los casos en que el policía designado fue sustituido por otro. Así, el Tribunal Supremo consideró que *“la sustitución in situ del policía designado por otro de igual condición por necesidades del servicio no tiene valor formal esencial para producir la nulidad”*⁹⁰. Y que, ante supuestos de indeterminación del funcionario policial que deba sustituir al letrado de la Administración de Justicia, *“las delegaciones en funcionarios policiales pueden ser genéricas, pues no existe razón para hacer la delegación en uno específico en cuanto desarrollan todos la misma labor y*

⁸⁷ El citado precepto dispone que “En la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado, se expresarán los nombres del juez, o de su delegado, que la practique y de las demás personas que intervengan, los incidentes ocurridos, la hora en que se hubiese principiado y concluido la diligencia, la relación del registro por el orden con que se haga, así como los resultados obtenidos”.

⁸⁸ La citada ley será estudiada de forma más exhaustiva en el punto segundo de este trabajo.

⁸⁹ LUDEÑA BENITEZ, O.D., “Presencia y ausencia del secretario judicial en la entrada y registro en el domicilio: historia de una polémica jurisprudencial”, Noticias Jurídicas, julio 2009; en referencia a la STS de 23 de septiembre de 1996 (LA LEY 9170/1996).

⁹⁰ Ibid., en referencia a la STS de 4 de marzo de 1994 (LA LEY 2854/1994).

*normalmente realizan varios la diligencia según las necesidades del servicio*⁹¹.

La jurisprudencia ha sido, así, la que ha completado el contenido del artículo del citado art. 572 de la LECrim, siendo reiterada la que expone que el mandamiento del juez a la Policía judicial para la realización de la diligencia de entrada y registro no ha de ser nominativa, sino simplemente genérica, determinando la clase de autoridad. No obstante, y debiendo intervenir presencialmente en la misma el letrado de la Administración de Justicia, éste extenderá el acta haciendo expresa mención individual a los agentes intervinientes, que firmarán al pie del acta mostrándose así conforme con lo contenido en ella y haciendo constar el número de carnet profesional que les individualiza dentro del cuerpo al que pertenece⁹².

No obstante, los funcionarios de Policía judicial que hayan sido autorizados judicialmente para la realización de una diligencia (ya sean individualmente establecidos – lo que no es lo usual – o colectivamente recogidos) carecen de facultades para delegar su ejecución en otros funcionarios, ya que el mandato judicial no es delegable⁹³.

En el mismo sentido, se ha determinado la validez del registro, aunque el auto no autorizara expresamente que el letrado de la Administración de Justicia fuera sustituido por un funcionario de la policía judicial, al entenderse que la entrega de la documentación a los dos agentes policiales, y no al letrado de la Administración de Justicia,

⁹¹ Ibid., en referencia a la STS de 24 de enero de 1994 (LA LEY 2600/1994).

⁹² STS de 24 de enero de 1994 (LA LEY 2600/1994).

⁹³ ALONSO PEREZ, F., “Formalidades en la práctica...”, op. cit., referencia en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de mayo de 1995.

evidencia la inequívoca voluntad judicial hacia la autorización a favor de cualquiera de ambos. La indeterminación sobre el policía que habría de actuar como letrado de la Administración de Justicia es irrelevante pues “hubiera sido indiferente la opción entre uno y otro, pues no existían circunstancias a favor o en contra de alguno de ellos y por otro lado la exasperación del rigorismo en esta materia podría llevar a la impunidad de gravísimos delitos de tráfico de drogas”⁹⁴.

En definitiva, se trata de evitar que meras cuestiones de carácter formal a las que la jurisprudencia no otorga carácter esencial determinen la nulidad de la diligencia, a fin de evitar la impunidad de los delitos investigados.

La Audiencia Provincial de Murcia ha recogido la jurisprudencia del Tribunal Supremo en este aspecto⁹⁵, y ha determinado, para el caso en que los agentes actuantes estén descritos en el mandamiento, que la *“sustitución arbitraria y sin motivo por el Jefe de la unidad policial de los funcionarios designados inicialmente por otros distintos, pese a su irregularidad, tampoco se vislumbra un déficit capaz de desvirtuar o negar eficacia a la diligencia, señalando también que ha de partirse de que el juez Instructor designa a la persona que ha de ejecutar sus órdenes de entre las*

⁹⁴ LUDEÑA BENITEZ, O.D., “Presencia y ausencia del secretario judicial...”, op. cit., en referencia a la STS de 12 de febrero de 1997.

⁹⁵ STS 561/2003, de 6 de mayo (LA LEY 13137/2003), que establece que *“cuando las circunstancias del caso aconsejan, en aras al éxito de la diligencia, la intervención de otros policías, completando la intervención de los originariamente nominados, y de ello se da cuenta al juez, ninguna irregularidad repercutible en la garantía de la preconstitución de la prueba se produce”,* y añade que *“por otro lado, hemos de partir de que el juez instructor designa a la persona que ha de ejecutar sus órdenes de entre las que propone la autoridad o jefe policial, sin atender a consideraciones de orden personal. De ahí que ante una emergencia, y sin sustituir a los inicialmente designados, la autoridad policial «motu proprio» pueda completar el número de partícipes, dando cuenta al juez, mediante su constatación en el acta”.*

que propone la autoridad o jefe policial, sin atender a consideraciones de orden personal”⁹⁶.

Supuesto distinto al expuesto es que el mandamiento fuese otorgado a Cuerpo distinto, en cuyo caso entiendo que el actuante no tendría mandamiento para realizar el registro, pudiendo determinar la nulidad de lo actuado.

Por otra parte, y respecto al dicho mandamiento, formalmente podrá contenerse en el mismo auto autorizante de éste. No obstante, en caso de no contenerse en el auto y debiéndose realizar el registro por exhorto en partido judicial distinto al del juez que dicta el auto, será el juez del partido judicial donde el registro deba realizarse el facultado para dictar el mandamiento.

Finalmente, el auto podrá determinar el uso de la mínima fuerza imprescindible para permitir el acceso al domicilio en aquellos casos en que la misma fuese necesaria, correspondiendo al letrado de la Administración de Justicia la determinación de su observancia.

E) Firma del auto

La cuestión, aunque se presupone, tiene notoria importancia, y así se ha reflejado en nuestra jurisprudencia. La firma del auto se ha considerado un elemento esencial, únicamente subsanable en el momento inicial. *“Tal falta, que podría haber constituido, en principio, un error subsanable de inmediato, no fue reparada ni sanada hasta este momento casacional, e implica la inexistencia de la condición legitimante de la*

⁹⁶ SAP de Murcia, Sección 5ª, 4/2004, de 26 de enero (LA LEY 21809/2004).

invasión del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio que el artículo 18.2 CE reconocía al titular de la vivienda en la que la Guardia Civil, sin duda confiada en la existencia y legitimidad del mandamiento que portaba, penetró sin contar con la aquiescencia de aquél". La consecuencia del registro así realizado es que "no existió, pues, en el caso mandamiento de entrada y registro" de tal modo que "la obtención de las pruebas resultantes del registro devino ilícita", lo cual "no sólo implica que la prueba en ella obtenida haya de tenerse como inexistente para el proceso, sino que tal vicio contamina todas las restantes diligencias procesales que de ella deriven, trayendo causa directa o indirecta de la misma"⁹⁷.

Si bien hemos de partir de esta línea jurisprudencial, lo cierto es que en tiempo más reciente el Tribunal Supremo ha admitido la validez de un auto no firmado por el juez cuando éste firmó posteriormente los mandamientos a las fuerzas actuantes y, posteriormente, el letrado de la Administración de Justicia notificó el auto y, a mayor abundamiento, en la redacción del acta hizo constar, en ejercicio de la fe pública judicial, que el registro a realizar estaba acordado por el juez que redactó el auto habilitante⁹⁸.

⁹⁷ STS de 2 de marzo de 1993 (LA LEY 2975-5/1993). No se le otorgan los mismos efectos a la falta de firma del auto por el letrado de la Administración de Justicia. El auto es una resolución dictada por el juez o magistrado, y la firma que acompaña al letrado de la Administración de Justicia da fe y publicidad de su dictado. Por tanto, la notificación del auto al interesado cumple dicha función de publicidad respecto al interesado. Así lo podemos ver en SSTS 809/2001, de 10 de mayo (LA LEY 6667/2001) y de 11 de octubre de 1994 (LA LEY 14156/1994), que disponen que "en cuanto a la firma del secretario no es condición impuesta en el art. 248.2 LOPJ, por lo que su falta no puede determinar la ilicitud constitucional de la autorización judicial acordada por el juez que firma el auto. Puede entenderse, pues, que el auto que acordó la medida afectante al recurrente era ilícito desde el punto de vista de su constitucionalidad al concurrir el requisito habilitante previsto en el art. 18.3 CE y estar fundado y proporcionado a su fin".

⁹⁸ Dicha doctrina tiene su origen en STS 402/2008, de 30 de junio (LA LEY 92719/2008), seguida, entre otras, por STS 193/2015, de 30 de marzo (LA LEY 37157/2015), donde se considera que de lo actuado no cabe sino concluir que tal resolución fue redactada y asumida por el juez. Si bien, el ATS 1166/2015, de 9 de julio (LA LEY 119626/2015) va

F) Los requisitos previstos en la reforma legal

El último anteproyecto de la Ley De Enjuiciamiento Criminal⁹⁹ pretende positivizar estos requisitos por primera vez en un texto legal. Así, su artículo 332 establece el que debe ser el contenido del auto autorizante de la entrada y registro, que será el siguiente:

- a) identificará con la mayor precisión el lugar donde se ha de producir la entrada y el registro,
- b) determinará con el mayor detalle posible su finalidad y alcance, con arreglo a las circunstancias que se conozcan,
- c) señalará los funcionarios de la policía autorizados para entrar en el domicilio, con identificación de los mismos por sus cargos y números de carnet profesional,
- d) si resultare necesario, designará los expertos autorizados para concurrir a su realización y auxiliar en el desarrollo de la diligencia,
- e) señalará el día y las horas en que haya de practicarse y si se realizará durante el día o la noche, expresando, en este último caso, las razones que lo justifiquen.

mucho más allá, por cuanto otorga a la notificación del auto y redacción del acta del letrado de la Administración de Justicia el carácter subsanador, al considerar que *“la irregularidad omisiva de no suscribir el respectivo auto que legitima el registro no es causa suficiente para anular las diligencias de entrada y registro del mismo, desde el momento en que el secretario judicial ha dado fe tanto de la resolución que acordaba el registro como de la notificación de la misma a las fuerzas actuantes y al propio recurrente. La falta de firma ha quedado suficientemente solventada por sendas actuaciones realizadas bajo la fe pública de la Secretaría Judicial, cuyo contenido no deja lugar a dudas sobre que ha sido la Magistrada la que dictó el auto cuya contenido asume en la notificación y en el acta de entrada y registro con su firma”*.

⁹⁹ Borrador de anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 25 de febrero de 2013.

Especialmente crítico en cuanto al contenido de este precepto debemos ser en lo referente al párrafo c), y es que el mismo es totalmente contradictorio a lo contemplado en la reciente jurisprudencia, corriente mayoritaria a la cual se ha hecho anteriormente referencia.

Por tanto, y del mismo modo que mostraba mi conformidad con la jurisprudencia mayoritaria adoptada por el Tribunal Supremo, y acogida por las Audiencias Provinciales, he de expresar mi rotunda disconformidad con el borrador de texto legal que se acaba de expresar, por cuanto la determinación de los funcionarios concretos que realizarán el registro junto al letrado de la Administración de Justicia no aporta mayor seguridad jurídica al interesado ni mayores garantías al procedimiento. Por el contrario, la posible indisposición (bien física o incluso laboral, por considerarse necesaria la presencia para otras operaciones) del funcionario policial autorizado determinaría la imposibilidad de realización del registro conforme a Ley y, en consecuencia, una merma en la instrucción del procedimiento.

Por lo demás, lo cierto es que genéricamente mantiene el resto de requisitos relativos a la identificación del lugar, motivación de su finalidad, alcance y duración; añadiendo la posibilidad de contemplar en el propio auto la necesaria concurrencia de expertos que concurran a su práctica.

No obstante, no sería superfluo aprovechar la presente positivación de los requisitos exigidos jurisprudencialmente establecidos para hacer constar entre ellos de modo expreso los relativos a la identificación del sujeto investigado (morador del domicilio), que debe presuponerse; o los

referidos a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada, la cual que supone una intromisión a un Derecho Fundamental.

Asimismo, el mentado anteproyecto prevé, en su artículo 331, que la autorización de la entrada y registro la dictará el juez de Garantías, a instancia del ministerio fiscal, siempre y cuando se aprecien indicios basados en datos objetivos de la comisión de un hecho delictivo y pueda razonablemente suponerse que en el interior del mismo podrán encontrarse informaciones, instrumentos, efectos u otros elementos u objetos del delito o fuentes de prueba del mismo que sea preciso aprehender; o bien, que el sospechoso se oculte en el mismo.

De conformidad con dicha propuesta, la instrucción será llevada por el ministerio fiscal, si bien seguirá dependiendo de un juez la tutela de los Derechos Fundamentales, y sólo un auto dictado por éste podrá determinar que resulte afectado el art. 18 de la Constitución Española.

Como novedad de esta reforma en el ámbito del auto autorizante, y en virtud de la materia, se presenta el artículo 333, que regula en su párrafo 1º expresamente, y por primera vez, el contenido del auto dictado en el ámbito de delitos susceptibles de ser investigados mediante la utilización de agentes encubiertos (permitiendo habilitarse la entrada para la instalación de aparatos de escucha y grabación en el interior del domicilio; así como la utilización de instrumentos o medios técnicos que permitan conocer la situación o movimiento de personas en el interior del domicilio).

En su 2º párrafo, permite a los agentes en investigaciones referentes a organizaciones terroristas o de delitos de terrorismo, por

razón de excepcional o urgente necesidad, proceder, de propia autoridad, “a la detención de los responsables cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se oculten o refugien, así como al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallen y que puedan guardar relación con el delito investigado”. Finalmente, se prevé que “del registro efectuado... se dará cuenta inmediata al ministerio fiscal y, por éste, al juez de Garantías, con indicación de las causas que lo motivaron y los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hayan practicado. Asimismo, se dejará constancia de las personas que han intervenido y los incidentes ocurridos”. No obstante, no parece su regulación muy lejana de la vigente posibilidad de los agentes a llevar a cabo la entrada y registro en la generalidad de supuestos en los que se observe flagrante delito.

3. Efectos de un registro judicial sin auto válido

El Tribunal Constitucional ha distinguido la nulidad de la entrada y registro practicada con infracción de las normas procesales¹⁰⁰, de aquella otra que tiene lugar con vulneración de los derechos fundamentales del afectado, como es el caso de la inexistencia o insuficiencia de la resolución judicial habilitante.

¹⁰⁰ como pudiera ser la ausencia a la diligencia de entrada y registro acordada judicialmente del letrado de la Administración de Justicia, como será objeto de minucioso estudio posteriormente.

No hay discusión doctrinal ni evolución jurisprudencial en este extremo ya que *“cuando la nulidad obedece a la vulneración de un derecho fundamental sustantivo... su efecto sobre la prueba es más radical, y no otro que la prohibición de valorar en juicio las pruebas así obtenidas. Aunque esa prohibición no se halle proclamada expresamente en precepto constitucional alguno deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en nuestro Ordenamiento”*¹⁰¹.

4. Hallazgos casuales. Efectos a intervenir y ampliación del auto

A) Definición doctrinal

En principio, podemos definir el “hallazgo casual” como aquel descubrimiento ocasional de uno o varios efectos probatorios en relación con uno o varios hechos ilícitos distintos a aquel para cuyo fin se autorizó la práctica de la diligencia de entrada y registro domiciliaria que constituye el objeto de nuestro análisis.

No obstante, dicha noción de marcado carácter objetivo puede ser ampliada considerando que también puede hablarse de hallazgo casual cuando el mismo incrimina a una tercera persona, ajena a aquella que estaba siendo investigada en el curso del proceso ya iniciado¹⁰².

¹⁰¹ STC 139/1999, de 22 de julio (LA LEY 9594/1999). En el mismo sentido, la STC 49/1999, de 5 de abril (LA LEY 4215/1999).

¹⁰² GARCIA SAN MARTÍN, J., *“El hallazgo casual o descubrimiento ocasional en el ámbito de la investigación penal”*, La Ley Penal, N° 109, Sección Derecho Procesal Penal, julio-agosto 2014, Ed. Wolters Kluwer (LA LEY 4917/2014).

En tal caso, resulta necesario diferenciar los supuestos que pudieran dar origen a la incriminación de un nuevo sujeto, como reseña la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que establece que no puede darse por hecho la coautoría por la simple convivencia en relaciones familiares o análogas bajo un mismo techo, ya que resulta preciso que exista participación efectiva en las conductas tipificadas¹⁰³. Y es que, como sostiene el Tribunal Constitucional, *"el principio de la personalidad de las consecuencias jurídico-penales se contiene en el principio de legalidad"*¹⁰⁴, lo cual alcanza su relevancia en aquellos tipos penales que requieren la posesión de objetos, pero en los que la acción se puede realizar, naturalmente aunque la posesión no se exteriorice en una tenencia permanente de ellas¹⁰⁵. *"En estos delitos se presenta con frecuencia el problema de distinguir entre la realización del tipo y los casos de aquellas personas inculpadas que tengan simplemente un acceso a los objetos prohibidos como consecuencia de la convivencia familiar con el autor, sin realizar aporte alguno que exteriorice el contenido criminal que caracteriza a todo tipo penal, en tanto descripción de conductas gravemente contrarías al orden social"*¹⁰⁶.

Tanto su vertiente objetiva como subjetiva tienen en común la circunstancia de ir más allá del contenido del auto que autoriza la diligencia de entrada y registro y afectar en su raíz el derecho fundamental de inviolabilidad del domicilio.

¹⁰³ STS 25/2008, de 28 de enero (LA LEY 12947/2008)

¹⁰⁴ STC 131/1987, de 20 de julio (LA LEY 93342-NS/0000)

¹⁰⁵ como pudiera ser en los delitos de tenencia de armas o en los de tráfico de drogas, entre otros.

¹⁰⁶ STS 25/2008, de 28 de enero (LA LEY 12947/2008)

El problema del hallazgo casual es determinar la validez de la prueba obtenida sobre la comisión de un hecho delictivo distinto a aquel para el cual se concedió el auto habilitante y limitador del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio.

En respuesta a ello, DÍAZ CABIALE ha considerado preciso examinar la relación entre los hechos investigados y los que, como consecuencia del registro, se descubren, a fin de determinar la posible concurrencia de homogeneidad entre los mismos¹⁰⁷. Por tanto, se parte de la base de la conexidad en la actuación delictiva para determinar la validez de la prueba en tales situaciones.

Con mayor precisión, ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER añade al requisito de homogeneidad el del caso fortuito. Únicamente cuando el hallazgo fuera homogéneo y obtenido de forma meramente fortuita podrá ser utilizado para una nueva investigación, siempre y en todo caso, dentro de un nuevo proceso diferenciado de éste en el que se ha hallado, y requiriendo aportación probatoria distinta a la aquí recabada¹⁰⁸.

¹⁰⁷ DÍAZ CABIALE, J.A. y MARTÍN MORALES, R., "La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida", Ed. Civitas, pp. 5 y 6, *"no todo hallazgo casual supone necesariamente la ruptura de los principios constitucionales (...), sino que es preciso examinar la relación entre los hechos investigados y aquellos que se descubren. Dichos principios no quiebran cuando existe homogeneidad"*.

¹⁰⁸ ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., "Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)", Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje nº 2, 2011, p. 6, entendiendo que *"parte de la doctrina (minoritaria) ha venido a entender que sólo se podría aceptar como prueba los resultados de tales hallazgos casuales, en los casos en que los nuevos delitos fueren conexos (con los que dieron lugar a la diligencia judicialmente autorizada), y su descubrimiento hubiese sido fortuito, manteniendo así una posición tremendamente restrictiva. En los otros supuestos, sólo se podría utilizar para iniciar una nueva investigación (incoación de nuevas diligencias), lo que, por ende, exigiría la apertura de un nuevo proceso y, en su caso, una nueva autorización judicial para realizar la concreta diligencia, por entenderse que se habría producido una especie de novación del objeto del proceso, y sin poder tener en cuenta el descubrimiento casual, siendo necesaria la aportación de pruebas desconectadas de aquel"*

LÓPEZ FRAGOSO distingue, a fin de dilucidar el problema, entre la función probatoria y la función investigadora. De tal modo que “En el primer caso, los descubrimientos casuales no podrán utilizarse como fuente de prueba en un proceso distinto de aquel en que se obtienen, quedando limitada su eficacia a los supuestos de conexión del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Respecto de los efectos investigadores, los descubrimientos casuales podrán actuar como noticia criminis, que daría lugar al inicio de una instrucción independiente para averiguación y comprobación del nuevo hecho delictivo”¹⁰⁹, considerándose de este modo que el hallazgo casual, en el ámbito de la instrucción del delito para el cual se concedió el registro, puede ser el origen de una nueva instrucción en sede de un nuevo procedimiento dentro del cual se dilucidará la concurrencia o no de este último.

Otros autores consideran la validez del hallazgo casual en virtud del principio de especialidad y proporcionalidad. En este sentido, ECHARRI CASI expone que la mayor gravedad del hecho delictivo casualmente hallado, en atención al principio de proporcionalidad, concede base al juez para investigar el mismo¹¹⁰. No obstante, añade el mismo el componente del principio de intervención indiciaria ya que “sucede aquí, que el juez, debe igualmente respecto del nuevo ilícito, no sólo ponderar si es lo bastante grave como para que no quiebre el principio de proporcionalidad,

¹⁰⁹ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ed. Colex, Madrid, 1990, p. 92.

¹¹⁰ ECHARRI CASI, F. J., “Prueba ilícita: conexión de antijuricidad y hallazgos casuales”, *Revista del Poder Judicial* nº 69, 2003, pp. 287 y 288., sobre la proporcionalidad, determina que “también puede suceder que si el ilícito investigado es de mayor gravedad que el casualmente hallado, el principio de proporcionalidad, permitirá que la autorización judicial quedara implícitamente ampliada, sobre la base de que, si se concedió la autorización para investigar lo más grave, tanto más servirá para investigar lo menos, pues será más proporcionada”.

sino hacer una serie de valoraciones que afectan a otros principios constitucionales, entre los que se encuentra el principio de intervención indiciaria. Este principio tiene mayor alcance que el de especialidad, pues se refiere tanto a las intervenciones necesitadas de previa autorización judicial, como a las que no, mientras que el de especialidad viene referido exclusivamente para medir el alcance de la resolución judicial habilitadora, siendo de hecho uno de sus requisitos. En consecuencia, la justificación del rechazo del hallazgo casual puede partir no sólo del hecho de que la no ponderación de la gravedad del nuevo ilícito no justifique esa intervención domiciliaria o de las comunicaciones, sino también por no haberse producido, respecto de él, la correspondiente valoración indiciaria”¹¹¹.

En este sentido la ponderación determina la graduación de la naturaleza del delito y de su gravedad, la posibilidad de determinar su existencia por medios que no supongan la afeción de un derecho fundamental, así como la concurrencia de otras circunstancias¹¹². Si bien el Tribunal Supremo pone límites al mismo, y es que *“ante la existencia de una clase de delincuencia que se organiza en ocasiones de forma tal que puede dificultar seriamente la acción de la Justicia, e incluso puede llegar a cuestionar la propia supervivencia del sistema, se impone la búsqueda de equilibrios entre la salvaguarda de la privacidad (y de otros derechos) frente*

¹¹¹ ECHARRI CASI, F. J., “Prueba ilícita: conexión de antijuricidad y hallazgos casuales”, Revista del Poder Judicial nº 69, 2003, pp. 287 y 288.

¹¹² ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., “Los descubrimientos casuales...”, op. cit., pp. 46 y 47, *“supone graduar la naturaleza del delito, su gravedad, la posibilidad o no de su descubrimiento por otros medios menos gravosos social e individualmente considerados, y valorar, por último, las demás circunstancias concurrentes. Exige una ponderación del conflicto de derechos; de los derechos básicos confrontados en un proceso penal: el derecho a la defensa del imputado y el derecho del Estado a la comprobación y persecución del delito, debiéndose valorar el interés que debe prevalecer en cada caso, especialmente el interés social y de orden público que subyace en la eficaz persecución de las infracciones penales”*.

a la necesidad de obtener estándares aceptables de seguridad, entendida ésta como orientada fundamentalmente a garantizar el ejercicio pacífico y normalizado de los derechos. Pero esa necesidad no excluye la exigencia de una justificación suficiente en cada caso”¹¹³.

B) Análisis jurisprudencial

Una vez estudiada la definición y las diversas soluciones doctrinales aportadas respecto al hallazgo casual, procedemos a analizar los requisitos considerados por la jurisprudencia para que el hallazgo casual pudiera ser prueba válida en nuevo procedimiento.

En primer lugar, podemos observar que el Tribunal Supremo distingue los dos supuestos en los cuales puede concurrir el hallazgo casual, en el ámbito de la intervenciones telefónicas (lo que supone la protección al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 de la Constitución Española) haciendo especial énfasis en los **principios de especialidad y proporcionalidad**, que determinan el modo en que deben actuar tanto las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, como el juez que dictó el auto autorizante de la entrada y registro.

“1) Si los hechos descubiertos tienen conexión (de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) con los que son objeto del procedimiento instructorio, los hallazgos surtirán efectos tanto de investigación cuanto, posteriormente de prueba.

¹¹³ STS 1308/2011, de 30 de noviembre (LA LEY 241460/11).

2) Si los hechos ocasionalmente conocidos no guardasen esa conexión con los causantes del acuerdo de la medida y aparentan una gravedad penal suficiente como para tolerar proporcionalmente su adopción, se estimarán como mera "notitia criminis" y se deducirá testimonio para que, siguiendo las normas de competencia territorial y en su caso las de reparto, se inicie el correspondiente proceso"¹¹⁴.

Por tanto, la concurrencia de conexión con el delito objeto de investigación determinará la ampliación del mismo por el juez que dictó el auto que acordó el registro y su instrucción dentro de la misma causa. En caso en que no exista conexión, las autoridades actuantes deberán elaborar un atestado que presentará para su conocimiento final por el juez al que corresponda el conocimiento de la causa, conforme a las normas de competencia y reparto. No obstante, el juez que tenga conocimiento que en el ámbito de las actuaciones propias del objeto de su procedimiento se ha producido un hallazgo casual que suponga un nuevo hecho delictivo no conexo, deberá remitir testimonio de las actuaciones para su reparto respecto al nuevo hecho que deberá instruirse, continuando su conocimiento respecto al objeto que motivó el registro, si procede.

El Tribunal Supremo ha llegado a admitir la validez de un hallazgo casual en el curso de un registro, habiendo continuado el juez que autorizó el registro conociendo de aquello sobre lo que se halló¹¹⁵.

¹¹⁴ SSTS 25/2008, de 28 de enero (LA LEY 12947/2008) y 818/2011, de 21 de julio (LEY 119772/2011).

¹¹⁵ STS 237/2015, de 23 de abril (LA LEY 55080/2015). En este reciente caso, el Tribunal Supremo admitió la investigación conjunta en el mismo procedimiento de delitos sin conexión procesal, dado que habiéndose iniciado la investigación por tráfico de drogas, en el curso del registro se descubrió como "hallazgo casual" una trama de condonación de multas en el seno de la Jefatura de Tráfico de Lugo. El Tribunal Supremo considera que no

Lo que en ningún caso procede es la plena inacción ante un hallazgo casual, y es que, como de un modo muy práctico y ejemplificativo establece el Tribunal Supremo, *“en estos supuestos en que se investiga un delito concreto y se descubre otro distinto, no puede renunciarse a investigar la notitia criminis incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello pueda hacer precisa una nueva o específica autorización judicial o una investigación diferente de la del punto de arranque. Otra cosa significaría por ejemplo, la impunidad de un grave asesinato que se descubriera en un domicilio registrado o en una intervención telefónica acordada para descubrir estupefacientes para el tráfico o acreditar productos de receptación”*¹¹⁶.

Debe diferenciarse este supuesto de aquel auto vacío de contenido, el cual autorice un registro con la mera finalidad de revelar posibles actividades delictivas que pudieran estar cometiéndose, sin previa determinación, lo cual sería una clara conculcación del derecho fundamental.

Dicho esto, *“no se vulnera la especialidad y ésta se da cuando no se produce una novación del tipo penal investigado, sino una adición o suma; así como que no puede renunciarse a investigar la notitia criminis incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque*

cabe nulidad de actuaciones por cuanto la discrepancia sobre las normas de reparto de los asuntos entre diversos órganos judiciales de la misma jurisdicción y ámbito de competencia no vulneran derecho fundamental, así como tampoco tienen trascendencia respecto al alcance constitucional de las normas de conexión. Se considera que el principio de seguridad jurídica y el de necesidad de conservación de los actos procesales inclinan a mantener su validez, retrotrayendo las actuaciones al juicio oral en el que se había acordado la absolución ante la nulidad de la prueba.

¹¹⁶ STS 818/2011, de 21 de julio (LA LEY 119772/2011).

*ello hace precisa una nueva autorización judicial específica o una investigación diferente de la que aquélla sea mero punto de arranque*¹¹⁷.

Si bien podríamos entender que dicho principio de especialidad también es aplicable al hallazgo casual en entradas y registros, la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo distingue ambos supuestos, otorgando validez de lo hallado casualmente en un registro como prueba en el proceso penal, no en base al principio de especialidad, sino en la **flagrancia delictiva**. Así es, por cuanto *“la jurisprudencia más reciente abandona dicha interpretación jurisprudencial (la que aplica el citado principio de especialidad) destacando las diferencias existentes entre la intervención telefónica y la entrada y registro, tanto por la distinta afectación de una y otra diligencia sobre la intimidad, verdaderamente más intensa y directa en la intervención telefónica, como por la prolongación temporal de una y otra injerencia, pues la entrada y registro tiene acotada su duración temporal en una jornada y se desarrolla en unidad de acto, en tanto que la intervención telefónica tiene una duración que se prolonga a un mes susceptible de ampliación y, consecuentemente, con unas facultades de control judicial distintos*¹¹⁸.

¹¹⁷ STS 818/2011, de 21 de julio (LA LEY 119772/2011). En el mismo sentido, y de modo ejemplificativo es muy clara la STS 60/2012, de 8 de febrero (LA LEY 13094/2012), que considera lícito el descubrimiento ocasional cuando de una inicial investigación de un grupo rumano que se dedicaba a la extorsión de menores extranjeras y al negocio de tráfico y explotación sexual, se descubre, tras la interceptación telefónica con orden judicial habilitadoras, una red de tráfico y de depósito de drogas, recordando que *“en estos supuestos en que se investiga un delito concreto y se descubre otro distinto, no puede renunciarse a investigar la notitia criminis incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello pueda hacer precisa una nueva o específica autorización judicial o una investigación diferente a la del punto de arranque”*.

¹¹⁸ STS 539/2011, de 26 de mayo (LA LEY 90864/2011). En el mismo sentido ATS 1294/2017, de 27 de julio (LA LEY 146260/2017).

No entramos en este punto a definir el concepto de flagrancia, el cual ha sido elaborado jurisprudencialmente, y cuyo objeto está basado en el establecimiento de un límite temporal como es la inmediatez, la percepción directa y efectiva del delito y la necesidad urgente de la intervención¹¹⁹.

De tal modo que si en la práctica del registro aparecen objetos constitutivos de un cuerpo de posible delito distinto a aquel para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se instala en la nota de flagrancia. La práctica en este punto, avalada por el Tribunal Supremo, debe ser la de suspender el acto a fin de poner en conocimiento del juez que conoce del procedimiento el hallazgo, pudiendo el mismo ampliar el auto que habilite a su recogida.

El Tribunal Supremo, en el año 2010, fijó los requisitos y efectos del hallazgo casual:

“a) Lo que realmente otorga validez a la práctica de un registro, cualquiera que fuere, no es sino la correcta habilitación judicial para la ejecución del allanamiento

¹¹⁹ La STS 539/2011, de 26 de mayo (LA LEY 90864/2011) cita en apoyo de su argumentos las SSTS de 4 de febrero de 1994, 15 de noviembre de 2002 y 3 de febrero del 2004 y dispone que “en igual sentido, la STS 167/2010 de 24 de febrero, recoge la doctrina de otras sentencias precedentes como la 315/2003 de 4 de marzo que admitió la validez de la diligencia cuando, aunque el registro se dirigiera a la investigación de un delito, se encontraran efectos o instrumentos de otro que pudiera entenderse como delito flagrante. Con similar criterio se pronuncia la Sentencia 768/2007, de 1 de octubre, en la que se declara que la doctrina de esta Sala ha entendido que el hecho de que el hallazgo de elementos probatorios de un determinado delito se produzca en el curso de la investigación autorizada para otro delito distinto no supone la nulidad de tal hallazgo como prueba de cargo. En la STS nº 885/2004, de 5 de julio, se decía que “Las Sentencias de esta Sala, 1004/1999, de 18 de junio, y 1990/2002, de 29 de noviembre, sientan la doctrina de que si el hallazgo es casual, no por ello deja de tener valor lo encontrado, siempre que estemos en presencia de flagrancia delictiva...”.

domiciliario legal, en el momento en el que éste se lleva a cabo, con la entrada de los funcionarios en la vivienda objeto de la pesquisa.

b) Una vez cumplido tal requisito esencial, a partir de ese momento, la actuación policial discurre en un ámbito perfectamente legítimo, en sus dimensiones espacial y temporal, durante su transcurso íntegro.

c) Por ello, cualquier hallazgo que, en tales circunstancias, se produzca no puede ser tachado de irregular vista la legalidad en la que la diligencia discurre.

d) Si a ello se une, además, la concurrencia de la proporción entre la injerencia en el derecho fundamental y la gravedad del ilícito inesperadamente descubierto, la diligencia adquiere una imprescindible cobertura, como en el presente supuesto acontece al tratarse de un posible delito contra la Salud pública, sancionado por su trascendencia social con elevadas penas de prisión.

e) Tan sólo si se advirtiera que todo ello pueda responder, en realidad, a un designio intencionado de los funcionarios solicitantes del registro que fraudulentamente hubieren ocultado al juez autorizante, por las razones que fueren, el verdadero motivo de su investigación, la violación del domicilio habría de ser considerada nula. Circunstancia

que, en el caso que nos ocupa, ni siquiera ha sido objeto de sospecha”¹²⁰.

Recoge este último punto el principio de la **buena fe procesal**¹²¹, cuya ausencia determinaría la nulidad de las actuaciones así llevadas a cabo. Es esencial, en protección del derecho fundamental de inviolabilidad domiciliaria, que dicho hallazgo debe tener su origen y ser consecuencia de un registro realizado conforme a los requisitos legales y jurisprudenciales exigidos.

Si se encontrase una nueva prueba, y fuera **conexa** a la anterior investigación, sería una prueba válida; si no fuera conexa y el hallazgo fuera prueba de un nuevo delito, o de participación de terceras personas, se debe considerar *notitia criminis* y hay renovar la autorización judicial previa, para evitar vulneración de garantías de derecho fundamentales y seguir con la investigación.

En cuanto a la forma de proceder, el auto de autoriza la entrada y registro deberá determinar los efectos a intervenir, relacionados en todo caso con las actuaciones de las que se deriva la entrada y registro. No obstante, y como estamos observando, en caso de hallazgo casual es posible una ampliación del auto para la intervención de nuevos efectos distintos a los previstos inicialmente.

¹²⁰ STS 1110/2010, de 23 de diciembre (LA LEY 237235/2010).

¹²¹ STS 1093/2003, de 24 de julio (LA LEY 130474/2003) que establece que “*La suspensión del registro no era absolutamente necesaria para la validez de la prueba, pues conforme a nuestra doctrina sobre el hallazgo casual realizado de buena fe en el curso de un registro legítimamente autorizado, el hallazgo inicial constituía una prueba de cargo válida, aún sin necesidad de un nuevo registro*”.

Esta ampliación puede suponer la suspensión de la entrada y registro, hasta que se proceda a la misma formalmente. No obstante, el Tribunal Supremo ha ido más allá, y ha considerado válido que, cuando en el transcurso de una diligencia fueran localizados efectos distintos a los inicialmente previstos, el letrado de la Administración de Justicia realice una llamada telefónica al juez que acordó la medida y, por el mismo medio, se amplíe respecto a los mismos, sin perjuicio de su posterior documentación escrita. El Tribunal Supremo ha determinado que tal forma de proceder se acepta en el contexto de la flagrancia observada en el ámbito de las actuaciones de la comisión judicial¹²².

Basta por tanto, en el supuesto que acabamos de analizar, el auto oral dictado por el juez competente para conocer del asunto, bajo la fe pública judicial del letrado de la Administración de Justicia, para habilitar la validez de la prueba obtenida, sin perjuicio de la posterior documentación escrita del mismo. Y ello a pesar de que, en el momento en que se interviene el hallazgo dicha resolución no esté redactada, ni incorporada al procedimiento, ni por supuesto, notificada. En tal caso, será el letrado de la Administración de Justicia el que notifique a los asistentes al acto la resolución adoptada por el juez, haciéndolo así constar en el acta¹²³.

¹²² RODRIGUEZ LAINZ, J. L., "El aseguramiento policial de la entrada en el transcurso de un registro domiciliario", Diario La Ley, nº 7683, sección doctrina, julio 2011, año XXXII, ref. D-317 (LA LEY 12237/2011), el cual refiere a tales efectos la citada STS 1110/2010, de 23 de diciembre (LA LEY 237235/2010).

¹²³ No obstante, para el Tribunal Supremo en STS 1093/2003, de 24 de julio (LA LEY 130474/2003) "*La alegada falta de notificación del segundo auto es discutible pues en las actuaciones consta la notificación del auto de incoación de las nuevas diligencias, que parece abarcar lo actuado. En cualquier caso la declaración de secreto sumarial explica la falta de notificación expresa de las diligencias acordadas. Pero, en lo esencial, lo relevante es que este registro no constituye más que la continuación del anterior, interrumpido a la vista del hallazgo casual, por lo que ni la falta de notificación expresa ni la utilización de la delegación ya legalmente realizada para el registro inicial constituyen vicios sustanciales que impliquen vulneración alguna del derecho a la inviolabilidad domiciliaria*", no

C) Regulación legal

En el ámbito de la entrada y registro (arts. 545 a 572 de la LECrim) no se regula nada en cuanto al “hallazgo casual”. Ni en cuanto a su proceder, ni los requisitos y circunstancias que pueden concurrir, ni por lo que refiere a su validez.

Ante tal circunstancia, el último borrador de anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹²⁴ prevé una regulación exhaustiva respecto a los hallazgos casuales de conformidad a la línea jurisprudencial más reciente. El artículo 338, en sede específica de registro domiciliario, tiene por rúbrica “Descubrimientos casuales” y establece:

“1. Si durante el registro domiciliario se descubren objetos o documentos referidos a otro delito, se recogerán los efectos casualmente descubiertos, dando cuenta al fiscal en el caso de que éste no haya concurrido al registro.

2. El ministerio fiscal habrá de recabar inmediatamente la pertinente autorización del juez de Garantías para extender el registro a los nuevos hechos descubiertos.”

No obstante, la regulación del anteproyecto va más allá, ya que regula también la posible utilización de los objetos intervenidos en

considerando la falta de notificación vicio que invalide la prueba obtenida a partir de un hallazgo casual.

¹²⁴ Borrador de anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 25 de febrero de 2013.

procesos distintos a aquel que originó su intervención. En este sentido, el artículo 339 del anteproyecto establece que:

“Los documentos e informaciones obtenidos con ocasión de un registro podrán ser utilizados en otro procedimiento de investigación o proceso penal, previa autorización del juez de Garantías de la nueva investigación, cuando resulten necesarios para el esclarecimiento del delito objeto de la misma o la determinación de sus responsables”.

Esta regulación puede observarse acorde a la reciente jurisprudencia por cuanto el anteproyecto, como vimos anteriormente, establece que uno de los requisitos necesarios del auto que autoriza el registro es que determine la finalidad y alcance del mismo. Esta circunstancia puede verse en contradicción con el mayor interés general y social que puede suponer la detención y procesamiento de todos aquellos que lleven a cabo conductas delictivas, primando inicialmente las garantías del investigado frente al interés general de la sociedad en la revelación y punibilidad de las conductas delictivas. No obstante, y como vemos en este art. 339, todo ello puede ser subsanado por el juez de Garantías, que podrá ordenar una nueva instrucción sobre los hallazgos encontrados.

La Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, reformó la rúbrica del Título VIII del Libro II “De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de

la Constitución” y diversos preceptos de su Capítulo I “De la entrada y registro en lugar cerrado”. Esta hubiese podido ser buena ocasión para incluir la regulación del hallazgo casual en sede de entrada domiciliaria. No obstante, dicha Ley Orgánica sí introdujo una regulación del hallazgo casual en el art. 579.bis, en sede de *“la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica”*, si bien por su contenido puede aplicarse a los supuestos de hallazgo casual en registros domiciliarios.

Dicho precepto tiene por rúbrica *“Utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales”*, permitiendo en su párrafo primero su utilización como medio de investigación o prueba en otro proceso penal y describiendo el procedimiento para que se realice de forma válida:

“1. El resultado de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica podrá ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal.

2. A tal efecto, se procederá a la deducción de testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia. Se incluirán entre los antecedentes indispensables, en todo caso, la solicitud inicial para la adopción, la resolución judicial que la acuerda y todas las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el procedimiento de origen.

3. La continuación de esta medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización

del juez competente, para la cual, éste comprobará la diligencia de la actuación, evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento. Asimismo se informará si las diligencias continúan declaradas secretas, a los efectos de que tal declaración sea respetada en el otro proceso penal, comunicando el momento en el que dicho secreto se alce.”

La validez de la prueba obtenida en caso de hallazgo casual tiene su reflejo en el derecho procesal penal europeo. Así se recoge en el derecho procesal alemán¹²⁵ que prevé una autorización expresa en este sentido y el derecho procesal italiano¹²⁶, que si bien excluye en principio la utilización en otro proceso, admite, sin embargo, una excepción para los casos de delitos de cierta gravedad¹²⁷.

CASANOVA MARTÍ extrae de las resoluciones del Tribunal Supremo que lo hallado en un procedimiento sólo podrá ser utilizado en otro cuando se justifique la legitimidad de la injerencia, pero no sólo en el procedimiento de origen, sino que, a su vez, se requiere que en el segundo procedimiento concurren las circunstancias y requisitos estudiados para que en su caso el juez hubiese acordado la entrada y registro para este último¹²⁸.

¹²⁵ Vid. art. 100.b de la Ordenanza Procesal Penal alemana, de 7 de abril de 1987.

¹²⁶ Vid. arts. 270 del Código de Procedimiento Penal italiano, de 22 de septiembre de 1988.

¹²⁷ Así recoge y motiva su admisión la STS 1313/2000, de 21 de julio (LA LEY 151489/2000).

¹²⁸ CASANOVA MARTÍ, R., “Nueva regulación de las intervenciones telefónicas: especial atención a la utilización del resultado de esta diligencia en un proceso penal distinto”. *El*

5. Presencia física del juez en la diligencia de entrada y registro

Desde luego, la presencia del juez en la diligencia de entrada y registro determinaría la presencia del letrado de la Administración de Justicia como fedatario de una actuación judicial, del mismo modo que se prevé en otros supuestos legales¹²⁹. Sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal no establece que el juez sea uno de los sujetos que deba asistir a la diligencia de entrada y registro domiciliario¹³⁰.

En efecto, de conformidad con lo previsto en el art. 563 de la LECrim, el juez instructor podrá encomendar la entrada y registro a cualquier autoridad o agente de la Policía judicial. Dicho en otras palabras, una de las personas que excepcionalmente puede entrar en el domicilio de un residente en España es el juez, ante indicios de encontrarse en el mismo el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles y otros efectos que puedan servir para su descubrimiento o comprobación, tras el dictado de auto motivado. Si bien, el referido artículo permite que el juez no esté presente, delegando en la autoridad o agente de la Policía judicial.

La Exposición de Motivos de la Ley 22/1995, de 17 de julio, mediante la que se garantiza la presencia judicial en los registros domiciliarios justifica la posibilidad de delegación del juez en las autoridades (de conformidad a lo previsto en el art. 563 de la LECrim) en

proceso penal. Cuestiones fundamentales. Ed. Tirant lo Blanch. 2017, que aborda en este punto la posibilidad de impugnación de la medida en el segundo proceso.

¹²⁹ Vid. la diligencia de reconocimiento judicial, el levantamiento de cadáver por muerte violenta, entre otras.

¹³⁰ De entre los así dispuestos en el art. 569 de la LECrim.

que dicha *“delegación que hace el juez en un funcionario de policía es de una función gubernativa y no de una función jurisdiccional”*. Así pues, el juez puede delegar su asistencia a la diligencia, pero no puede hacerlo el letrado de la Administración de Justicia, ya que ejerce en este acto *“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”*. Y es que anteriormente a la citada reforma, cuando a la Policía judicial se le encomendaba por el juez la dirección del registro, los agentes realizan materialmente la misma e incluso realizaban las funciones propias del letrado de la Administración de Justicia.

La ausencia del juez en la diligencia de entrada y registro se ha puesto de manifiesto a través de la modificación llevada a cabo por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, que en su artículo 2 determina la modificación, entre otros, del artículo 574 de la LECrim. Siendo consciente el legislador de la ausencia del juez en estas actuaciones, en donde el citado precepto decía *“El juez recogerá los instrumentos y efectos del delito...”* y *“Los libros y papeles que se recojan serán foliados, sellados y rubricados en todas sus hojas por el juez...”*; ahora expresa: *“El juez ordenará recoger los instrumentos y efectos del delito...”* y *“Los libros y papeles que se recojan serán foliados, sellados y rubricados en todas sus hojas por el secretario judicial (LAJ), bajo su responsabilidad.”*

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo reseña la validez de una entrada y registro realizada con presencia inicial del juez, el cual tuvo que ausentarse a lo largo de su práctica por necesidades del servicio, considerándolo irrelevante por cuanto la diligencia se practicó hasta su

conclusión con los prescriptivos requisitos legales al encontrarse presente el letrado de la Administración de Justicia, con asistencia de los agentes policiales y del morador de la vivienda¹³¹.

Como inciso final al respecto, observamos que, el último borrador de anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal publicado, no prevé como sujeto que concurre en la entrada y registro al juez o magistrado, sino al ministerio fiscal¹³². Esta tendencia legislativa tiene por fin que sean los Fiscales los que dirijan la fase de instrucción de dicho proceso. No obstante, como antes apuntamos, en tanto la entrada y registro supone una intromisión en un derecho fundamental, en todo caso se requerirá un auto autorizante del mismo, que sí dictará el juez o magistrado competente, conocido en esta nueva regulación como “juez de Garantías”.

Personalmente, considero que en la práctica de esta diligencia sin la presencia del juez que la acuerda no compromete el principio de inmediación propio del procedimiento penal, por cuanto el juez dispondrá en el momento en que el interesado se ponga ante su presencia para su declaración en calidad de investigado, en su caso, del acta redactada por el letrado de la Administración de Justicia que recogerá los efectos intervenidos así como las circunstancias concurrentes que el mismo hubiese considerado relevantes y sobre las que podrá preguntar al investigado en dicha declaración.

¹³¹ ALONSO PEREZ, F., “Formalidades en la práctica...”, op. cit., p. 1840; el cual refiere STS de 15 de diciembre de 1998 (LA LEY 1659/1999).

¹³² Art. 334 del borrador de anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

CAPÍTULO II.

LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO

La LECrim establece en su normativa tres grupos de actuaciones de los funcionarios policiales en el ámbito de las entradas y registros, a los que por lo demás impone el deber (art. 297, párrafo 3º) de "observar estrictamente las formalidades legales en cuantas diligencias practiquen", que son:

1ª Manifestaciones que hicieren a consecuencia de las averiguaciones que hubieren practicado, que según lo dispuesto en el párrafo 1º, art. 297 de la LECrim, se considerarán denuncias a efectos legales.

Las diligencias de averiguación simplemente emiten conclusiones derivadas de la investigación policial. Como tales carecen por propia naturaleza de sustancia probatoria y por ello la norma sólo les otorga el carácter de denuncia.

2ª Las demás declaraciones, en cuanto "se refieran a hechos de conocimiento propio" (art. 297.2º de la LECrim). Con esta norma se conecta de manera obvia el ámbito posible de la testificación de tales funcionarios en el juicio oral que previene el art. 717 LECrim.

Los hechos de conocimiento propio se insertan en la esfera propia del testimonio. El agente policial puede dar verificación de hechos que ve, o presencia. Tales casos no están provistos de la cobertura proporcionada

por las formalidades legales y, por tanto, pueden declarar respecto a los mismos como meros testigos de los hechos que los mismos hayan presenciado, sin mayor ni menor valor que lo que supone su propia declaración.

3ª Actuaciones que no son propiamente policiales, sino sustitutivas por delegación (el término está expresamente utilizado por el art. 572 de la LECrim.); en las que no cabe duda que el representante actúa como podría hacerlo el representado: en este caso el juez de instrucción.

Cuando el funcionario policial actúa como delegado del juez instructor, su actuación se transmuta en actividad judicial y la diligencia se convierte en sumarial. De igual modo que al juez afecta la norma general contenida en el art. 321 de la LECrim., expresiva de que los jueces formarán el sumario ante sus secretarios, la fiabilidad de la diligencia probatoria descansa en el cumplimiento de la exigencia apuntada de concurrencia de la fe pública judicial¹³³.

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado podrán actuar en las entradas y registros por su propia autoridad en los supuestos de delito

¹³³ STSS de 24 de marzo de 1992 (LA LEY 14643-R/1992) y de 16 de diciembre de 1991 (LA LEY 2500-JF/0000), en relación con el art. 297 de la LECrim, que dispone: “Los atestados que redactaren y las manifestaciones que hicieren los funcionarios de Policía judicial, a consecuencia de las averiguaciones que hubiesen practicado, se considerarán denuncias para los efectos legales.

Las demás declaraciones que prestaren deberán ser firmadas, tendrán el valor de declaraciones testificales en cuanto se refieran a hechos de conocimiento propio.

En todo caso, los funcionarios de Policía judicial están obligados a observar estrictamente las formalidades legales en cuantas diligencias practiquen, y se abstendrán bajo su responsabilidad de usar medios de averiguación que la Ley no autorice”.

flagrante¹³⁴. Del registro efectuado, se dará cuenta inmediata al juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieran practicado. Asimismo, se indicarán las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos¹³⁵. Del incumplimiento de la referida dación de cuenta devendrá la consecuente ilicitud de la prueba obtenida en el mismo¹³⁶.

En cualquier otro supuesto distinto al contemplado en dicho artículo, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado deberán actuar por mandamiento del juez, previo dictado del Auto autorizante de la entrada y registro a practicar y con el concurso en el acto del letrado de la Administración de Justicia, que de fe pública judicial de lo que en el mismo ocurre.

¹³⁴ Así se pone de manifiesto y se define en el art. 553, párrafo 1º, de la LECrim tras la redacción acogida por la modificación llevada a cabo por LO 4/1988, que dispone que "Los agentes de policía podrán, asimismo, proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa o, en casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido.

Del registro efectuado, conforme a lo establecido en el párrafo anterior, se dará cuenta inmediata al juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieran practicado. Asimismo, se indicarán las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos."

¹³⁵ Así se recoge en el art. 553, párrafo 2º, de la LECrim.

¹³⁶ HERRERO HERRERO, C., "Competencias excepcionales de los agentes de policía en materia de entrada, detención y registro en lugar cerrado (artículo 553 LECr.). Potenciales conexiones con la denominada prueba ilícita", La Ley Penal, nº 89, Sección Estudios, enero 2012, Ed. LA LEY (LA LEY 24407/20101).

El anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹³⁷ incrementa el número de supuestos en los que los agentes pueden actuar por propia autoridad al registro de vehículos¹³⁸ y a las investigaciones referentes a organizaciones terroristas o de delitos de terrorismo, por razón de excepcional o urgente necesidad¹³⁹. A su vez, regula los supuestos de registro por los agentes en lugares que no tengan la consideración de domicilio¹⁴⁰.

¹³⁷ Borrador de anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 25 de febrero de 2013.

¹³⁸ "Artículo 343, anteproyecto de reforma de la LECrim. Registro de vehículos.

1. Los agentes de la policía podrán llevar a cabo, de propia autoridad, el registro de vehículos, maletas, muebles y enseres, a los solos efectos de la búsqueda y ocupación de armas u otros objetos peligrosos, drogas tóxicas o estupefacientes y cualesquiera otros objetos de ilícito comercio.
2. También podrán efectuarlo para realizar la detención de personas, en los casos que esta ley lo autoriza o para impedir o controlar la entrada o permanencia ilegal de inmigrantes en España o cualquier clase de tráfico ilegal de personas.
3. El registro no podrá extenderse a otros efectos que se encuentren en el interior del vehículo sin autorización del ministerio fiscal."

¹³⁹ "Artículo 333, anteproyecto de reforma de la LECrim. Supuestos especiales.

2. En las investigaciones referentes a organizaciones terroristas o de delitos de terrorismo, por razón de excepcional o urgente necesidad, los agentes de policía podrán proceder, de propia autoridad, a la detención de los responsables cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se oculten o refugien, así como al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallen y que puedan guardar relación con el delito investigado.
3. Del registro efectuado, conforme a lo establecido en el párrafo anterior, se dará cuenta inmediata al ministerio fiscal y, por éste, al juez de Garantías, con indicación de las causas que lo motivaron y los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hayan practicado.

Asimismo, se dejará constancia de las personas que han intervenido y los incidentes ocurridos."

¹⁴⁰ "Artículo 342, anteproyecto de reforma de la LECrim. Lugares cerrados que no tienen la consideración de domicilio.

1. La entrada en lugares cerrados que, con arreglo a esta ley, no tengan la consideración de domicilio se llevará a cabo por el ministerio fiscal o por la policía judicial sin autorización judicial.

Para proceder al registro de los mismos se exigirá siempre autorización del ministerio fiscal.

No obstante, en este estudio nos centramos en las diligencias de entrada y registro acordadas judicialmente y, al respecto, tal y como ya hicimos referencia al tratar la intervención del juez en las diligencias de entrada y registro, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 563 de la LECrim, el juez instructor podrá encomendar la entrada y registro a cualquier Autoridad o agente actuante. Precisamente este precepto es el que permite que el juez no esté presente en el registro, al delegar su presencia en la Autoridad o agente actuante¹⁴¹.

El Auto que autoriza la entrada y registro debe contener, de conformidad con lo establecido en el art. 572 de la LECrim, la expresión de “*los nombres del juez, o de su delegado, que la practique y de las demás personas que intervengan*”. Este precepto ha sido objeto de copiosa jurisprudencia como consecuencia de múltiples recursos cuya finalidad ha sido determinar la nulidad de la entrada y registro practicada con base en la ausente o deficiente identificación de los agentes actuantes o intervinientes¹⁴².

2. La entrada y registro en estos recintos, se regirá por lo dispuesto para la entrada y registro en el domicilio, en cuanto sea compatible con la naturaleza de estos lugares cerrados.

3. El decreto del ministerio fiscal que ordene el registro tendrá el mismo contenido que el auto judicial que se establece en el artículo 332 de esta ley.”

¹⁴¹ La “Exposición de Motivos” de la Ley 22/1995, de 17 de julio

¹⁴² Su planteamiento jurisprudencial, doctrinal y legislativo ha sido objeto de estudio en sede del contenido del auto autorizante de la entrada y registro. Vid. epígrafe II.1.1 de la presente tesis.

1. Diferenciación entre el acto de “entrada” (y aseguramiento) y el “registro”

Una vez autorizado el registro por Auto, y presentes los agentes intervinientes en la misma, es necesario hacer mención de la distinción que la más reciente jurisprudencia ha realizado acerca de qué debe entenderse por “entrada” y qué por “registro”, considerando ambos actos plenamente diferenciados¹⁴³, y teniendo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado distintas funciones en cada uno de ellos. No obstante, esta línea jurisprudencia no fue la acogida originariamente por el Tribunal Supremo, que llegó a considerar nula toda actuación realizada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado previa a la llegada de la comisión judicial con el correspondiente auto autorizante y los mandamientos correspondientes a las fuerzas actuantes.

¹⁴³ ARAGONES MARTÍNEZ, S., *Derecho procesal penal*, ed. Universitaria Ramón Areces, 8ª edición, 2007, pp. 367 y 368, que manifiesta que “esta diligencia se compone, en realidad, de dos actuaciones diferenciadas entre sí –la entrada y el registro-, pues si bien todo registro de un lugar presupone su penetración, la entrada no siempre implica la realización de las operaciones de búsqueda y reconocimiento propias de aquel. La simple entrada en un lugar se practica cuando hubiese indicios de encontrarse allí la persona presuntamente responsable de los hechos delictivos (para detenerla). El registro, si se sospecha de la presencia de efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación. No obstante lo anterior, ambas diligencias son objeto de un tratamiento legal conjunto justificado por su normal conexión”.

A) Primera línea jurisprudencial, contraria a la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado previa al mandamiento y llegada de la comisión judicial

Una primera línea jurisprudencial del Tribunal Supremo establecía el límite de la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en lo dispuesto en el art. 567 de la LECrim, es decir, en las medidas de vigilancia que se considerasen 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 delito; entendiéndose como tales medidas las *“de carácter periférico, manteniéndose en el exterior del domicilio, la vigilancia adecuada para evitar la fuga del sospechoso o para que se saquen del interior instrumentos, efectos o cualesquiera cosas que haya de ser objeto del registro, no pudiéndose legitimar una entrada previa en el domicilio por los funcionarios policiales o los agentes de la autoridad, aunque tenga carácter preventivo, sin exhibir mandamiento judicial ni por tanto mostrárselo al interesado”*¹⁴⁴.

De conformidad con esta interpretación se consideró que la existencia del mandamiento judicial y su presencia en el momento de realización de la entrada “sería, en primer lugar, una formalidad esencial del procedimiento de un extraordinario valor para mantener dentro de los cánones de legitimidad constitucional el acto mismo de la entrada; y en

¹⁴⁴ STS 227/2000, de 22 de febrero (LA LEY 6087/2000).

segundo lugar, por sostener una interpretación restrictiva, prácticamente literal, de la habilitación legal contenida en el art. 567 de la LECrim”¹⁴⁵.

Conforme a este punto de vista, *“la adopción de medidas de vigilancia, como las llama la ley, no permite la entrada en el domicilio sin mandamiento. Así se desprende del art. 568 de la LECrim, en el que se dispone que, una vez practicadas las diligencias que se establecen en el artículo anterior (medidas de vigilancia), se procederá a la entrada y registro empleando para ello, si fuera necesario, el auxilio de la fuerza. Es por tanto, después de tomadas las medidas, cuando se puede proceder a la entrada y practicar el registro, pero no antes, ya que la diligencia de entrada no sólo se realizaría sin mandamiento judicial sino que, en el caso de que el interesado o afectado se opusiese a la misma, nos encontraríamos ante una situación ilegal prevista en el Código Penal”,* de modo que *“No se puede legitimar una entrada previa en el domicilio por los funcionarios policiales o los agentes de la autoridad, aunque tenga carácter preventivo, sin exhibir mandamiento ni por tanto mostrárselo al interesado o a la persona que le represente, pues lo cierto es que se produce un allanamiento, sin cobertura legal, con efectos añadidos sobre la libertad deambulatoria de las personas que se encuentran en el interior del domicilio. Si mientras dura esta situación y hasta el momento de la llegada de la comisión judicial, se adoptan medidas coercitivas de inmovilización o se ocupan objetos, se está produciendo una intervención exclusiva de la policía que no se ajusta a las previsiones legales”*¹⁴⁶.

¹⁴⁵ RODRIGUEZ LAINZ, J.L., “El aseguramiento policial de la entrada en el transcurso de un registro domiciliario”, *Diario La Ley*, nº 7683, sección doctrina, julio 2011, año XXXII, ref. D-317 (LA LEY 12237/2011).

¹⁴⁶ STS 227/2000, de 22 de febrero (LA LEY 6087/2000).

En idénticos términos se consideró ilegal el registro realizado incluso en supuestos que podrían suponer una “flagrancia”, si bien observada después de una actuación que el Tribunal Supremo consideró ilegal, y que, por serlo, viciaba de nulidad el resto de la actividad instructora llevada a cabo. Este es el planteamiento realizado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo con su sentencia de 14 de enero de 2004, en la que se refirió a un supuesto en el que, antes de la llegada de la comisión judicial, *“se adelantaron dos agentes uniformados a fin de franquear la entrada, llamaron a la puerta de la vivienda, abriéndola Silvia y poniendo el pie uno de los agentes para evitar que la cerrara, forcejearon dicha Silvia y Marisol con los agentes, trataron de cerrar la puerta y al no conseguirlo las acusadas fueron a la cocina, situada a continuación del umbral de dicha puerta, y al ver los agentes que una de ellas —Marisol— arrojaba por la ventana dos bolsitas y que la otra —Silvia— daba con la mano a unas papelinas que había encima de la mesa arrojándolas al suelo, las siguieron hasta la cocina para retenerlas, momento en el que Marisol cogió las que habían caído al suelo y las tiró al fregadero; las bolsitas arrojadas por la ventana fueron recogidas por otro agente que se hallaba en el exterior; transcurridos unos dos minutos se presentaron en el domicilio la Sra. Secretaria del Juzgado de Instrucción y otros agentes, llevándose a efecto el registro”, resolviéndose que “ni consta, por otra parte, justificada la urgencia de la intervención adelantada con relación a la llegada de la Comisión judicial. El lanzamiento por la ventana de la droga se relata que se produce después de la entrada de los agentes en la vivienda. Si la puerta estaba cerrada, del mismo modo tendrían que llamar al timbre —con la consiguiente idéntica alarma— para conseguir que quienes estuvieran en el interior les abrieran, tanto en su actuación adelantada, como en la que*

tendrían que haber llevado a cabo en compañía de los miembros de la Comisión, solamente escasos minutos después”¹⁴⁷.

B) Segunda línea jurisprudencial, favorable a la labor previa de entrada y aseguramiento por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

Una segunda línea jurisprudencial, más reciente y actualmente mayoritaria, distingue nítidamente entre el acto de “entrada” y “registro”, considerándose que el registro es aquella diligencia realizada ante el letrado de la Administración de Justicia, pudiéndose previamente efectuar la entrada y aseguramiento de la vivienda por las fuerzas actuantes, fundamentado esencialmente tanto en razones de seguridad de los integrantes de la comisión judicial, como en razones de inoperancia ante las circunstancias concurrentes en el hecho concreto.

En este sentido, el Tribunal Supremo observó que en la autorización judicial objeto del recurso interpuesto se habían autorizado la práctica sucesiva de tres registros domiciliarios. Para tal caso, lo más conforme a ley hubiera sido acordar la entrada simultánea (llevándose a cabo con tres letrados de la Administración de Justicia), pero la presente resolución determina que la entrada y aseguramiento realizado por las fuerzas públicas habilitadas para ello eran conformes con las medidas preventivas previstas en el art. 567 de la LECrim¹⁴⁸. El Tribunal Supremo

¹⁴⁷ STS 39/2004, de 14 de enero (LA LEY 700/2004).

¹⁴⁸ STS 171/2007, de 26 de febrero (LA LEY 6624/2007).

no opone obstáculo alguno a esta forma de actuar en la que el operativo policial tiene que actuar con rapidez y utilizando el factor sorpresa¹⁴⁹.

En el mismo sentido, y en fecha anterior a ésta, el Tribunal Supremo consideró válida la entrada ordenada por el Jefe del Grupo Policial antes de la llegada del letrado de la Administración de Justicia, *“reuniendo a los ocupantes en el salón de la vivienda, aguardando la llegada del secretario que portaba el mandamiento, antes de llevar a cabo el registro autorizado judicialmente”*¹⁵⁰.

La más reciente sentencia resuelve la petición de nulidad de la diligencia de entrada y registro basada en la inexistencia *“de motivo alguno que autorizara a la Policía actuante a entrar en el domicilio antes de la llamada y presencia de la Secretaria Judicial, ya que no se trataba de un acto de aseguramiento, no existía consentimiento del recurrente, no se trataba de un supuesto de delito flagrante y la resolución judicial, aun existiendo, no fue exhibida ni notificada con carácter previo a los moradores de dicho domicilio, y además, la Policía actuante no solo entró en el domicilio sin la concurrencia de ningún presupuesto legal que los habilitara, sino que se*

¹⁴⁹ STS 1505/2005, de 23 de febrero (LA LEY 11939/2005), que del mismo modo que en la sentencia anteriormente referida, tiene como objeto la práctica de registros simultáneos en los que no se pudo garantizarse un número suficiente de fedatarios públicos.

¹⁵⁰ STS 455/2000, de 14 de marzo (LA LEY 8281/2000), determina la validez del registro en el que *“antes de la entrada de los agentes de Policía en el domicilio de la hoy recurrente, el juez de Guardia había autorizado tal diligencia y el secretario judicial --provisto del correspondiente mandamiento-- se dirigía hacia el mismo, y que aquellos agentes penetraron en él, antes de la llegada de la comisión judicial, por orden del Jefe del Grupo de Policía que estaba llevando a cabo las correspondientes diligencias, ante el temor de que la operación resultase fallida por llegar a conocimiento de Francisca el aviso de la detención de su hermano Simón. Ante esta situación, debe reconocerse que, en principio, no es posible hablar de que la diligencia cuestionada se llevase a cabo con infracción del derecho a la inviolabilidad del domicilio de la recurrente, por cuanto la autoridad judicial la había autorizado previamente”*.

extralimitó en su actuación, al efectuar un autentico registro sin la presencia de la Señora Secretaria”¹⁵¹.

En este supuesto concreto, la Policía esperaba a la Secretaria Judicial que realizaba otro registro cuando vieron al acusado en el portal y, no obedeciendo, se introdujo en la vivienda. La Policía accedió a la vivienda, asegurando la misma y *“limitando su actuación a interceptar (a los ocupantes), sacarlos al exterior de la vivienda y cerrar la reja de la puerta, permaneciendo en esta situación hasta que la Secretaria Judicial, concluido el registro en la casa de otros acusados, se personó en esta vivienda, anunciándose el registro, propiamente dicho”*.

Fueron las circunstancias concurrentes las que determinaron urgente intervención policial, que llevó a cabo la “entrada” en la vivienda y su aseguramiento, esperando a continuación la llegada de la Secretaria Judicial para comenzar el registro conforme a Ley (urgencia y necesidad que se corroboró por el acta de diligencia de entrada y registro realizado, que hizo a su vez *“constar la cocaína encontrada en el poyete de la ventana de la cocina y los efectos arrojados por la ventana al patio”*).

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo, dando a su vez carta de naturaleza al motivo de seguridad de los integrantes de la comisión judicial, consideró válida la entrada por la policía judicial, derribando una puerta de acero blindada reforzada por cuatro cerrojos, entrando a continuación los mismos con la finalidad de asegurar la vivienda, la cual era utilizada para el tráfico de drogas, y dentro de la cual sus ocupantes trataron de desprenderse de papelinas tirándolas por el inodoro,

¹⁵¹ STS 58/2010, de 10 de febrero (LA LEY 1563/2010).

consiguiendo rescatar una de ellas, como se hizo constar por el letrado de la Administración de Justicia¹⁵².

Esta justificación basada en la seguridad del letrado de la Administración de Justicia que dirige el acto de entrada y registro puede observarse en otras sentencias del Tribunal Supremo, sin considerarse perjuicio de los derechos fundamentales de los interesados ni merma de garantías para el procedimiento¹⁵³.

¹⁵² La STC 381/2010, de 27 de abril (LA LEY 41107/2010) dispone que *“los testimonios de los testigos policías nacionales corroboran que el modus operandi es el mismo que se sigue siempre: Entra primero la policía y, una vez que hay la suficiente seguridad, entra la Secretaria Judicial, no olvidemos que en este caso les tiraron sillas a los agentes y la Secretaria Judicial ni tiene la suficiente preparación, ni equipamiento, ni es su trabajo la entrada en un inmueble, que es trabajo de la policía por el consiguiente riesgo que hay. Una vez que hubo seguridad entró la Secretaria Judicial, inmediatamente, luego la entrada y registro es perfectamente válida y se ha llevado observando exquisitamente las prescripciones legales...”*; *“Por lo que hay que rechazar tajantemente la alegación de que no fuese legal la entrada y registro efectuada por la defensa de los acusados, la entrada y registro fue hecha de forma exquisita y perfectamente legal.*

Y es que la actuación policial dirigida -empleando la violencia mínima e imprescindible- para conseguir abrir la puerta de la vivienda afectada por el mandamiento de entrada y registro, y para asegurar en lo necesario la entrada de la comisión judicial, en un momento en que se ofrecía fuerte resistencia, no puede reputarse de ilegal o contraventora de ninguna norma constitucional ni legal.

Y puede así concluirse: a) Que se rezagara, por evidentes razones de seguridad, el fedatario judicial en el momento de la apertura violenta de la puerta, y en de la entrada - con la descrita virulenta oposición de sus moradores- a la vez que los funcionarios observaran la flagrante actividad para deshacerse de lo que se consideró que podía ser droga, por parte de la joven identificada como Amanda, no quebrantó el derecho del recurrente a la inviolabilidad del domicilio, porque, en todo caso, la entrada estaba autorizada por resolución judicial”.

¹⁵³ La STS 408/2006, de 12 de abril (LA LEY 36047/2006) tuvo por objeto resolver acerca de la petición de nulidad del registro *“por cuanto la forma en que se realizó la entrada en el domicilio, por parte de los funcionarios policiales no fue ajustada a derecho, en cuanto se procedió al derribo de la puerta del domicilio, entrada en el mismo y detención de los moradores, sin la presencia de la comisión judicial y sin que los agentes de policía tuvieran físicamente el auto autorizando la entrada pues era el secretario judicial quien lo portaba y quien, en su caso debía haber dejado constancia del derribo de la puerta”.*

Ante tal pretensión, el Tribunal Supremo pone de manifiesto la testifical de los policías conforme a la cual *“el secretario estuvo presente durante el registro... que siempre se mantiene en segundo plano... que está presente en el registro pero no en la entrada... que el secretario llevaba el mandamiento, que es quien notifica...”* Y aclara que dichas *“Declaraciones han de ser puestas en relación con el contenido del Acta de registro*

Con mayor fundamentación (al añadirse la flagrancia delictiva), a idéntica conclusión llegó el Tribunal Supremo ante la falta de concurrencia del letrado de la Administración de Justicia físicamente en el momento en que la policía penetró en el domicilio del investigado, lo cual no determinó la nulidad de las actuaciones. En este concreto supuesto el imputado se había percatado de la presencia de miembros del cuerpo de policía en las proximidades de la puerta de la vivienda, por lo que accedieron a la misma procediendo a reducirla y a asegurar la vivienda. De este modo, y *“ante la flagrancia delictiva que suponía el desprenderse de una ingente cantidad de sustancia estupefaciente, ya arrojada al inodoro, pudieron recuperar las papelinas”*, lo que *“no produjo en los moradores vulneración del derecho constitucional a la inviolabilidad de domicilio por cuanto la entrada en el mismo había sido previamente autorizada judicialmente, en condiciones de regularidad procesal, y lo sucedido después estaba cubierto constitucionalmente ante la flagrancia delictiva observada”*¹⁵⁴.

domiciliario, en la que el secretario judicial hace constar “que a la llegada del fedatario que suscribe la puerta de la vivienda ha sido abierta por los policías actuantes mediante el empleo de un martillo de gran tamaño, indicando el Jefe del dispositivo que ha sido necesario tal medio al no serle franqueada la entrada pese a las intimaciones que desde el exterior se les ha hecho a los moradores”.

De todo ello se deduce que de las irregularidades que en términos hipotéticos habla el recurrente solo está constatada que la apertura de la puerta con el mazo se produjo sin estar presente el secretario, pero cuya presencia en el momento de la entrada e inicio del registro -resulta indiferente quien entro materialmente primero, si la policía o el secretario- si está acreditada”, concluyendo que “la ausencia del secretario del Juzgado en el momento del derribo de la puerta, que la sentencia justifica como adecuada y habitual medida de seguridad, no quebrantó el derecho del recurrente a la inviolabilidad del domicilio porque, en todo caso, la entrada estaba autorizada por resolución judicial”.

¹⁵⁴ STS 130/2002, de 28 de enero (LA LEY 21440/2002).

RODRÍGUEZ LAINZ, muy acertadamente, dispone una nueva definición para esta situación de flagrancia¹⁵⁵, y de un modo muy práctico recoge que “resulta habitual encontrarnos en situaciones en las que los agentes constatan movimientos dentro de la casa, o con trascendencia puertas adentro, y necesitan entrar directamente a la vivienda para evitar cualquier atisbo de elusión, huída u ocultación o destrucción de pruebas al ser descubierta su presencia”, como es usual, sobretodo, en registros relacionados con delitos de tráfico de drogas. “De esta guisa, hemos de diferenciar, sin embargo el acceso previo de los agentes cuando el morador no se aviene a facilitar la entrada; situación en la que evidentemente no podemos convertir al secretario judicial en una especie de escudo humano. Es inevitable que el secretario no perciba por sus sentidos parte de este inicial acceso, pues la acción inmediata de los agentes se centra en asegurar el lugar, evitando la huída o frustración de la finalidad de la diligencia por parte de los destinatarios de la orden una vez que se ven sorprendidos por la presencia de la comisión judicial. Esta forma de actuar tiene su incuestionable sustento legal en el art. 568 LECrim, en la posibilidad de emplear el auxilio de la fuerza en su ejecución”.

¹⁵⁵ RODRIGUEZ LAINZ, J.L., “El aseguramiento policial...”, op. cit. (LA LEY 12237/2011), refiere que “en este contexto, con la voz flagrancia no nos estamos refiriendo al concepto clásico de flagrancia delictiva, directamente relacionada con la percepción directa de la comisión de un delito que requiere una inmediata actuación policial para detener al autor o facilitar el descubrimiento de elementos de convicción que hagan prueba de su existencia. La flagrancia en la entrada parte de la base de una previa autorización judicial y la necesidad de una actuación policial puertas adentro para evitar la elusión de su finalidad por parte de los moradores o personas que con ellos se encuentren. La necesidad de actuación inmediata tiene su razón de ser no tanto en la detención del delincuente o el descubrimiento del delito, sino en el aseguramiento de la finalidad legítima para la que se concede la autorización judicial respecto de un delito que está siendo ya objeto de investigación en un proceso penal judicial de instrucción abierto”.

El último anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁵⁶ pierde la oportunidad de regular estas actuaciones de entrada y aseguramiento por parte de los agentes, ya que se limita a regular el desarrollo del registro (art. 335), las entradas y registros realizados policialmente en supuestos de flagrancia (art. 336) y establece un nuevo artículo (art. 337) que regula las medidas de vigilancia previas y simultáneas a la entrada y registro. Este precepto dispone que: *“Podrán adoptarse medidas de vigilancia con carácter previo a la entrada y registro en el domicilio, así como durante su práctica, con el fin de evitar la fuga del investigado o la desaparición, manipulación u ocultación de las fuentes de prueba”*. Pero las medidas aquí previstas vienen ceñidas a la vigilancia, no habilitando expresamente para la entrada y aseguramiento propiamente dicho.

Diferenciar entrada y aseguramiento del domicilio del posterior acto del registro es esencial para dar respuesta a la realidad que supone su práctica, ya que no debe ser el letrado de la Administración de Justicia el que proceda a realizar la entrada en determinadas circunstancias donde esa “flagrancia” del delito que hemos tratado, la actividad que se lleva a cabo dentro del domicilio o las condiciones de las personas que dentro del mismo se encuentren no garantizan la seguridad del mismo, siendo misión ésta de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Conceder la nulidad a tales actuaciones supondría facilitar la impunidad de determinados delitos, así como la imposibilidad de la práctica de la diligencia de entrada y registro conforme a ley en las concretas situaciones a las que hemos hecho referencia. No obstante, y así

¹⁵⁶ Borrador de anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 25 de febrero de 2013.

se debe proceder, la labor de la policía judicial debe ser únicamente de entrada y aseguramiento, quedando a la espera de la entrada del letrado de la Administración de Justicia para iniciar las tareas de registro, ejerciendo este la dirección del mismo de conformidad con lo dispuesto en su Reglamento Orgánico¹⁵⁷.

2. El registro de vehículos, garajes y anejos y naves industriales

A la hora de tratar el registro de vehículos, garajes y anejos, se ha de plantear, en primer lugar, si los mismos son considerados domicilios por nuestro Tribunal Supremo, ya que su carácter determinará que el mismo deba judicializarse para su realización.

Por lo que respecta a los vehículos, el Tribunal Supremo ha diferenciado aquellos vehículos a motor cuya única función es el transporte de cosas y personas, de aquellos otros los cuales sí pueden constituir carácter de domicilio, aun cuando fuera con carácter eventual.

La regla general en esta materia es que *“los automóviles no son domicilios sino simples objetos de investigación, por lo que la actuación policial sobre ellos en nada afecta a la esfera de la persona, estando sólo sujeta a las exigencias procesales de regularidad establecidas en la legislación ordinaria”*¹⁵⁸. *“Los mismos carecen de la protección que a la intimidad domiciliaria presta y otorga el artículo 18.2 constitucional, razón por la cual no han de sujetarse los registros, que en los vehículos se puedan*

¹⁵⁷ Art. 10 del RD 1608/2005, de 30 de diciembre.

¹⁵⁸ STS 84/2001, de 29 enero (LA LEY 3563/2001).

llevar a cabo, a los requisitos y exigencias de los artículo 545 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se ha venido señalando en ese sentido que el automóvil es un simple objeto de investigación ajeno pues a las garantías más arriba reseñadas”¹⁵⁹.

Por el contrario, y se establecen como excepción, se considera domicilio las roulottes y caravanas, e incluso las furgonetas en los supuestos especiales en los que en ellas concurren las características jurisprudencialmente exigidas, entendiéndose que aquel *“que tiene en su parte habitable todo lo necesario para el establecimiento en ella de la morada de los pasajeros (dormitorio, cocina, aseo, mobiliario) es apta para constituir el domicilio de una persona, como soporte básico del derecho a la intimidad personal y familiar, si ésta decide usarla a tal fin y sin que, en la actual concepción cultural de movilidad de las personas, su carácter itinerante pueda excluir tal condición domiciliaria”*. Suponiendo así un concepto incluso de mayor amplitud que el propio de morada o habitación *“y que incluye lugares cerrados en los que, aun temporal o accidentalmente, se desarrollen los aspectos íntimos de la vida individual o familiar, teniendo así el carácter de domicilio los remolques o automóviles en los que se habite”¹⁶⁰.*

No cumpliéndose tales requisitos jurisprudenciales, el registro realizado en vehículo de forma inmediata a la detención de sospechosos por los agentes policiales actuantes tiene plena cobertura legal de

¹⁵⁹ STS de 1 de abril de 1996 (LA LEY 4641/1996).

¹⁶⁰ STS 84/2001, de 29 enero (LA LEY 3565/2001). A su vez, la STS 1534/1999, de 16 de diciembre (LA LEY 184320/1999) determina que dadas *“las características del barco y su uso exclusivo para la pesca, no podía tratarse de forma alguna de lo que el precepto constitucional considera como domicilio, siendo equiparable su naturaleza a la de un simple automóvil que, según constante jurisprudencia, no requiere mandamiento judicial para su registro por no suponer un reducto de la intimidad personal o familiar”*.

conformidad con lo previsto en el art. 282 de la LECrim y en el art. 11.1 de la LOFCSE, a fin de recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito, para su puesta a disposición de la Autoridad judicial¹⁶¹.

Al respecto de los garajes, trasteros y anejos independientes, claro es el Tribunal Supremo al no considerarlos domicilio, por cuanto *“un trastero, como pieza o dependencia separada y alejada del domicilio, arrendado con la finalidad de dar el destino que por naturaleza le corresponde, es decir, guardar y almacenar trastos (objetos, utensilios y cachivaches de todo tipo), no puede merecer el calificativo de domicilio, ni mucho menos por el hecho de que el juez instructor haya dictado un auto para justificar su entrada, más bien garantizando el posible destino a otras dedicaciones o para asegurar con mayores garantías la preconstitución probatoria que podía producirse con la intervención del fedatario judicial”,* y a mayor abundamiento determina *“que en supuestos especiales, algunas personas, ordinariamente indigentes, puedan habilitarlo para ejercer alguna o algunas de las funciones o actividades domésticas, esenciales para el desenvolvimiento de la vida diaria, constituyéndose en un excepcional reducto de intimidad”*¹⁶² y sólo y exclusivamente en este caso pudiera considerarse domicilio.

Por tanto debemos concluir que, aunque el auto autorice el registro judicial de garajes, trasteros y anejos independientes, la presencia del letrado de la Administración de Justicia en su registro no está justificada y que el mismo podría realizarse policialmente, sin necesidad de

¹⁶¹ STC 70/2002, de 3 de abril (LA LEY 3534/2002).

¹⁶² STS 457/2007, de 29 de mayo (LA LEY 26741/2007). En el mismo sentido la más reciente STS 747/2015, de 19 de noviembre (LA LEY 185990/2015), que determinó válido el registro de un garaje y un vehículo del acusado considerando que no afecta la privacidad protegida por el art. 18 de la CE al carecer de la condición de domicilio.

cumplimentar las formalidades y garantías establecidas en la LECrim para los registros domiciliarios.

Por supuesto, nada más que añadir respecto de las naves industriales, a las que les serán de aplicación todo lo aquí expuesto, no requiriendo la intervención del letrado de la Administración de Justicia ni el resto de garantías formales previstas en la LECrim más que en aquellos supuestos en los que la misma constituya el domicilio¹⁶³.

3. La figura del “agente encubierto”

Con carácter previo a la solicitud de la entrada y registro al juez competente, y como medio para el buen fin de la investigación practicada, puede haberse utilizado en ella la figura del “agente encubierto”, regulado en el art. 282.bis de la LECrim¹⁶⁴.

La figura del agente encubierto puede definirse como la infiltración en una organización de un agente ocultando su “verdadera identidad policial, en aras a establecer una relación de confianza que permita al agente integrarse durante un periodo de tiempo prolongado en la organización criminal con la finalidad primordial, igualmente oculta, de

¹⁶³ El art. 554.4 de la LECrim, redactado por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal define el mismo, define el domicilio de las personas jurídicas en los siguientes términos: “Tratándose de personas jurídicas imputadas, el espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros”.

¹⁶⁴ Incorporada por LO 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.

obtener la información necesaria apta para desvirtuar la presunción de inocencia”¹⁶⁵. A lo largo de este periodo, y de la investigación llevada a cabo, el agente encubierto puede obtener información relevante que determine la necesidad de llevar a cabo una entrada y registro a fin de interceptar efectos con carácter probatorio relevante para el buen fin del procedimiento.

Es conclusión legal que el hecho de concurrir bajo tal figura en el marco de las investigaciones relacionadas con la delincuencia organizada¹⁶⁶, supuesto para el que está contemplada, no exime de la necesidad de auto judicial de entrada y registro cuando fuera necesario, por afectar al derecho fundamental de inviolabilidad de domicilio¹⁶⁷.

¹⁶⁵ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., “Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos”, Diario La Ley, Nº 6142, Sección Doctrina, 7 de diciembre de 2004, Año XXV, Ref. D-247, Ed. LA LEY (LA LEY 2528/2004).

¹⁶⁶ Se considera “delincuencia organizada”, tal y como la define el art. 282.bis.4 de la LECrim, “la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los siguientes delitos: Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el art. 156 bis del CP; delito de secuestro de personas previsto en los arts. 164 a 166 del CP; delito de trata de seres humanos previsto en el art. 177 bis del CP; delitos relativos a la prostitución previstos en los arts. 187 a 189 del CP; delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los arts. 237, 243, 244, 248 y 301 del CP; delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los arts. 270 a 277 del CP; delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los arts. 312 y 313 del CP; delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el art. 318 bis del Código Penal; delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los arts. 332 y 334 del CP; delitos de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el art. 345 del CP; delitos contra la salud pública previstos en los arts. 368 a 373 del CP; delitos de falsificación de moneda, previsto en el art. 386 del CP, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el art. 399 bis del CP; delitos de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los arts. 566 a 568 del CP; delitos de terrorismo previstos en los arts. 572 a 578 del CP; y delitos contra el patrimonio histórico previstos en el art. 2.1.e de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando”.

¹⁶⁷ Art. 282.bis.3 de la LECrim, “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 todo caso, el Tribunal Supremo ha considerado que para la validez del auto que autoriza la concurrencia del “agente encubierto”, debe haberse motivado suficientemente en dicha resolución la existencia de una organización con fines delictivos.

Pero la figura del “agente encubierto”, que estudiamos en este punto a efectos únicamente de determinar su función y eficacia probatoria en el ámbito de la diligencia de entrada y registro y la protección del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio, tiene una doble problemática esencial referida, en primer lugar, a la concurrencia de vicio en el consentimiento del investigado que permite el acceso a su domicilio al agente encubierto; y, en segundo lugar, a la comisión por el investigado de un delito como consecuencia y nexo causal directo en la provocación del delito por el agente encubierto. A continuación, analizaremos cada una de ellas por separado.

A) Consentimiento viciado del investigado en el acceso a la vivienda por el agente encubierto

La actuación del agente encubierto en tiempo previo al auto que autoriza al ejercicio de su función y el acceso de éste al domicilio del investigado por invitación del mismo, puede determinar que se considere que el consentimiento así otorgado esté viciado de nulidad.

Es jurisprudencia consolidada que *“la existencia de un contacto previo entre el recurrente y el agente encubierto, enmarcados en una relación derivada de las labores de prevención y captación de información*

propias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en modo alguno conlleva una infracción de alcance constitucional”¹⁶⁸.

No obstante, el Tribunal Supremo no ha obviado la relevancia jurídica y, por tanto, el valor probatorio que puede tener lo obtenido del acceso al domicilio por el agente encubierto habiendo concurrido la citada previa invitación del investigado en claro consentimiento viciado, señalando la laguna jurídica existente y pidiendo que el legislador incorpore *“a nuestro sistema procesal una norma que proporcione cobertura a las posibles entradas en el domicilio del investigado, sin otra autorización que un consentimiento viciado por el desconocimiento de la verdadera identidad del agente encubierto”* entendiendo que los mismos pueden anular el resultado de lo allí obtenido¹⁶⁹.

A fin de evitar posibles nulidades, considero el correcto proceder, para que la prueba obtenida pueda tener plena validez en juicio, que con carácter previo a la incautación de efectos o evidencias delictivas, se recabe del juez competente auto que autorice el registro domiciliario, cumpliendo con todas las formalidades y garantías que han sido previamente objeto de estudio.

¹⁶⁸ STS 575/2013, de 28 de junio (LA LEY 99607/2013), que a modo práctico ejemplifica que *“carecería de sentido, con el fin de sostener la validez de la diligencia de prueba, la exigencia de que la autorización del agente encubierto se produzca a ciegas, con exclusión de cualquier contacto previo entre la persona que va a infiltrarse en la organización y quienes aparecen como miembros sospechosos de una red delictiva... De ahí que esa resolución tiene que producirse en el momento adecuado que, como es lógico, no tiene por qué ser ajeno a una relación previa que contribuya a asentar los lazos de confianza”*. Reiterada, entre otras, por STS 250/2017, de 5 de abril (LA LEY 27339/2017).

¹⁶⁹ STS 575/2013, de 28 de junio (LA LEY 99607/2013). En este caso no se considera acreditado que lo aportado por el agente encubierto se halla obtenido en el domicilio del investigado, por lo que no se invalida su carácter probatorio.

B) Teoría del delito provocado por el agente encubierto

Finalmente, hemos de hacer constar que la actividad probatoria haciéndose uso de la figura del agente encubierto requiere adoptar las mayores cautelas garantistas, por cuanto el supuesto de hecho no debe incardinarse en la denominada jurisprudencialmente “teoría del delito provocado”. Ya que, *“si el delito es provocado y unos intervinientes han sido mera correa de transmisión de la intención delictiva provocada, extendida a su vez a otros, a todos alcanza la impunidad. Quien decide participar en un delito “ab origine” provocado resultará impune aunque la proposición efectuada a él no provenga directamente, sino de forma indirecta, del agente provocador (agente policial o colaborador)”*¹⁷⁰. Distingue en este punto el Tribunal Supremo al “agente encubierto” del “agente provocador”¹⁷¹.

En caso de hallazgo casual durante el registro practicado en procedimiento con agente encubierto debe seguirse la misma regla general ya estudiada y, en ese sentido, el Tribunal Constitucional mantiene que *“el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquéllas, pues los funcionarios de policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos*

¹⁷⁰ STS 253/2015, de 24 de abril (LA LEY 55085/2015).

¹⁷¹ STS 767/2007, de 3 de octubre (LA LEY 154072/2007), *“no puede confundirse el agente encubierto con el agente provocador. Para que exista delito provocado es exigible, como tiene reiteradamente dicho esta Sala, que la provocación (realmente una forma de instigación o inducción) parta del agente provocador, de tal suerte que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito, sugiriendo así en el sujeto todo el iter criminis, desde la fase de ideación y deliberación a la de ejecución, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador que es por ello la verdadera causa de toda la actividad criminal que nace ya viciada”*.

de que tuviera conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención"¹⁷².

C) El agente encubierto en los delitos informáticos

La figura del agente encubierto, conforme ha venido siendo utilizada en la actualidad, tiene su mayor aplicación en el campo de los delitos de tráfico de drogas y delincuencia organizada. Pero, como bien reseña VALIÑO CES, su aplicación puede y debe extenderse en la actualidad a la investigación de delitos de pornografía infantil, "posibilitando a la policía judicial, a través del uso de identidades falsas, intercambiar archivos ilícitos en Internet" y "mediante la creación de un pseudoperfil en cualquier red social, podrán intercambiar con otro usuario material que, en esencia, sea constitutivo de delito, en aras de identificar al autor o autores, así como el material pornográfico. Asimismo, se encontrarán habilitados para obtener imágenes y grabar conversaciones cuando ello sea necesario"¹⁷³.

Y, con parecido éxito, esta figura podría ser usada con similares características para la investigación de posibles estafas a través de las llamadas redes sociales. El mayor obstáculo que presenta dicha posibilidad es que la misma nunca puede concederse en vacío, sino que su origen deviene de una investigación concreta contra el crimen organizado. Es por ello que hasta la fecha, el origen de la gran mayoría de

¹⁷² STC 41/1998, de 24 de febrero (LA LEY 3497/1998), citada entre otras en la STS 5/2009, de 8 de enero (LA LEY 622/2009), en la que el hallazgo se produjo concurriendo con la figura del agente encubierto.

¹⁷³ VALIÑO CES, A., "La actuación del agente encubierto en los delitos informáticos tras la Ley Orgánica 13/2015", *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Ed. Tirant lo Blanch. 2017.

investigaciones que tienen por objeto la lucha contra la pornografía infantil a través de las redes son consecuencia de denuncias de particulares que tienen conocimiento de tales hechos, mayormente por tratarse de representantes legales de perjudicados de las mismas, lo que conlleva el inicio de las averiguaciones pertinentes, mayormente a través de consultas a las empresas prestadoras de servicios de telecomunicación, para identificar al delincuente y su localización (previa preceptiva autorización judicial) y, tras ello, solicitar el registro judicial de la vivienda. El uso del agente encubierto únicamente puede tener cabida cuando a través de esta figura lo que se pretenda el desmantelamiento de organizaciones criminales de delincuencia, y este es uno de los puntos más controvertidos, puesto que desde algún sector doctrinal consideran que dicho término puede limitar su aplicación¹⁷⁴.

D) La figura del agente encubierto en el borrador de anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Para concluir, se debe referir lo dispuesto sobre este punto en el borrador de anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁷⁵, centrándonos en el texto en el que se regulan formas especiales de injerencia en el domicilio del interesado a través de la colocación de medios de escucha y grabación en el interior de la vivienda. En concreto, prevé la figura del “agente encubierto” en el ámbito de las entradas y registros domiciliarios en los siguientes términos:

¹⁷⁴ VILLAR FUENTES, I.M., “Reflexiones sobre el agente encubierto informático”, *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Ed. Tirant lo Blanch, 2017. En este artículo analiza el tratamiento, supuestos, requisitos y reflexiones sobre la figura del agente encubierto en el ámbito de los delitos informáticos.

¹⁷⁵ Borrador de anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 25 de febrero de 2013.

Artículo 333. Supuestos especiales

1. Cuando se trate de delitos susceptibles de ser investigados mediante la utilización de agentes encubiertos podrá autorizarse:

a) La entrada para la instalación de aparatos de escucha y grabación en el interior del domicilio.

b) La utilización de instrumentos o medios técnicos que permitan conocer la situación o movimiento de personas en el interior del domicilio.

Desde luego, y existiendo la cobertura judicial, control y objetividad que otorga un auto habilitante, la concurrencia de dichas medidas permitiría la obtención de prueba sin mermar las garantías del investigado, mediante el aprovechamiento de los medios técnicos actualmente existentes y sobre los cuales no se podía prever su existencia en el momento de redacción de la LECrim vigente, adecuando el texto a la realidad social, tecnológica e investigadora actual.

4. Intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en los registros derivados de la supuesta comisión de delitos informáticos

Las entradas y registros en domicilio tienen como finalidad el esclarecimiento de determinados hechos o la obtención de pruebas que sirvan para completar el atestado policial o la instrucción de la causa penal.

Es normal que con dicha interpretación se busque la intervención de útiles materiales (drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, útiles de medida, pesaje y prensado de tales sustancias, armas y municiones, dinero, efectos provenientes del robo o útiles para su comisión...). Pero, en la actualidad, se encuentran en auge los delitos causados por medios informáticos entre los que cabe citar los delitos de estafa, pornografía infantil, utilización de medios de defraudación de las telecomunicaciones, etcétera, para los cuales resulta necesaria la intervención de los equipos informáticos.

En el año 2015, apreciando la novedad que supone el hecho de la investigación de fuentes informáticas y la cantidad de datos que los mismos recogen, afectando el derecho a la intimidad de las personas, el legislador modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal para intentar adecuarla a dicha realidad¹⁷⁶. Y así, desde la entrada en vigor de dicha

¹⁷⁶ Vid. ORTIZ PRADILLO, "Desafíos legales de las diligencias de investigación tecnológica", *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, ed. Tirant lo Blanch, 2017, el cual concluye que con esta regulación "el legislador ha venido a reconocer, por fin, que los dispositivos de almacenamiento masivo de información en formato digital no son, en absoluto, algo equiparable a una simple mochila, cartera o cualquier otro continente corpóreo de información, sino que son una prolongación más de nuestra vida (nuestra vida digital, habría que especificar) a tenor de la enorme cantidad y calidad de la

reforma, la autorización judicial de entrada y registro a un determinado domicilio permite a los agentes intervinientes el registro de todas las dependencias y la intervención de las pertenencias que allí se encuentren, si bien, cuando en éste “sea previsible la aprehensión de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorios telemáticos de datos, la resolución del juez de instrucción habrá de extender su razonamiento a la justificación, en su caso, de las razones que legitiman el acceso de los agentes facultados a la información contenida en tales dispositivos”¹⁷⁷, lo que supone que, en estos casos, se requiera una motivación individualizada respecto a los mismos.

En tales hipótesis no será posible acceder al contenido del dispositivo digital encontrado en su interior, ya que “la simple incautación de cualquiera de los dispositivos a los que se refiere el apartado anterior, practicada durante el transcurso de la diligencia de registro domiciliario, no legitima el acceso a su contenido, sin perjuicio de que dicho acceso pueda ser autorizado ulteriormente por el juez competente”¹⁷⁸.

Para estos casos, la LECrim establece una regulación específica para el auto que autoriza el registro, que deberá contener los términos y alcance del mismo y podrá autorizar la realización de copias de los datos

información que generamos a través de los mismos, hasta el punto de que tales dispositivos albergan información en formato digital que no existe de otro modo en el ámbito físico”.

¹⁷⁷ Art. 588.sexies.a.1 de la LECrim introducido por la reforma que conlleva el apartado siete del artículo único de la L.O. 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, que entró en vigor el 6 de diciembre de 2015. Vid. AIGE MUT, M.B., “La nueva diligencia de registro de dispositivos de almacenamiento masivo”, *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Ed. Tirant lo Blanch. 2017.

¹⁷⁸ Art. 588.sexies.a.2 de la LECrim.

informáticos, así como fijar las condiciones para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación para hacer posible, en su caso, la práctica de un dictamen pericial¹⁷⁹. Lo usual será que, en el mismo auto en el que se autoriza la entrada y registro domiciliaria en el curso de la investigación de este tipo de delitos, en los que previsiblemente se hallen involucrados equipos informáticos, telefónicos, telemáticos o de almacenamiento masivo, se autorice simultánea y expresamente su acceso o intervención. De lo contrario, deberá suspenderse el registro para requerir del juez que lo autorizó la posible ampliación a los mismos. De no autorizarse expresamente, no podrán ser intervenidos¹⁸⁰.

Dispone la LECrim que, siempre que fuere posible la obtención de copia de los archivos en condiciones que garanticen la autenticidad e integridad, se evitará la incautación de los soportes físicos que lo contengan, salvo que constituyan el objeto o instrumento del delito o existan otras razones que lo justifiquen¹⁸¹.

Lo cierto es que, en la práctica, dicho precepto tiene escasa virtualidad, habida cuenta que lo usual es que el material informático requiera ser intervenido para la posterior realización del examen pericial, el cual puede determinar que, con carácter previo al registro, por el investigado se ha procedido al borrado de datos; así como pudieran obtenerse otros datos relevantes que no son accesibles con la mera copia

¹⁷⁹ Art. 588.sexies.c.1 de la LECrim.

¹⁸⁰ STS 204/2016, de 10 de marzo (LA LEY 16520/2016), declara nula una actuación policial en la que se analizó el listado de llamadas y contactos del investigado sin recabar previamente la autorización del juez, considerando que dicha ingerencia fue ilícita.

¹⁸¹ Art. 588.sexies.c.2 de la LECrim.

de archivos en el acto, por cuanto puede necesitar el examen directo sobre el soporte original¹⁸².

A continuación, regula la LECrim el supuesto de posible ampliación del registro a distintos equipos distintos de aquel para el que se acordó, cuando los mismos fueran accesibles desde éste. La ampliación requerirá autorización judicial (que pudo contenerse en el auto inicial), que, en caso de que por razones de urgencia deba realizarse inmediatamente, podrá comunicarse en el plazo máximo de 24 horas y acordarse o denegarse hasta en las 72 horas posteriores a la resolución que acordó su interceptación¹⁸³. En los mismos términos y plazos se podrá proceder por la policía judicial al examen directo de los datos contenidos en el dispositivo incautado si se acredita un interés constitucional legítimo que haga imprescindible la medida sin el uso del cauce ordinario previsto¹⁸⁴.

La LECrim otorga competencia a las autoridades y agentes encargados de la investigación para ordenar a quien conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas de protección del mismo que facilite la información que resulte necesaria¹⁸⁵. Si bien “esta disposición no será aplicable al investigado o encausado, a las personas que están dispensadas de la obligación de declarar por razón de

¹⁸² También sería posible no intervenir el equipo si se llevase a cabo un clonado de datos, pero la duración y carencia del mismo hace inviable la práctica de la diligencia en sede domiciliaria. Lo usual será que posteriormente, intervenido el soporte original y llevado a sede judicial convenientemente precintado, se solicite por policía judicial, por el ministerio fiscal, por cualquiera de las partes o de oficio por el propio juez y éste acuerde su desprecinto y clonado ante el letrado de la Administración de Justicia para posterior pericial. Así se recoge en ATS 1198/2016, de 30 de junio (LA LEY 109731/2016).

¹⁸³ Art. 588.sexies.c.3 de la LECrim.

¹⁸⁴ Art. 588.sexies.c.4 de la LECrim.

¹⁸⁵ Art. 588.sexies.c.5. párrafo 1º de la LECrim., “...siempre que de ello no derive una carga desproporcionada para el afectado, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia”.

parentesco y a aquellas que, de conformidad con el artículo 416.2, no pueden declarar en virtud del secreto profesional”¹⁸⁶. Esta previsión tiene su lógica legal y constitucional, puesto que podría entenderse vulnerado el derecho a no declarar contra sí mismo propio del investigado¹⁸⁷ y del detenido¹⁸⁸. De conformidad con lo previsto en dicha previsión normativa, en la práctica es frecuente que, durante la realización del registro, hallados los equipos telefónicos y/o tecnológicos, se pregunte al interesado si consiente en manifestar los códigos de desbloqueo o contraseñas que otorgan acceso a su contenido. En tal caso, como hemos reseñado, no cabe que las autoridades o agentes “ordenen” tal conducta, sino que se recabe el consentimiento que, de darse y ser válidamente emitido, se hará constar en acta por el letrado de la Administración de Justicia actuante.

Estas especialidades del auto habilitante para el registro de equipos informáticos hallados en domicilio establecidas en la LECrim dan lugar a una especial forma práctica de proceder en la realización de los registros. Una vez obtenido el auto autorizante de la entrada y registro para la intervención de los equipos informáticos desde los que se estuvieran cometiendo el supuesto delito, o se hubiere obtenido información relevante al respecto, y tras proceder a la entrada de hecho en la vivienda, los agentes realizarán una primera inspección de los equipos encontrados, elaborando un acta que servirá de base para la correspondiente imputación de hechos en la puesta a disposición judicial del investigado o detenido.

¹⁸⁶ Art. 588.sexies.c.5. párrafo 2º de la LECrim.

¹⁸⁷ Vid. art. 118 de la LECrim.

¹⁸⁸ Vid. art. 520 de la LECrim.

Tras la realización del registro, los discos duros quedarán reseñados y plenamente identificados en el acta redactada por el letrado de la Administración de Justicia y serán precintados. En el caso de que, en un momento posterior, se considere necesario hacer un examen en profundidad del disco duro intervenido, éste podrá ser clonado para su análisis pericial¹⁸⁹.

En relación con las personas que han de estar presentes en la realización del clonado de datos, el Tribunal Supremo es claro al señalar que *“ni la ley procesal anterior al año 2015 ni tampoco la nueva normativa de la LECrim imponen que estén presentes el letrado del imputado ni un perito nombrado por la parte en el momento de volcar el contenido del ordenador. Es más, el nuevo artículo 588 sexies c) ni siquiera requiere la presencia del secretario judicial en el momento de abrir el ordenador y obtener el disco duro”*¹⁹⁰.

¹⁸⁹ La STS 300/2015, de 19 de mayo (LA LEY 57273/2015) trata el desplazamiento de la carga prueba en estos supuestos ya que *“la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido”*, reiterada en STS 745/2015, de 27 de noviembre (LA LEY 196139/2015).

¹⁹⁰ ENCINAR DEL POZO, M.A. y VILLEGAS GARCIA, M.A., “Validez de medios de prueba tecnológicos”, *Diario La Ley*, nº 9005, Sección Dossier, 21 de junio de 2017, Ed. Wolters Kluwer (LA LEY 6753/2017), que refieren a tales efectos la STS 165/2016, de 2 de marzo (LA LEY 16506/2016).

Lo cierto es que, por lo que respecta a la ausencia del letrado de la Administración de Justicia en dicha intervención, dicha tesis está avalada reiteradamente por el Tribunal Supremo. Así, la STS 116/2017, de 23 de febrero (LA LEY 4328/2017), recuerda que *“la jurisprudencia de esta Sala no ha considerado que la práctica de las operaciones técnicas de volcado exija como presupuesto de validez, no ya la presencia del*

Por lo que hace referencia a la ausencia de un perito en el clonado, el Tribunal Supremo ha considerado que *“su no intervención no condiciona la validez de la diligencia, sin perjuicio de que en el curso del procedimiento pueda la parte nombrar un perito que contraste el contenido del disco duro y obtenga o contraste la documentación que estime pertinente en aras del ejercicio del derecho de defensa”*¹⁹¹.

Finalmente, cabe subrayar que, si durante el registro de dispositivos informáticos o telemáticos concurren “hallazgos casuales”, éstos deberán ser puestos de manifiesto ante el juez competente en los mismos términos procedimentales expuestos en su correspondiente epígrafe¹⁹².

juez, sino la presencia misma del secretario judicial” ya que “lo decisivo es que queden descartadas las dudas sobre la correlación entre la información aprehendida en el acto del registro e intervención de los ordenadores y la que se obtiene mediante el volcado”.

A mayor abundamiento, pero de un modo más desarrollado, la STS 480/2009, 22 de mayo (LA LEY 67225/2009) establece que “lo que no se puede pretender -dice la STS. 1599/99 de 15.11 - es que el fedatario público esté presente durante todo el proceso, extremadamente complejo e incomprensible para un profano, que supone el análisis y desentrañamiento de los datos incorporados a un sistema informático. Ninguna garantía podría añadirse con la presencia del secretario judicial al que no se le puede exigir que permanezca inmovilizado durante la extracción y ordenación de los datos, identificando su origen y procedencia.; y la parte recurrente tuvo a su disposición durante toda la fase de instrucción y pudo solicitar como prueba para el juicio oral una contra pericia que invalidase o matizase el contenido de la que realizaron los peritos policiales. En el mismo sentido la más reciente STS. 256/2008 de 14 de mayo “Es cierto que esta última actividad -se refiere al análisis de la información de ordenadores incautados en su registro domiciliario autorizado judicialmente- no fue practicada ante el secretario judicial, sino por los técnicos policiales en su propia sede. Pero también lo es que, esa presencia que se reclama habría sido, de facto, tan inútil -y, por tanto, innecesaria- como la que pudiera darse en el desarrollo de cualquier otra de las muchas imaginables en cuya técnica el fedatario judicial no fuera experto”. En el mismo sentido STS 256/2008, 14 de mayo (LA LEY 68710/2008).

¹⁹¹ STS 165/2016, de 2 de marzo (LA LEY 16506/2016) en referencia a lo dispuesto por STS 342/2013, de 17 de abril (LA LEY 37037/2013).

¹⁹² Vid. epígrafe II.1.4 de la presente tesis.

Añade DELGADO MARTÍN que, “con carácter general, durante la práctica del registro pueden ocuparse aquellos elementos o equipos informáticos que sean necesarios para la investigación o para garantizar la pena de comiso o las responsabilidades pecuniarias que puedan derivarse del delito. De esta manera, puede ser objeto de aprehensión bien el propio dispositivo (y los instrumentos accesorios como pantallas, teclados, ratones, cables y otros similares), o bien únicamente datos o informaciones relevantes para el proceso; aunque con pleno sometimiento a las limitaciones del art. 588 sexies.c.2 LECrim. que se han analizado anteriormente”¹⁹³.

El Tribunal Constitucional, recientemente, ha aceptado la validez de un registro policial de un ordenador, no considerando la concurrencia de vulneración de la intimidad en el supuesto concreto en atención al fin perseguido, sentencia muy controvertida que tuvo voto particular y que fue ampliamente analizada por AGUSTINA¹⁹⁴.

¹⁹³ DELGADO MARTÍN, J., “Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por LO 13/2015”, Diario La Ley, Nº 8693, Sección Doctrina, 2 de febrero de 2016, Ref. D-48, Editorial LA LEY (LA LEY 229/2016).

¹⁹⁴ STC 173/2011, de 7 de noviembre (LA LEY 211654/2011), comentada en AGUSTINA, J.R., “Interrogantes en torno a las diligencias preliminares ante la ciberdelincuencia. Sobre la garantía del derecho a la intimidad en el registro del ordenador (A propósito de la STC 173/2011)”, La Ley Penal, Nº 98/99, Sección Comentarios a Jurisprudencia, noviembre 2012, Editorial Wolters Kluwer (LA LEY 18898/2012).

CAPÍTULO III.

EL INTERESADO

La intervención del interesado debemos observarla a la luz de lo dispuesto en el artículo 569.1 de la LECrim, que determina que el registro se hará a presencia de éste o de la persona que legítimamente le represente. Subsidiariamente, en presencia de un individuo de su familia mayor de edad, y en su defecto, en presencia de dos testigos vecinos del mismo pueblo (la concurrencia de los testigos será objeto de estudio detallado en su correspondiente apartado). El interesado será la persona a quien el letrado de la Administración de Justicia deberá notificar el auto en el que se haya autorizado la entrada y registro domiciliario.

El Tribunal Supremo ha determinado en reiterada jurisprudencia que, desde el momento en que existe un mandamiento judicial, es absolutamente innecesario e intrascendente que medie el consentimiento y presencia de los titulares domiciliarios¹⁹⁵. Se debe de diferenciar en este punto la noción de “interesado” (aquella persona que tiene en el lugar a investigar su domicilio y, por tanto, sobre cuya intimidad personal y familiar en tal ámbito queda protegida constitucionalmente), y el de “titular domiciliario” o “propietario” de la misma (que puede o no tener allí su domicilio, entendido en tales términos), por cuanto la ausencia del primero determinará la necesaria concurrencia de los sujetos anteriormente mencionados; mientras que la ausencia del titular domiciliario o propietario que no fuera interesado sería legalmente irrelevante.

¹⁹⁵ STS de 4 de marzo de 1999 (LA LEY 3899/1999).

En este punto, el Tribunal Supremo ha definido qué debe entenderse por “interesado” en la práctica de esta diligencia, entendiéndose que lo es la persona investigada, la cual *“tiene la posesión real de la vivienda por cualquier título legítimo, incluso su mismo ocupante material con tal de que se trate de una ocupación lícita, y desde luego el mayor interesado a los efectos de presenciar la diligencia es el sospechoso o imputado de la actuación policial”*¹⁹⁶.

La sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional a propósito de los hechos acaecidos en los atentados de Madrid del 11 de marzo de 2004 hace expresa mención del concepto de interesado del art. 569 de la LECrim, distinguiéndolo de los conceptos de propietario o arrendatario. Y, en relación con el primero, afirma que *“basta con ser morador para ostentar esa cualidad”,* ya que *“lo relevante no es la dimensión patrimonial de estos derechos sino el derecho personalísimo a la intimidad, que corresponde a quien por cualquier título o sin él tiene en el domicilio que ocupa el ámbito material de su privacidad”*¹⁹⁷.

¹⁹⁶ STS 707/2006, de 23 de junio (LA LEY 70347/2006).

¹⁹⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal 65/2007, de 31 de octubre (LA LEY 154276/2007), en su Fundamento Jurídico I.2.2., la cual hace referencia a su vez a la STS 181/2007, de 7 de marzo (LA LEY 8974/2007), la cual establece: *“El hecho de que la cualidad de imputado en el procedimiento y de titular del domicilio registrado normalmente coinciden no debe ocultar que es la segunda la que específicamente determina la condición de interesado ”a que se refiere el art. 569 de la LECrim. Así resulta claramente de las referencias al interesado contenidas en los arts. 550, 556 y 570 de la LECrim . Por lo que en definitiva, el interesado cuya presencia exige el art. 569 es el titular del domicilio registrado, que es el que, en su caso, puede consentir la entrada y el que debe recibir la notificación del auto judicial que lo autoriza, sin perjuicio del derecho que al imputado corresponda en su condición de tal de intervenir en la diligencia de registro. Son numerosas las sentencias de esta Sala en las que se mantiene la validez y eficacia de los registros efectuados ausente la persona investigada siempre que hubiesen estado presente el titular del domicilio, o en el caso de ser varios los moradores del domicilio registrado, es suficiente la presencia de cualquiera de ellos en la diligencia, incluso cuando no se corresponda con el investigado”*.

LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de derecho procesal penal, Tomo II*, ed, Aranzadi, 2012, p. 1676, dedica su capítulo 45 a la entrada y registro, y define como titular a efectos

En cuanto a los efectos de su ausencia en esta diligencia, BERNAL MARTÍN ha estudiado la evolución jurisprudencial de este concepto y pone en evidencia las contradicciones de diversas sentencias del Tribunal Supremo, que oscila entre determinar la diligencia como nula sin perjuicio de que lo allí descubierto pueda acreditarse en juicio por medios distintos¹⁹⁸; y considerar la diligencia contraria al derecho de defensa y, por tanto, ilícita, a efectos de lo dispuesto en el art. 11 de la LOPJ¹⁹⁹.

En todo caso, del artículo 596 de la LECrim se concluye que el interesado debe estar presente en el acto de entrada y registro o, de no ser

del consentimiento a *“aquél cuya intimidad resulta o pueda resultar afectado por la entrada y registro”*.

¹⁹⁸ BERNAL MARTIN, L. F., “Intervinientes en las entradas y registros domiciliarios no voluntarios y consecuencias de su ausencia”, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 780, 2009, que refiere en este sentido la STS de 29 de febrero de 1996 (LA LEY 3886/1996) que considera, en el concreto supuesto que *“debe reconocerse, finalmente, que dichas diligencias se practicaron sin la obligada presencia de la hoy recurrente, pese a que así lo había ordenado expresamente el juez de Instrucción y a que la misma se hallaba detenida. Ello -de acuerdo con la doctrina anteriormente expuesta- supone la nulidad de las mismas, pero no impide que los hechos descubiertos en ellas puedan ser acreditados por otros medios”*.

¹⁹⁹ *Ibid.*, que refiere en este sentido la STS de 20 de septiembre de 1996 (LA LEY 8677/1996), establece que: *“el precepto legal expresa con perfecta claridad cuando puede prescindirse de la presencia del interesado: cuando éste “no fuere habido o no quisiera concurrir ni nombrar representante”, pero no cuando se encuentra detenido y a disposición de los agentes que van a practicar la diligencia de entrada y registro, prescindiéndose deliberadamente de su presencia. La doctrina constante de esta Sala viene afirmando la nulidad de la diligencia de entrada y registro practicada sin la presencia del interesado, cuanto éste se encuentra detenido, (Sentencias 24 de septiembre de 1.990, 30 de octubre y 14 de noviembre de 1.992, 17 de enero, 7 de julio, 27 de septiembre y 10 de octubre de 1.994, 16 de enero, 15 de febrero, 4 de marzo, 9 de mayo y 27 de noviembre de 1.995, 29 de febrero de 1.996, entre otras). Al impedirse al interesado, -privado de libertad- presenciar el registro y no darle ocasión, para el nombramiento de representante, se afecta su facultad de contradicción y se menoscaban sus posibilidades de defensa, lo que determina la ilicitud de la diligencia, cuyo resultado no puede ser utilizado como prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia. La carencia de valor probatorio no afecta al Acta -como prueba preconstituída- sino al Acto -como actuación procesal-, por lo que para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia deberán utilizarse medios probatorios que proporcionen elementos de cargo diferentes al resultado del acto procesal ilícitamente practicado.”*

posible, ha de estarlo alguno de los sujetos que la ley prevé a tal efecto. A su vez considera que basta con la presencia de uno de los moradores, determinando inocua la ausencia del resto en las actuaciones²⁰⁰. No obstante debemos diferenciar diversos supuestos, tal y como veremos a continuación.

1. Regla general: Supuestos en los que el interesado debe presenciar el acto de entrada y registro. Principio de contradicción

Con carácter general, el Tribunal Supremo ha determinado que la presencia del interesado es un requisito esencial para que la parte afectada pueda, desde ese momento, establecer una posibilidad de contradicción y de neutralización del resultado del registro. Se trata, por tanto, de una formalidad cuyo incumplimiento puede originar indefensión, lo que lleva aparejada la nulidad de las actuaciones practicadas con este vicio procedimental²⁰¹.

²⁰⁰ STS de 15 de diciembre de 1998 (LA LEY 1659/1999) considera válido el registro “en cuanto se llevó a cabo a presencia del secretario judicial, con asistencia de diversos agentes policiales que, además, luego declararse en el plenario, y también a presencia del morador de la vivienda, y ahora recurrente, Francisco M. J., sin que para entender lo contrario tenga virtualidad alguna el hecho de que a ese acto no asistiera el resto de los componentes de la familia también moradores de la misma vivienda, ya que tal circunstancia la entendemos inocua”.

²⁰¹ ALONSO PEREZ, F., “Formalidades en la práctica...”, *op. cit.*, p. 1840, refiere en este sentido la STS 403/2000, de 15 de marzo (LA LEY 5546/2000). Parte la sentencia de establecer inicialmente los principios generales: “La presencia del interesado es un requisito esencial para que la parte afectada pueda, desde ese momento, establecer una posibilidad de contradicción y de neutralización del resultado del registro, por lo que se trata de una formalidad cuyo incumplimiento puede originar indefensión, lo que lleva aparejada la nulidad de las actuaciones practicadas con este vicio procedimental”, para, a continuación, una vez considerada su nulidad como prueba, dar relevancia probatoria “a cualquier otro medio de prueba que permita acreditar el extremo cuestionado. Para que se pueda producir este efecto probatorio es necesario que exista una desconexión causal y

Asimismo, ha considerado vulnerado el derecho de defensa previsto en el art. 24 CE cuando, hallándose el recurrente detenido y habiéndose ordenado la práctica de la diligencia, al estimarse que, en la vivienda donde aquel fue detenido, podrían hallarse objetos, instrumentos o sustancias de naturaleza incriminatorias para el acusado, debió habersele otorgado la posibilidad de intervenir en la práctica de la misma²⁰².

Tales efectos provienen de considerar que la presencia del interesado se fundamenta en la necesidad de que en el momento de la práctica de la prueba ésta tenga lugar conforme al llamado principio de contradicción de la prueba, contradicción que no puede ser suplida por la actividad en el juicio oral, donde la prueba ya es aportada como preconstituida²⁰³.

Y es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que el interesado tiene el deber de acudir o estar presente al registro si fuese

jurídica entre la prueba utilizada y la diligencia viciada ya que, solo de esta forma, ostenta un carácter autónomo que le pone a salvo de toda contaminación". Finalmente, y para el caso concreto, el propio reconocimiento de los hechos por el investigado se considera prueba autónoma, desconectada de la entrada y registro, dando lugar a la desestimación del recurso de casación.

²⁰² *Ibid.*, refiere en este sentido la STS 1782/2001, de 9 de octubre (LA LEY 8763/2001).

²⁰³ BERNAL MARTIN, L. F., "Intervinientes en las entradas y registros...", *op. cit.*, refiere en este sentido, entre otras, la STS de 21 de noviembre de 1997 (LA LEY 16581/1997) que establece que "la existencia de un mandamiento judicial no cubre todas las expectativas constitucionales sobre el derecho al debido proceso. La ausencia del interesado, pudiendo estar presente, afecta a las posibilidades reales de ejercitar su defensa, con lo que se conculca un principio constitucional como es el de la interdicción de la indefensión, originando consecuencias encadenadas que afectan a todas las pruebas obtenidas a partir de la diligencia nula. No nos encontramos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho del art. 238.3 LOPJ sino ante una prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales contemplada en el art. 11.1 del mismo texto legal"; y 27 de octubre de 1999 (LA LEY 493/2000).

posible, con el fin de garantizar el principio de contradicción, *“hasta tal punto impone la ley la presencia del interesado, que en el caso de que se resista a presenciar el registro incurrirá en responsabilidad penal como reo de desobediencia grave a la autoridad. En la misma responsabilidad incurriría el representante, los individuos de la familia y los testigos que mantuviesen su negativa a presenciar el registro”*²⁰⁴.

No obstante, ante determinados supuestos concretos que con mayor o menor asiduidad pueden darse en la práctica de las diligencias de entrada y registro, el propio Tribunal Supremo ha considerado, como estudiamos a continuación, que la diligencia no debe considerarse nula, sino viciada de una mera irregularidad formal que puede ser subsanable en el acto del juicio oral.

2. Excepciones a la regla general: Supuestos en los que el registro puede realizarse sin la presencia del interesado

A) El interesado se halla detenido o preso

La regla general, tal y como se ha mencionado, determina la necesaria intervención del interesado en el acto de entrada y registro. Esta regla general, a la que le suceden las excepciones que posteriormente serán objeto de estudio, tienen su máxima expresión en aquellos supuestos en los que el investigado se encuentra detenido o preso. Así, BELTRÁN NUÑEZ considera que siempre que el interesado se halle

²⁰⁴ STS de 21 de noviembre de 1997 (LA LEY 16581/1997).

detenido o preso no cabe practicar el registro sin su presencia, la cual ha de ser real y efectiva, lo que supone una intervención activa del mismo, ya que deberá estar presente en las distintas habitaciones por las que sucesivamente se proceda a realizar el registro, presenciando de tal modo los eventuales hallazgos. A su vez, considera este autor, que el imputado podrá dar explicaciones a los hallazgos producidos, las cuales podrán recogerse en el acta²⁰⁵.

El Tribunal supremo ha acogido esta regla general, determinando “*la nulidad absoluta, radical e insubsanable de la prueba practicada*” de las actas de entrada y registro realizadas en ausencia del interesado que se encuentra detenido en el momento de realizar el registro²⁰⁶.

Y así es, incluso en el supuesto en el que, estando ya detenido y en dependencias policiales el interesado, se proceda al registro de un domicilio del mismo sin estar presente, aunque lo esté el titular (propietario) del mismo²⁰⁷.

²⁰⁵ BELTRAN NUÑEZ, A., “Entrada y registro en lugar cerrado e intervención de libros, papeles y comunicaciones”, *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, Tomo II, Secretaria General Técnica del Ministerio de Defensa, Madrid 1995, pp. 1577 y 1578.

²⁰⁶ ALONSO PEREZ, F., “Formalidades en las entradas y registros...”, *op. cit.*, refiere SSTs de 30 de octubre de 1992 (LA LEY 15063-R/1993), 15 de febrero de 1995 (LA LEY 2153/1995), 4 de marzo de 1995 (LA LEY 2283/1995), 9 de mayo de 1995 (LA LEY 2510/1995), 29 de febrero de 1996 (LA LEY 3886/1996), 20 de septiembre del mismo año (LA LEY 8677/1996), 24 de enero de 1997 (LA LEY 1519/1997) y 4 de marzo de 1999 (LA LEY 3899/1999); BERNAL MARTIN, L.F., “Intervinientes en las entradas y registros...”, *op. cit.*, refiere STS 265/2001, de 27 de febrero (LA LEY 4358/2001), ante la práctica de registros notificados a parte de los investigados en la causa, resultando nulo respecto de aquellos a los que no se les notificó, estando todos ellos detenidos o presos.

²⁰⁷ En STS de 27 de octubre de 1999 (LA LEY 493/2000) se declara la nulidad de un segundo registro llevado a cabo sin la presencia del investigado, que se hallaba detenido en dependencias judiciales por un primer registro anterior. Este segundo registro estaba autorizado judicialmente y lo presenció el letrado de la Administración de Justicia, y se notificó el mismo al titular de la vivienda, que no quiso estar presente. No obstante, considera el Supremo que la ausencia del detenido, habiendo sido posible, es causa de nulidad del registro, y siendo ésta la única prueba, estima el recurso interpuesto.

La jurisprudencia vino así exigiendo la presencia del interesado, y la ausencia del mismo por estar detenido en Comisaría era considerada una quiebra inaceptable de la garantía que constituye su presencia en tales actos, exigida preceptivamente por el artículo 569²⁰⁸; y manteniendo dicha consideración, la diligencia de entrada y registro realizada en ausencia del detenido, al producirse una efectiva indefensión, no podía tener más efecto que la nulidad²⁰⁹.

A pesar de ello, el propio Tribunal Supremo matizó posteriormente su propia tesis, estimando válido el registro efectuado sin presencia del interesado, estando detenido, cuando ni el juez, ni la policía judicial ni el letrado de la Administración de Justicia tenían conocimiento de dicha circunstancia en el momento de acordarse y ejecutarse el registro, por lo que no era posible acordar su presencia²¹⁰. O, cuando el propio interesado

²⁰⁸ MARTÍNEZ PARDO, V.J., "La entrada y registro domiciliario. Documentación del acto", *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, número 12, Aranzadi, 2001 refiere la STS de 10 octubre de 1994 (LA LEY 1634/1995), que excepciona únicamente aquellos supuestos en los que se haya decretado el secreto de las actuaciones.

²⁰⁹ STS de 4 de marzo de 1995 (LA LEY 2283/1995), "*En el caso presente se procedió por fuerzas policiales a la detención del acusado y de sus acusados poco después del mediodía del 31 de agosto de 1.992 y, al siguiente día, se solicitó por las mismas fuerzas mandamiento judicial para la entrada y registro en su domicilio, diligencia que se llevó a cabo también poco después del mediodía del día uno de septiembre. Pese a que consta, en diligencia del atestado, que se había mantenido a los detenidos en la cercanía del domicilio objeto de registro, este último se lleva a cabo sin que ninguno de ellos estuviera presente, sin notificación del auto acordando su realización y sin que conste que se les hiciera saber que se iba a realizar, de tal modo que no se dio lugar a posibilidad alguna de que pudieran manifestar no querer asistir ni nombrar persona que les representara en tal eventualidad. El registro celebrado en tales condiciones deviene nulo con nulidad radical e insubsanable según los artículos 11 y 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y sus resultados sin valor como prueba preconstituida que pudiera ser tomada en consideración por el juzgador, debiéndose extraer del material probatorio el resultado de la diligencia y todas las pruebas que de ella, directa o indirectamente, se derivarán*".

²¹⁰ STS 2207/2002, de 3 de enero de 2003 (LA LEY 3124/2003), cuando el interesado estaba siendo detenido precisamente momentos antes de la realización del registro en lugar distinto a donde el mismo se produjo.

que se encuentra detenido, niega ser morador de la vivienda a registrar, en cuyo caso la jurisprudencia ha considerado que de este modo está mostrando su conocimiento de que el registro se va a realizar en dicha vivienda, y a su vez está negándose expresamente a participar en el mismo²¹¹.

Y es que ese inciso se hace fundamental para el Tribunal Supremo. El hecho de que el registro se realice en presencia del interesado “si fuere posible”, debe entenderse considerando que es posible siempre que el mismo haya sido detenido y se encuentre a disposición policial²¹².

Sin perjuicio de ello, nuestro más alto tribunal en materia de jurisdicción ordinaria penal ha admitido la validez de registros realizados en casos concretos en ausencia del interesado que se encontraba detenido, siempre que estuviese presente el letrado de la Administración de Justicia. Y así, ha señalado que *“la omisión de la presencia del interesado no implica necesariamente la prohibición de valoración de la prueba si el registro se*

²¹¹ STS 651/2003, de 6 de mayo (LA LEY 13137/2003). En este concreto caso, cuando se practicaba un registro se le solicitó a la presuntamente titular de otra casa la facilitación de la llave al objeto de practicar otro registro para el que disponían del correspondiente mandamiento, ante cuyo requerimiento la acusada negó rotundamente que aquella casa o local le perteneciera. En tal caso, determina la sentencia que *“aunque ocultara la acusada una titularidad real, con su negativa a reconocerla, estaba declinando de su derecho a concurrir a la práctica de la diligencia, lo que obligó a la policía a llevarla a cabo ante testigos, lo que es plenamente correcto”*.

²¹² Sentencia de la AN, Sala de lo Penal 65/2007, de 31 de octubre (LA LEY 154276/2007), Fundamento Jurídico I.2.2., que determina que *“es uniforme la jurisprudencia al exigir la presencia del investigado -interesado- cuando está detenido, aun cuando sea persona distinta del titular, lo que deriva del principio de contradicción que debe presidir toda diligencia de prueba”* y añade, a su vez, que el investigado recurrente no manifestó que ese fuese su domicilio y la policía judicial siempre entendió que era el domicilio del que les constaba como arrendador, y no del investigado de referencia.

hizo a presencia del secretario judicial y con la ausencia del interesado no se frustró ninguna defensa que éste pudiera haber ejercido"²¹³.

En todo caso, la jurisprudencia establece estos matices siempre en el estudio del caso concreto. Así se pone de manifiesto por cuanto *"pretender que toda persona a la que, de una u otra manera, pueda afectar el acto de registro, ha de estar necesariamente presente en el momento de su práctica, so pena de nulidad, supone crear contra legem un requisito de muy difícil cumplimiento. Basta pensar en los supuestos de bandas organizadas en las que no todos sus miembros fueran detenidos al mismo tiempo. Abrir plazos de espera hasta que el último de los integrantes (y posible interesado en el registro) fuera detenido, carece de lógica y, desde luego, de todo apoyo legal"*²¹⁴.

Tales concretas circunstancias que pueden otorgar validez al registro realizado sin el detenido interesado, no deben de sustraer la atención de la regla general que la jurisprudencia acoge también de modo reciente, en el que se considera que *"la presencia del interesado en el registro es una exigencia del principio de contradicción (que está ínsito en el derecho de defensa), que solo puede excluirse cuando no resulte posible hacer efectiva su asistencia... Dado que estando el interesado detenido, y por*

²¹³ STS 1594/2005, de 23 de diciembre (LA LEY 317/2006), en cuyo caso concreto considera válidamente practicado un registro sin la interesada y la considera prueba de cargo.

²¹⁴ STS 991/2007, de 16 de noviembre (LA LEY 193640/2007). En el presente caso *"era exigible o concurrían razones de urgencia o necesidad que pudieran justificar la ausencia, como argumentan los órganos judiciales, lo cierto es que el que dicha diligencia se practicara de hecho sin contradicción no impide que el resultado de la misma se incorpore al proceso a través de las declaraciones de los funcionarios policiales que la practicaron, declaraciones realizadas en el juicio oral con todas las garantías necesarias para salvaguardar el derecho de defensa del demandante de amparo, así como la inmediación y la contradicción, como evidencia la lectura del acta de la vista, y que son las que constituyen el sustrato probatorio del relato fáctico de la Sentencia de instancia"*.

tanto a disposición policial, no concurre razón alguna que, en principio, imposibilite su asistencia, esta Sala considera que en estos casos la diligencia es nula por no haberse garantizado en su práctica la efectiva contradicción, por lo que se ha vulnerado su derecho de defensa”²¹⁵.

En este supuesto, el del registro sin intervención del interesado detenido, habiendo sido posible, determina la nulidad al extremo de impedir que la misma pudiera ser subsanada por la declaración en plenario de los agentes que intervinieron en el mismo²¹⁶.

B) El interesado no ha sido detenido

Hasta este punto han sido mencionados los supuestos en los cuales el interesado ha sido detenido, por su mayor relevancia jurisprudencial. No obstante, es frecuente en la práctica que el registro se lleve a cabo en presencia del interesado, el cual aún no ha sido detenido, procediéndose a su detención en el momento inmediatamente posterior al registro, esencialmente como consecuencia de la prueba encontrada en el lugar donde se ha llevado a cabo, procediéndose a su puesta a disposición

²¹⁵ STS 547/2017, de 12 de julio (LA LEY 96501/2017)

²¹⁶ Conforme establece la STS 547/2017, de 12 de julio (LA LEY 96501/2017) “*aunque los funcionarios de policía comparecieron en el plenario, no puede subsanar la presencia de tales funcionarios una diligencia que es nula, pues que con tal limitación se busca evitar que aquellas fuentes y medios de conocimiento a los que la ley cierra las puertas de la sala de audiencias, puedan ser introducidos en ésta por la ventana.*”

Dicho de otro modo: si admitiéramos que aunque no esté presente el detenido morador de la vivienda, en el registro practicado en tal vivienda, pudiera hacerse valer tal registro mediante la comparecencia como testigos de los funcionarios policiales que asistieron a la misma, estaríamos vaciando de facto nuestra doctrina, ya muy reiterada, de que son nulas las diligencias de entrada y registro en supuestos en que el afectado por tal registro se encuentre detenido, y no concurra a la diligencia, debiendo ser conducido a tal efecto por la fuerza policial actuante. En el caso, como ya hemos dicho, se infringe el derecho de contradicción, por lo que queda, en consecuencia, vulnerado el derecho fundamental de defensa, que se proclama en el art. 24.2 de la CE”.

judicial, si así se considerase necesario por las autoridades actuantes, en el plazo máximo de 72 horas que prevé la ley.

No obstante, es posible que se desconozca la ubicación del interesado, bien por cuanto el mismo aún no ha sido detenido o porque habiéndose percatado de la investigación se hubiese dado a la fuga, no concurriendo al acto de entrada y registro.

En tales caso, lógicamente, no podrá realizarse el registro ni con su asistencia ni con la de persona que lo represente (por cuanto aún no ha otorgado dicha representación), sin perjuicio de que pudiera realizarse con algún familiar mayor de edad (conforme prevé la ley) o con dos testigos que sean vecinos (los cuales actualmente la jurisprudencia consolidada no considera necesarios ante la presencia del letrado de la Administración de Justicia, tal y como será objeto de estudio posteriormente).

El Tribunal Supremo, tras recordar que la ausencia del acusado en el registro, por encontrarse detenido, determina la nulidad de la diligencia, entiende que ha de excluirse cuando la diligencia se extiende en presencia de la titular del piso, madre de aquél, y cuya vivienda servía de depósito de la droga que allí se encontraba²¹⁷. En todo caso, “y aunque se hubiese infringido el art. 569 de la LECrim, ello constituiría una irregularidad procesal, sin afectar a derechos fundamentales y, por tanto, en nada empece a que los datos descubiertos en tal diligencia pudieran acreditarse

²¹⁷ STS 1782/2001, de 9 de octubre (LA LEY 8763/2001), que resuelve la validez del registro cuando “En dicha diligencia ni el titular de la vivienda ni los recurrentes estaban detenidos en el momento de llevarse a efecto. En la vivienda se encontraba el morador de la misma que presenció el registro y fue detenido a consecuencia de él. La entrada y registro solicitada por la policía fue judicialmente autorizada, realizada a presencia de la Secretaria Judicial, y notificada el morador asistente”.

por otros medios probatorios distintos, dado que en tal supuesto no es de aplicación lo dispuesto en el art. 11 de la LOPJ. Y por ello, tales datos bien podrían probarse por el reconocimiento del propio interesado, o por el testimonio de los que presenciaron la misma en calidad de testigos”²¹⁸.

C) Resistencia a la realización del registro

No cabe duda que la presencia del interesado en la diligencia de entrada y registro supone un derecho para el mismo, como garantía procesal de aplicación del principio de contradicción.

No obstante, su presencia se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho-obligación, ya que también supone un medio para la obtención de prueba válida para la instrucción del proceso en el seno de la investigación ya judicializada.

Con este doble carácter de derecho y obligación se ha configurado en nuestro ordenamiento jurídico, y como el propio art. 569 de la LECrim, dispone en su párrafo 5º que:

La resistencia del interesado, de su representante, de los individuos de la familia y de los testigos a presenciar el registro, producirá la responsabilidad declarada en el Código Penal a los reos del delito de desobediencia grave

²¹⁸ ALONSO PEREZ, F., “Formalidades en la práctica...”, *op. cit.*, que refiere a su vez la STS de 18 de julio de 1994 (LA LEY 3716/1994), supuesto en el que al no haber sido oídos los testigos (y no considerando testimonio hábil el de los funcionarios de Policía que lo llevaron a efecto, de conformidad con la jurisprudencia de la época, y que ha sido objeto de estudio anteriormente) ni habiéndose producido reconocimiento, determina la nulidad del acto.

a la Autoridad, sin perjuicio de que la diligencia se practique.

De este modo, la LECrim permite la realización hasta su conclusión de la diligencia de entrada y registro independientemente de su participación cuando exista resistencia a su práctica.

Este precepto legal ha sido de aplicado por nuestros tribunales en todos aquellos casos en los que el detenido se encuentra alterado y poco colaborativo²¹⁹, permitiéndose la realización del registro con el titular del piso, que en este caso a su vez era esposa del investigado, o con dos vecinos en los términos previstos por la ley.

D) Actuaciones declaradas “secretas”

El art. 302 de la LECrim prevé la posibilidad de que el juez de instrucción, a propuesta del ministerio fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, acuerde mediante auto, y de forma total o parcial, el secreto de actuaciones. En tal caso, y de estar el interesado presente en la diligencia de entrada y registro, únicamente le será notificada la parte dispositiva del mismo (en la que se hace constar que se acuerda el registro

²¹⁹ *Ibid.*, que refiere a su vez STS de 17 de febrero de 1997 (LA LEY 4874/1997), que establece que “la Sala, por supuesto, entiende que hubiera sido más conveniente la presencia personal del inculcado en el registro, si efectivamente éste hubiera sido razonablemente viable (por tranquilidad personal, etc.), lo que no parece ser que ocurrió, sin embargo la Sala estima que esta ausencia no determina la nulidad del registro, ya que lo cierto es que las formalidades del artículo 569 de la LECrim. se habrían cumplido por la circunstancia expuesta de la alteración del acusado y, por otra parte, al estar presente una persona especialmente cualificada ostentando la representación -debemos entender que legítimamente- y defensa de sus intereses del procesado, con lo que desde luego debe descartarse el que se haya producido efectiva indefensión que es por lo que en definitiva tiene que velar el Tribunal”.

en su domicilio, el magistrado o juez que lo autoriza y la identificación de las fuerzas actuantes).

El Tribunal Constitucional ha considerado que la presencia del interesado no es necesaria cuando la instrucción de la causa se ha declarado secreta por el juez competente²²⁰. En los mismos términos, así lo ha expuesto el Tribunal Supremo²²¹.

Por lo que respecta a los tiempos, puede ser frecuente que el secreto de las actuaciones haya sido acordado previamente (habiéndose adoptado, por ejemplo, intervención de las actuaciones), y dentro del periodo de dicho secreto se acuerde el auto que autoriza la entrada y registro domiciliario. En caso de que el registro se lleve a cabo bajo dicho secreto, la jurisprudencia permite que se realice sin la presencia del interesado, considerando que, en modo alguno, se vulneran sus derechos constitucionales, por cuanto tendrá conocimiento de la totalidad de lo actuado cuando se levante el secreto previamente acordado²²².

²²⁰ SSTC 13/1985, de 31 de enero (LA LEY 9639-JF/0000) y 66/1989, de 17 de abril (LA LEY 119983-NS/0000).

²²¹ ALONSO PEREZ, F., "Formalidades en la práctica", *op. cit.*, que con base a la STS de 8 de marzo de 1994 (LA LEY 41337-JF/0000) considera que "la presencia del interesado no será precisa si la instrucción se ha declarado secreta o si están presentes los representantes del titular del domicilio".

²²² STS 2384/2001, de 7 de diciembre (LA LEY 221432/2001), que destaca que en caso de que se dicte el secreto, lo normal es que el mismo sea previo o, al menos, simultáneo a acordar el registro, teniendo en cuenta en todo caso que "la determinación de si existe o no base para la imputación a una persona, vendrá determinada, en gran medida, por el resultado de la intervención solicitada, de suerte que la imputación es posterior a la intervención, y no un a priori... y que cuando se levantó el secreto de las actuaciones ... los imputados tuvieron acceso a las actuaciones" pudiendo organizar sin trabas su defensa. En idéntico sentido y términos, la STS 58/2010, de 10 de febrero (LA LEY 1562/2013).

E) El detenido está en situación judicial de “incomunicado”

El Tribunal Supremo ha considerado como otra de las excepciones en las que no se precisa la asistencia del interesado en las diligencias de entrada y registro cuando el mismo está incomunicado. Así, para caso de delito de terrorismo, el Tribunal Supremo ha desestimado el recurso que solicitaba la nulidad del registro (y de toda la prueba obtenida en el mismo) por considerar que *“Las particulares características de esa delincuencia organizada se proyectan sobre unas diligencias de entrada y registro incompatibles con la incomunicación. De un lado, porque la presencia física del detenido en el lugar registrado haría prácticamente imposible impedir una mínima relación con terceros, y de otro, porque puede interesar precisamente que el detenido ignore cual sea el curso de la investigación. Por lo demás, y en lo que atañe al planteamiento de aquella cuestión en esta causa, ha quedado claro que la madre y una hermana del detenido (amén del secretario judicial) presenciaron el registro, lo que aleja cualquier sombra sobre su desarrollo”*²²³.

F) Supuestos de “fuerza mayor”

Se plantea también el Tribunal Supremo los supuestos en que por causa de fuerza mayor sea imposible o de difícil cumplimiento la presencia del detenido en la diligencia de entrada y registro, excepcionando para tales supuestos el requisito de su presencia en el mismo.

De este modo, *“si bien el art. 569 de la indicada Ley Rituaria establece como regla general que el registro se hará a presencia del*

²²³ STS de 4 de julio de 1997 (LA LEY 9520/1997).

interesado, tal no quiere decir que puedan darse supuestos en los que esa presencia se haga imposible y no por ello tenga que suspenderse o abortarse la referida diligencia, ni mucho menos que su realización suponga conculcar los principios constitucionales de respeto a la intimidad de las personas y de inviolabilidad del domicilio. Nos estamos refiriendo a aquellos casos en que por motivos de fuerza mayor esa presencia sea imposible o de muy difícil cumplimiento, como puede ser el aquí contemplado en el que se evidencia que la conducción de la inculpada desde el lugar en donde se hallaba detenida hasta el inmueble objeto del registro, hubiera supuesto un riesgo muy importante de orden público, dada la actitud multitudinaria y ciertamente agresiva de los vecinos del barrio ante la posible presencia de la encausada. Entendemos, por tanto, que aunque pueda pensarse en la existencia de un defecto procesal (nunca constitucional) en la realización de la tan repetida prueba, aquél quedó perfectamente salvado ante la existencia de ese hecho que la convierte en una verdadera causa de fuerza mayor”²²⁴.

A idéntica conclusión llega el Tribunal Supremo en el supuesto en que *“el interesado, aunque detenido, se encontraba en situación de ingreso hospitalario que impedía su presencia en el registro. Esta diligencia era, por su propia naturaleza ante el modo en que se desarrollaron los acontecimientos, inaplazable sin riesgo de pérdida de su funcionalidad. Estuvo presente la compañera sentimental del interesado y otro morador. Por lo que no se alcanza a saber cual pudiera ser la indefensión que se protesta”²²⁵.*

²²⁴ STS de 15 de febrero de 1997 (LA LEY 3111/1997).

²²⁵ STS 968/2010, de 4 de noviembre (LA LEY 199012/2010).

G) Registros simultáneos

La Sala Segunda del TS ha admitido la regularidad de la ausencia del interesado detenido cuando se encontraba presente en un registro en otro domicilio, para aquellos supuestos en los que deben practicarse varios registros simultáneamente. Así, contempla el Tribunal Supremo el posible hecho que pudiera concurrir en el *“que se efectúen simultáneamente varios registros en distintos lugares, lo que, obviamente, imposibilitaría la presencia simultánea del interesado en varios domicilios a la vez”*²²⁶.

H) Registro de un lugar que no tiene carácter de domicilio

El registro requerirá de un auto autorizante cuando el lugar en el que se deba entrar a tales efectos constituya domicilio. La rúbrica del Título VIII de la LECrim tras la reforma por LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica es “De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución”. A continuación, el Capítulo I hace referencia a “la entrada y registro en lugar cerrado”.

²²⁶ STS 947/2006, de 26 de septiembre (LA LEY 112226/2006) y STS 138/2004, de 20 de febrero (LA LEY 45046/2004) que establecen que: *“Una vez habilitada la entrada y estando garantizada la regularidad del registro, no se puede alegar la falta de presencia de persona que, conviviendo en el recinto, se le haya ocupado algún documento relacionado con el hecho delictivo. La actuación de la comisión judicial responde al desarrollo lógico de una medida de investigación de estas características. No se puede exigir una depuración “in situ”, por parte de los agentes policiales, de la pertenencia de los efectos y documentos. Esta tarea, una vez que los documentos son entregados, al juez le corresponde a este en exclusiva, devolviendo aquellos que no tuvieran interés para la investigación”*.

La jurisprudencia ha considerado que el registro en lugar cerrado que no constituya domicilio (locales públicos, garajes independientes, cuarto trasteros independientes a la vivienda...) también requiere de la presencia del interesado de conformidad con estos preceptos, independientemente de que no se requiera judicialización de la causa, llevándose a cabo policialmente. Así pues, el Tribunal Supremo ha reseñado, en relación con el registro de un trastero independiente, que: *“Tienen razón los recurrentes en cuanto que en tal registro hubo una infracción procesal, pues no se cumplió lo exigido en el art. 569 LECrim respecto de la necesaria presencia del interesado o de persona que legítimamente le representara”,* y es que *“el art. 569 antes referido, como se deduce de los términos generales en que aparece redactado, a diferencia de otros del mismo Título VIII del Libro II LECrim., no se refiere sólo a los registros practicados en domicilio privado como ocurre con el siguiente (art. 570), sino que, a semejanza de los dos que le preceden (arts. 567 y 568) regula también los que pudieran realizarse en cualquier edificio o lugar cerrado”.* En consecuencia, *“tenía que haberse hecho el registro del camarote o trastero a presencia del interesado o de persona que lo representara en los términos recogidos en los tres primeros párrafos del mencionado art. 569. Aunque los interesados estuvieran detenidos en Madrid, era necesario que hubieran sido llevados a Bilbao para cumplir tal mandato procesal”.*

No obstante, y después de toda la reflexión expuesta, concluye el Tribunal Supremo que *“esta omisión procesal carece de relevancia constitucional, al no ser considerado el trastero como parte del domicilio a los efectos del art. 18.2 CE, como antes se ha dicho. Se trata de un vicio*

*meramente procesal, que no puede tener el alcance (nulidad del acto) pretendido por los recurrentes*²²⁷.

3. El registro realizado con el morador de la vivienda, siendo persona distinta del interesado

La LECrim, en su art. 569, no ha tenido en cuenta a la hora de señalar como posible interviniente en la diligencia de entrada y registro al morador de la vivienda cuando éste sea persona distinta del interesado.

En los supuestos en los que el morador de la vivienda sea a su vez interesado en el procedimiento, deben seguirse las reglas anteriormente ya expuestas. No obstante, en tal caso, cuando dicho morador no se halle contemplado en el auto que autoriza el registro, el registro debe suspenderse, para solicitar la ampliación del auto. De continuarse el registro sin dicha ampliación, entiende el Tribunal Supremo siguiendo los dictados del Tribunal Constitucional, el defecto sería de legalidad ordinaria, al quedar circunscrito a un incidente en el curso del registro. No supondría la vulneración de ningún derecho fundamental al existir orden judicial que ampara el registro, y únicamente afectaría a la validez y eficacia de los medios de prueba²²⁸.

Para el supuesto en que el morador no sea interesado, el Tribunal Supremo ha considerado incluso que el consentimiento dado por éste para la realización del registro es relevante, no requiriendo en tal caso ni

²²⁷ STS de 8 de julio de 1994 (LA LEY 3657/1994).

²²⁸ STS 567/2010, de 31 de mayo de 2010 (LA LEY 110015/2010), que a su vez refiere STC 219/2006 de 3 de julio (LA LEY 88159/2006).

autorización judicial. Así, se considera válido el registro realizado en dichas circunstancias habiéndose señalado que *“personada la policía en dicho domicilio la persona que era moradora y compañera del recurrente, además de otro morador, siendo informados de la situación, y sin que en ese momento existiera contra ellos motivo de sospecha, prestó por escrito que la misma firmó, pleno y libre consentimiento para la entrada y registro del domicilio con el resultado positivo del que da cuenta la sentencia de instancia”*²²⁹.

En el mismo sentido, y existiendo en este caso auto autorizante de la entrada y registro, el Tribunal Supremo considera que *“nuestro sistema de garantías constitucionales no incluye como presupuesto legitimante la presencia litisconsorcial de todos y cada uno de los moradores de la vivienda que es objeto de registro. Éste se practicó en presencia de XXX porque, más allá de la titularidad formal de la vivienda, es un hecho probado que aquella compartía domicilio con su novio y coacusado YYY, la acusada tenía legitimidad suficiente como para ser notificada del registro y presenciarlo, sin que sea exigible en tales situaciones que estén todos los habitantes de la casa en el acto”*²³⁰.

Recoge el Tribunal Supremo el supuesto en el que el morador no es el inicialmente investigado y, no obstante, y como consecuencia de lo obtenido en el registro, se procede a su detención. En tal caso *“No cabe, por otra parte, poner en entredicho el valor probatorio del resultado de la diligencia de entrada y registro en el domicilio de la calle XXX. En dicha diligencia ni el titular de la vivienda ni los recurrentes estaban detenidos en el momento de llevarse a efecto. En la vivienda se encontraba el morador de*

²²⁹ STS 968/2010, de 4 de noviembre (LA LEY 199012/2010).

²³⁰ STS 967/2009, de 7 de octubre (LA LEY 191987/2009).

la misma que presenció el registro y fue detenido a consecuencia de él. La entrada y registro solicitada por la policía fue judicialmente autorizada, realizada a presencia de la Secretaria Judicial, y notificada el morador asistente”²³¹.

El último borrador de anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal²³² regula expresamente al respecto del consentimiento del titular del domicilio y de los moradores del mismo en el caso en que aquellos fueren plurales (art. 330):

4. La oposición manifestada por cualquiera de los moradores del domicilio impide la entrada y el registro sin autorización judicial, salvo en caso de flagrante delito.

5. La existencia conocida de conflicto de intereses entre los moradores del domicilio impide el registro de la habitación y pertenencias de la persona ausente del domicilio, sin autorización judicial, salvo en caso de flagrante delito.

4. Efectos del registro realizado sin el interesado

A la hora de determinar los efectos de un registro realizado sin el interesado, es relevante poner de manifiesto lo contemplado en las sentencias del Tribunal Constitucional en este aspecto. Del estudio de las mismas se observa que la determinación de los efectos de una diligencia

²³¹ STS 1782/2001, de 9 de octubre (LA LEY 8763/2001).

²³² Borrador de anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 25 de febrero de 2013.

de entrada y registro tienen su origen en la diferenciación existente entre el derecho de inviolabilidad de domicilio (18,CE) y el derecho a un proceso con todas las garantías (24,CE).

“Una vez obtenido el mandamiento judicial, la forma en que la entrada y registro se practiquen, las incidencias que en su curso puedan producirse y los excesos o defectos en que incurran quienes lo hacen se mueven siempre en el plano de la legalidad ordinaria, por lo que el incumplimiento de las previsiones de la LECrim”²³³ no trasciende al plano de la constitucionalidad.

En primer lugar, no afecta al derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), ya que *“para entrar en el cual basta la orden judicial”²³⁴*. Y en segundo lugar *“tampoco a la efectividad de la tutela judicial (art. 24.1 CE) en sus diferentes facetas, sino en su caso a la validez y eficacia de los medios de prueba”²³⁵*.

Por lo que se refiere a los efectos que la ausencia del interesado puede tener respecto de la eficacia probatoria de lo hallado en el registro, el Tribunal Constitucional afirma que *“aunque ciertas irregularidades procesales en la ejecución de un registro, como la preceptiva presencia del interesado, puedan determinar la falta de valor probatorio como prueba preconstituida o anticipada de las actas que documentan las diligencias policiales, al imposibilitarse la garantía de contradicción, ello no impide que*

²³³ STC 219/06, de 3 de julio (LA LEY 88159/2006).

²³⁴ SSTC 290/1994, de 27 de octubre (LA LEY 13046/1994), y 309/1994 (LA LEY 13065/1994); AATC 349/1988, de 23 de mayo (LA LEY 953/1988), 184/1993 y 223/1994),

²³⁵ SSTC 133/1995, de 25 de septiembre (LA LEY 2597-TC/1995), FJ 4; 94/1999, de 31 de mayo (LA LEY 8094/1999), FJ 3; 171/1999, de 27 de septiembre (LA LEY 12124/1999), FJ 11).

*el resultado de la diligencia pueda ser incorporado al proceso por vías distintas a la propia acta, especialmente a través de las declaraciones de los policías realizadas en el juicio oral con todas las garantías, incluida la de contradicción*²³⁶.

De acuerdo con dicha doctrina, en estos casos no habrá lugar a declarar en ningún caso la nulidad del acto de entrada y registro realizado, por cuanto el derecho a la inviolabilidad de domicilio no puede verse ya conculcado. Existiendo algún incidente en la realización de la diligencia de entrada y registro (ya sea por exceso o por defecto), lo que podría cuestionarse es la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y, específicamente en caso de realización en ausencia del interesado, la posible conculcación del principio de contradicción y del derecho de defensa. Por tanto, queda limitado a un problema de validez de la prueba.

²³⁶ STC 219/06, de 3 de julio (LA LEY 88159/2006). En el mismo sentido, SSTC 303/1993, de 25 de octubre (LA LEY 2390-TC/1993), FJ 5; 171/1999, de 27 de septiembre (LA LEY 12124/1999), FJ 12; 259/2005, de 24 de octubre (LA LEY 1969/2005), FJ 6. El Tribunal Constitucional diferencia entre la posible vulneración de derecho fundamental o de un mero problema de legalidad ordinaria, y clasifica la ausencia del interesado en el acto de entrada y registro en este segundo orden. Nunca podría considerarse vulneración de derecho fundamental por cuanto existe auto válido en forma y contenido que habilita la entrada y registro. Por tanto, la deficiencia legal que pueda haberse observado en el ejercicio de su práctica podría verse subsanada a través de prueba no conexas al registro, como pudiera ser el interrogatorio de testigos o el reconocimiento de hechos por el investigado, entre otros, dando cumplimiento de este modo a los principios de contradicción y defensa.

5. Registro en el domicilio del menor de edad investigado

El art. 4 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica y del menor, establece su protección.

“Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones”.

Si el sujeto investigado es un menor de edad le será de aplicación la Ley de responsabilidad penal del menor²³⁷, que en su art. 1.1 delimita su ámbito competencial a los mayores de 14 años y menores de 18, para el conocimiento de los delitos contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales.

La competencia objetiva corresponderá al juez de Menores, y la instrucción del procedimiento al ministerio fiscal, a través de la fiscalía de Menores²³⁸. Y es que al mismo se le dota de un cauce procesal distinto a la instrucción ordinaria que tiene lugar en los Juzgados y Tribunales, en atención al principio del superior interés del menor que debe regir en esta materia, rigiendo el principio de especialización²³⁹ de todos aquellos

²³⁷ LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en adelante LORRPM.

²³⁸ Art. 16.1 de la LORRPM.

²³⁹ La Disposición Final 4ª de la LORRPM da contenido al citado principio de especialización en el campo de jueces, Fiscales y abogados.

intervinientes en el proceso. Se le otorga la iniciativa procesal al ministerio fiscal “en la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento, para lo cual dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquéllos y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento”²⁴⁰.

Si bien el ministerio fiscal dirige la investigación y ordena la práctica de actuaciones a la policía judicial, no le será posible la práctica de diligencias que afecten derechos fundamentales, entre ellos la entrada y registro domiciliaria, sin la previa autorización del juez de Menores, por auto motivado²⁴¹, que ostentará a tales efectos la situación de “juez de garantías”.

La petición del Fiscal de Menores deberá remitirse al juez de Menores que resulte competente objetiva, territorial y funcionalmente para el dictado del auto que autorice el registro. En el caso en que dicha solicitud, por la premura de tiempo ante una situación de urgencia, deba realizarse fuera de las horas de audiencia, la competencia corresponderá al Juzgado de Menores de guardia, allá donde exista. De no existir el mismo en el partido judicial correspondiente, el Reglamento de aspectos accesorios prevé que “a estos efectos el juez de Instrucción que atienda el servicio de guardia actuará en sustitución del correspondiente juez de Menores. Adoptada la decisión que proceda, el juez de Instrucción en

²⁴⁰ Art. 6 de la LORRPM.

²⁴¹ Art. 23.3 de la LORRPM.

funciones de guardia remitirá lo actuado al órgano competente y pondrá a su disposición, en su caso, al menor de que se trate”²⁴².

El hecho de que el titular de la vivienda no sea el menor sometido a investigación, o de que éste conviva con mayores de edad, no modifica la competencia del juez de Menores para el dictado del auto autorizante²⁴³, sin perjuicio de que, conforme a las reglas ordinarias, el juez deba justificar la necesidad y proporcionalidad al acordar la medida. A tales efectos, no debe ser válido el mero consentimiento del titular de la vivienda mayor de edad, representante legal del menor, para proceder al registro de la habitación del mismo, ya que el estatus de investigado y el derecho fundamental es personalísimo y se predica individualmente, en este caso, respecto del menor²⁴⁴.

Cuando en el curso de una investigación policial deba solicitarse una entrada y registro en el domicilio del menor, éstos deberán dirigir su solicitud, de conformidad con el principio de especialidad del procedimiento observado y las reglas competenciales, a fiscalía de Menores. Si éste lo considera necesario, incoará el expediente del que dará

²⁴² Art. 42.3 del Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, que otorga la competencia al Juzgado de instrucción de guardia para “la adopción de medidas cautelares respecto de las personas comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores,, o la práctica de diligencias restrictivas de los derechos fundamentales de dichas personas, cuando su necesidad se suscite fuera de las horas de audiencia del correspondiente Juzgado de Menores, siempre que en la demarcación de dicho Juzgado de Menores no exista un servicio de guardia propio de esta clase de órganos jurisdiccionales”.

²⁴³ POLO RODRIGUEZ, J.J. y HUELAMO BUENDÍA, A.J., “La nueva Ley penal del menor”, ed. Colex, Madrid, 3ª edición actualizada a la LO 8/06, Colex 2007, p. 76.

²⁴⁴ Al respecto, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El proceso penal de los menores. Funciones del ministerio fiscal y del juez de Instrucción, el periodo intermedio y las medidas cautelares*, ed. Aranzadi, 2007, pp 80-88.

cuenta al juez y solicitará, en su caso, el auto que autorice la realización del registro.

En aquellos supuestos en que concurren mayores con menores de edad en la comisión de los hechos, el juez de instrucción competente para el conocimiento de la causa adoptará las medidas necesarias para asegurar el éxito de la actividad investigadora respecto de los mayores de edad y ordenará remitir testimonio de los particulares precisos al ministerio fiscal”²⁴⁵. Lo cierto es que en investigaciones de la comisión de ilícitos penales donde concurren en el hecho mayores y menores de edad, tal circunstancia supone un obstáculo procesal a la investigación y a su vez un riesgo ante el doble enjuiciamiento.

Respecto al obstáculo procesal que supone, la regulación legal obliga al juez de Instrucción a remitir a fiscalía de Menores testimonio de las actuaciones para que éste solicite auto que autorice el registro en el domicilio respecto del menor. Todo este procedimiento puede ralentizar la práctica de una diligencia que por su propia naturaleza, requiere de urgencia. “Ciertamente podría platearse que esta regulación produce una clara distorsión en la investigación penal, pero es lo cierto que dicha inmediata separación de la causa así ha sido querida por el legislador”²⁴⁶.

²⁴⁵ Art. 16.5 de la LORRPM, redactado por el apartado 12 del art. único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

²⁴⁶ ABELLA LÓPEZ, J., “Entrada y registro en el domicilio del menor infractor: solicitud, tramitación y competencia”, *La Ley Penal*, Nº 100, enero-febrero 2013, Editorial Wolters Kluwer (LA LEY 1119/2013), que cita para acreditar la intención legislativa futura en contrario la comparecencia del entonces Ministro de Justicia, Ruiz-Gallardón Jiménez, el día 25 de enero de 2012 ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, que apuntó hacia una posible iniciativa legislativa que permitiera enjuiciar en un sólo procedimiento hechos en los que, como posibles responsables penales, hubieran intervenido menores y adultos. Concretamente, vino a señalar en dicha comparecencia

Juzgados de Menores, Fiscalías y Audiencias Provinciales no han perdido la ocasión para reprochar esta dualidad legislativa y la pluralidad de inconvenientes que conlleva²⁴⁷ de modo muy acertado, por cuanto considero imprescindible que el legislador haga frente al problema práctico que supone establecer una doble vía a un asunto penal en atención a la concurrencia de mayores y menores investigados en el mismo, siguiendo tramitaciones que les harán diferirse en el tiempo en sus

que «Conforme a otras normativas ya existentes en derecho comparado, les anuncio que para evitar casos que han posibilitado el doble enjuiciamiento cuando en un mismo delito grave concurre la participación de mayores y menores de edad pretendemos con la reforma unificar la investigación de hechos delictivos y proceder a un enjuiciamiento conjunto. Esto se hará sin merma alguna de los derechos del menor ya que se le aplicará a este siempre su normativa especial».

(http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/CO_025.PDF).

²⁴⁷ SAP de Sevilla 1/2012, de 13 de enero (LA LEY 1/2012) impuesta por la Sección 7ª, en referencia a su vez a la SAP de Sevilla 508/2011, de 20 de octubre de 2011 (LA LEY 188636/2011), impuesta por la Sección 3ª, que manifiestan *“querer dejar patente lo difícil de nuestra labor en este procedimiento cuando, por la indiciaria participación de mayores y el menor encausado en los hechos contamos, por decisión del legislador, con dos jurisdicciones igual de competentes y que llevan a cabo investigaciones diversas que abocan a doble enjuiciamiento, con el riesgo cierto de que puedan existir pronunciamientos discordantes que hagan que en ese puzzle, a que se refirieron las acusaciones, no encajen todas su piezas (...). Esta circunstancia crea una serie de disfunciones, no sólo a la hora de la llevar a efecto la labor de investigación policial y judicial, como puso de manifiesto la sentencia apelada, sino también a la hora de la valoración de la prueba, como quedó patente en dicha resolución. La doble jurisdicción comporta un derroche de energías y esfuerzo en sedes policial y judicial (...). La existencia de un procedimiento paralelo, en la fase de investigación supone complejidad y duplicidad de trámites injustificados (...). Esta primera consideración, parece una constante crítica al sistema legal vigente por parte de los que diariamente nos dedicamos a la cada día más delicada y criticada labor de impartir justicia, cuando existen implicados mayores y menores en el mismo hecho. Tanto el Juzgado de Menores como la fiscalía hacen referencia a ello y este Tribunal no puede dejar pasar la ocasión para sumarse a esa crítica, cuyo fin último, es evitar dos procedimientos paralelos sobre unos mismos hechos, que pueden condicionar y perjudicar el esclarecimiento de la verdad material, principio que orienta toda la actuación judicial y al que se refiere el ministerio fiscal en su escrito de recurso. No depende de los Tribunales, como es obvio, la modificación del sistema actual del doble procedimiento, pero consideramos que el legislador debería ser sensible a esta sugerencia y no demorar, algo que, por lo expuesto, necesita de una reforma legislativa si queremos una justicia fiable. No debemos olvidar que los jueces utilizamos el vehículo procesal que el legislador ofrece y si éste tiene dos compartimentos o dos conductores con sendos volantes es difícil manejarlo, y las consecuencias de la eventual colisión, no debe recaer solo en los conductores sino y sobre todo, en el fabricante, por el defectuoso medio puesto a disposición de aquellos”*.

diversas fases y tiempos procesales, y pudiendo dar lugar a resoluciones de fondo diferenciadas, difícilmente justificables socialmente..

6. Registro de personas no identificadas hasta el momento del registro

Como ya estudiamos en el epígrafe correspondiente a la motivación del auto, debido a la propia naturaleza instructora de la diligencia de entrada y registro, es posible que el interesado no se halle plenamente identificado en el momento de acordar el mismo. De ahí que el Tribunal Supremo no exija que se exprese en el auto *“la identidad del titular mediante la concreción de su nombre y apellidos, que pueden no ser aún conocidos en el momento de solicitarse y dictarse el auto, ordenando la entrada y registro”*. A mayor abundamiento, *“si se expresan las razones de investigación que hacen sospechar la existencia de actividades delictivas y se concreta el edificio o lugar cerrado donde se ha de realizar el registro cabe, sin merma de las garantías para el titular, que se identifique por sus datos de nombre y apellidos al practicarse el registro, y se le notifique al iniciarse, y, tras su identificación como titular, el contenido del auto judicial referente al lugar de su domicilio”*²⁴⁸.

²⁴⁸ STS de 20 de septiembre de 1993 (LA LEY 1576/1994).

7. El registro realizado en el domicilio de personas jurídicas

Lo primero que podemos dudar al referirnos al registro del domicilio de personas jurídicas es si las mismas tienen el derecho fundamental de intimidad protegido constitucionalmente.

GIMENO SENDRA examinó las resoluciones del Tribunal Constitucional en tal sentido, concluyendo que, si bien inicialmente cabe pensar que la intimidad personal y familiar corresponde sólo a personas físicas, la misma se proyecta sobre también sobre otros aspectos del mismo, como el secreto profesional²⁴⁹.

RIVES SEVA delimita en todo caso su ámbito de protección a los “espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir un centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros”²⁵⁰.

²⁴⁹ GIMENO SENDRA, V., *Los derechos fundamentales y...*, op. cit., pp. 547-548, en referencia a las STC 37/1989, de 15 de febrero (LA LEY 116723-NS/0000) y 124/2001, de 4 de junio (LA LEY 6089/2001), entre otras).

²⁵⁰ RIVES SEVA, A.P., *La diligencia de entrada y registro domiciliario*, ed. Bosch. Marzo, 2004, p.22, añadiendo que “no cabría considerar que en un local comercial abierto al público pueda producirse una vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio; al igual que no se produciría en aquellos locales, aun de acceso sujeto a autorización, donde se lleva a cabo una actividad laboral o comercial por cuenta de una sociedad mercantil que no está vinculada con la dirección de la sociedad o de un establecimiento ni sirva a la custodia de su documentación”.

No cabe duda de que el legislador, en el art. 554.4º de la LECrim., tras reforma llevada a cabo por Ley 37/2011, de 10 de octubre, define el domicilio de la persona jurídica a tales efectos:

“Se reputan domicilio, para los efectos de los artículos anteriores:

4º Tratándose de personas jurídicas imputadas, el espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros”.

En nuestro ordenamiento jurídico, el registro en el domicilio de personas jurídicas deberá ser acordado judicialmente por auto en idénticos términos a los que ya han sido analizados. La especialidad radica en determinar quién puede considerarse “interesado” a efectos de que la diligencia pueda entenderse con él.

En todo caso, ceñimos este registro acordado judicialmente al de aquel lugar que constituya domicilio de la persona jurídica, quedando excluidos de la protección del art. 18 de la CE el de cualquier otra ubicación en que desarrolle su actividad²⁵¹.

²⁵¹ Vid. a tales efectos la noción propia de domicilio dada en la introducción de la presente obra. No obstante, y a los meros efectos de reflejar la evolución legal y jurisprudencial existente, obsérvese que en STS 202/2007, de 20 de marzo (LA LEY 6814/2007) manifestaba que *“es conocido de todos cómo nuestro Tribunal Constitucional considera domicilio protegible por el art. 18.2 de la CE el de las personas física y también el de las personas jurídicas; pero sin que tal protección sea equiparable en ambas clases de personas, pues, como podemos leer en la STC 69/1999 de 26 de abril (LA LEY 5707/1999), “cabe entender que el núcleo esencial del domicilio constitucionalmente protegido es el domicilio en cuanto morada de las personas físicas y reducto último de su intimidad personal y*

familiar. Si bien existen otros ámbitos que gozan de intensidad menor de protección, como ocurre con el caso de las personas jurídicas, precisamente por faltar esa estrecha vinculación con un ámbito de intimidad en su sentido originario; esto es, el referido a la vida personal y familiar, solo predicable de las personas físicas". A los efectos de esta menor protección del domicilio de las personas jurídicas podemos citar también al apartado 26 de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de abril de 2002 (LA LEY 73553/2002). Al parecer hay países democráticos europeos donde no se considera inviolable el domicilio (en cuanto derecho fundamental de la persona) en casos de personas jurídicas. Ciertamente no cabe equiparar una y otra clase de personas en orden a la protección de sus respectivos domicilios, dado que la intimidad personal y familiar (art. 18.1 de la CE), que es el verdadero fundamento del art. 18.2 de la CE, no existe, al menos de igual modo, en los casos de registro en el domicilio de una persona jurídica. Por ello, entendemos que la falta del requisito procesal de presencia del interesado, o personas referidas en la parte primera del art. 569 de la LECrim, no afecta a ninguno de los derechos fundamentales aquí aducidos como vulnerados, conforme al razonamiento que exponemos a continuación: A) Nos parece claro que el derecho a un proceso con todas las garantías, reconocido como fundamental en el art. 24.2 de la CE, no puede extenderse a todos los casos de infracción de normas procesales. No cualquier vulneración procesal puede alcanzar la categoría de lesión de este derecho fundamental. Así las cosas, entendemos que la no presencia del interesado en un registro acordado por la autoridad judicial puede tener esa importante significación solo cuando se refiera al domicilio de un particular, no así en los casos en que tenga que practicarse en el de una persona jurídica, precisamente por esa menor o nula incidencia en el derecho a la intimidad personal o familiar (art. 18.1 de la CE) que, como acabamos de decir, constituye el fundamento del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE). B) Si no existe infracción de precepto constitucional y ese requisito del art. 569 tiene importancia menor, habremos de concluir que, no solo no es posible aplicar el apartado 2 del art. 11.1 de la LOPJ, sino que carece de relevancia a los efectos de invalidar como medio de prueba la documentación ocupada en tal diligencia, con lo cual el derecho a la presunción de inocencia ha de considerarse asimismo no afectado por la vulneración del tan repetido art. 569".

A esta sentencia del año 2007 le siguió la nueva regulación por Ley 37/2011, la cual fue objeto de crítica, entre otras, por STS 583/2017, de 19 de julio (LA LEY 119518/2017) por cuanto la misma establece la necesidad de mandamiento judicial para el registro del domicilio de personas jurídicas que tengan la condición de investigadas, no así para las no imputadas. Textualmente pone de manifiesto que: "la autorización judicial está pensada para proteger ese primer reducto de privacidad que es la morada, no para poner trabas a la investigación penal. Rige la inviolabilidad del domicilio también para los no imputados y también en actuaciones no penales. Esto es una obviedad. No se entiende por eso muy bien qué razones adicionales confluyen para una tutela reforzada cuando estamos ante una persona jurídica imputada, que no concurran también cuando lo que se registra es la sede de una persona jurídica no imputada (la imputación o no a veces depende solo del tipo de delito). Idéntica tutela debiera dispensarse a la persona jurídica imputada que a la no imputada. Que la responsabilidad penal alcance a la persona jurídica no imponía nuevas previsiones en materia de medidas de investigación invasivas de derechos fundamentales. No ha pensado así el legislador y la Ley 37/2011 añadió un nuevo apartado cuarto al art. 554 –entrada y registro domiciliario– con esta previsión que sirve de base al recurrente para su argumento: "Tratándose de personas jurídicas imputadas, (se considera domicilio) el espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que queden reservados al conocimiento de terceros". No se atisban las razones de esa ampliación del concepto de

El Tribunal Supremo ha criticado la laguna legal que dejó la Ley Orgánica 37/2011, de 10 de octubre, sobre medidas de agilización procesal, en la cual se introdujeron reformas en la LECrim para adaptar la regulación a la presencia de la persona jurídica como eventual autora de delitos²⁵², ya que la misma no responde al interrogante de cuál debe ser la persona física que deba actuar en representación de la persona jurídica cuando se enjuicie su responsabilidad penal. Siendo frecuente que persona física (en todo caso, representantes y administradores) concurren en la posición de investigado sin que pueda entenderse la conflicto de intereses, pudiera ser que otros sujetos (copartícipes, trabajadores, acreedores, accionistas minoritarios, etc...) de la persona jurídica tuvieran interés

domicilio operativa sólo para personas jurídicas imputadas. El registro de una oficina aneja a una tienda, donde también se guardan soportes de la industria o negocio, no exige mandamiento judicial si el titular del local es una persona física o una persona jurídica no imputada. Se pueden registrar esos lugares para esclarecer un delito no imputable a una persona jurídica (v.gr. una apropiación indebida); pero no si se tratase de una estafa, lo que no parece lógico. En ambos casos el derecho a custodiar es el mismo y la finalidad de su limitación idéntica: exigir responsabilidades penales. La "privacidad" de una persona jurídica no se robustece cuando se convierte en posible responsable penal. Tan tutelada ha de estar la intimidad de las personas jurídicas no imputadas como la de las imputadas. Sin embargo a tenor de la ley solo es predicable ese concepto ampliado de domicilio a estos efectos de la persona jurídica imputada, y por tanto solo respecto de delitos susceptibles de generar responsabilidad penal de entes morales. La disposición encierra, sin duda, incoherencias. ... propone el recurrente: extender las incoherencias a otros supuestos en contradicción con la clara normativa legal. No puede proyectarse esa previsión sobre supuestos diferentes a los contemplados en ella: ni sobre estancias o negocios abiertos al público, ni sobre sedes de personas jurídicas cuando las mismas sean ajenas a la imputación".

En conclusión, y de un modo claro y nítido la STS 125/2014, de 20 de febrero (LA LEY 14261/2014) determina que "la última reforma del precepto invocado posiblemente no haya sido del todo afortunada. Introduce algunas dosis de incoherencia interna que el recurrente sabe aprovechar. Pero está claro que la Constitución y la Ley limitan la exigencia de autorización judicial a la entrada en lo que constituye el domicilio, lo que supone excluir ese presupuesto de otros lugares o ámbitos (un vehículo, un local comercial, un almacén...) salvo previsión expresa. El legislador ordinario ha extendido la exigencia a otros casos particulares entre los que se encuentra el introducido en 2011 solo para las personas jurídicas imputadas. No es muy congruente. Pero no puede proyectarse esa previsión más allá de su ámbito específico: domicilio de personas jurídicas imputadas".

²⁵² Vid. MARTÍNEZ PARDO, V. J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista internauta de práctica jurídica*, número 22, 2011. pp 61-78.

directo en la dirección de una defensa que separe sus intereses de los del investigado²⁵³.

Ni legal ni jurisprudencialmente se ha establecido quién debe ser el considerado interesado a efectos de presenciar la diligencia de entrada y registro judicialmente acordada, si bien puede considerarse que será interesado la misma persona que tendría capacidad para prestar el consentimiento para el acceso al domicilio de la persona jurídica.

En todo caso *“ha de excluirse de la facultad de prestar el consentimiento a personas que no ostentan ninguna función directiva, tanto los que realizan funciones meramente administrativas como el personal de vigilancia, seguridad y limpieza, por ejemplo. Dicho consentimiento se debe prestar por dicho personal directivo en cada sede, sucursal o local en que se recabe dicho consentimiento”*²⁵⁴ o aquellos que legítimamente la representen.

Considero que, en todo caso, la imposibilidad de concurrencia del mismo al acto no devendrá en la nulidad de las actuaciones, pudiendo

²⁵³ En este sentido, la STS 583/2017, de 19 de julio (LA LEY 119518/2017) presenta la posibilidad de nombrar a un defensor judicial de la persona jurídica para su intervención en el procedimiento penal, a partir de que *“semejante cuestión, de tanta trascendencia procesal como puede advertirse y que es resuelta en otros ordenamientos con distintas fórmulas, como la designación a estos efectos por el órgano jurisdiccional correspondiente de una especie de “defensor judicial” de la persona jurídica, la asignación de tales responsabilidades a un órgano colegiado compuesto por personas independientes junto con otras en representación de los intereses de terceros afectados por las posibles consecuencias sancionadoras derivadas del ilícito de la persona jurídica, etc. o como lo era también en nuestro propio país en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 (art. 51.1) mediante la atribución de esas funciones de defensa, con carácter prioritario, al “director del sistema de control interno de la entidad” (el denominado también como “oficial de cumplimiento”)”*. No obstante, esta solución no sería normalmente aplicable a los supuestos de entrada y registro ya que, como hemos observado, esta diligencia suele aplicarse *ab initio* del procedimiento penal, por lo que aún no sería en la práctica posible la adopción de la medida indicada.

²⁵⁴ VALERO CANALES, A.L., “El Derecho Fundamental a la...”, op. cit. pp. 224 y ss.

suplirse del mismo modo que ha sido analizado respecto a las personas físicas, sin perjuicio de apreciar la necesidad de que el legislador cierre el interrogante creado, a favor de la seguridad jurídica.

CAPÍTULO IV.

EL ABOGADO

Una de las cuestiones debatidas en la práctica de las diligencias de entrada y registro es si la presencia del abogado en dichas actuaciones debería o no ser preceptiva, así como el contenido de su actuación dentro de este ámbito.

Por lo que respecta al registro judicial, el artículo 569 de la LECrim establece los sujetos en cuya presencia se realizará el registro, y en ningún momento hace mención al abogado entre los mismos. Esto se justifica por la finalidad propia de la diligencia y la presencia del letrado de la Administración de Justicia como fedatario público en el mismo.

La finalidad del registro será la intervención y depósito de efectos en aquel lugar que constituye domicilio del interesado, lo que supone una tarea plenamente objetiva. Lo allí actuado y lo que allí se intervenga será reseñado en acta por el letrado de la Administración de Justicia, que actúa en ejercicio de la fe pública judicial. Por tanto, no incorporándose ningún elemento subjetivo al acto, no puede quedar afectado el derecho de defensa del interesado, que podrá ejercerse posteriormente en la declaración policial y, en su caso, en la judicial.

Jurisprudencialmente ha sido una cuestión relevante como consecuencia de los numerosos recursos interpuestos por los propios abogados, pretendiéndose por éstos la nulidad de la diligencia de entrada y registro, y con ello la nulidad de todo lo actuado en ésta, con base en una realización sin su concurrencia.

De modo recurrente, la base legal de dichos recursos ha tenido por objeto la cita de los artículos 17.3 de la CE²⁵⁵ y 118 y 520.2.c) de la LECrim²⁵⁶, así como del art. 11 de la LOPJ²⁵⁷. No obstante, para el estudio de esta cuestión debemos de reseñar los dos supuestos que pueden contemplarse.

1. El interesado no está detenido

En tales supuestos no puede regir lo dispuesto en los artículos 17.3 de la CE y 520 de la LECrim, aun cuando sí sería de aplicación, en virtud del estatus de investigado, el artículo 118 de la LECrim. Dicho precepto prevé el derecho de defensa de toda persona desde que se le comunique la existencia del procedimiento, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento. No obstante, a tales efectos hay que observar la naturaleza de la diligencia de entrada y registro, por cuanto la jurisprudencia ha considerado que no se trata de una medida cautelar, sino una diligencia de investigación, que realizada conforme a derecho será prueba preconstituida.

Es práctica habitual que la entrada y registro se solicite como consecuencia del conocimiento de unos hechos de contenido delictivo, que

²⁵⁵ “Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca”.

²⁵⁶ “Derecho a designar abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara abogado, se procederá a la designación de oficio”.

²⁵⁷ “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

si bien han dado lugar al inicio de un procedimiento, en el curso del mismo aún no se hayan practicado detenciones. Una vez concluido el mismo con resultado positivo, los investigados que han presenciado el registro son detenidos, leídos sus derechos y puestos a disposición judicial antes del plazo de 72 horas legalmente establecido. Por tanto, ello supone que en la práctica no concurren los supuestos necesarios para la intervención de abogado en la práctica de la diligencia de entrada y registro acordado judicialmente.

La ausencia del abogado en estos casos no merma garantías del interesado. En primer lugar, porque el mismo aún no ha sido detenido, por lo que legalmente no afecta a su estatus. En segundo lugar, porque el fin de la diligencia es una mera recogida de efectos, de modo objetivo, a la que en nada pudieran afectar la intervención del letrado.

2. El investigado se encuentra detenido

La mayor problemática en estos supuestos se ciñe a la circunstancia que supone que el ya detenido debiera estar asistido por su abogado para prestar su consentimiento a la práctica de la diligencia, por cuanto pudiera desconocer la posibilidad de negarse a autorizar la entrada, así como las consecuencias que pudieran derivarse de este acto.

En tal sentido se expresa el Tribunal Supremo, que determina la invalidez de un registro por cuanto el acusado se encontraba detenido y no

se le informó de la posibilidad de ser asistido por abogado durante la realización de la entrada y registro²⁵⁸.

Idéntica conclusión, pero con distinta motivación, observamos en otras sentencias del Tribunal Supremo, que determinan la nulidad de la diligencia de entrada y registro teniendo como punto de origen determinante de la misma que la prestación del consentimiento por el ya detenido para que se lleve a cabo la diligencia de entrada y registro se prestó sin que se le haya permitido la asistencia letrada que pudiera informarle de su contenido y de los efectos y consecuencias que pudieran derivarse del mismo, dando así a la asistencia letrada el carácter garantista de defensa que la Constitución y la LECrim le otorgan²⁵⁹. Dicha jurisprudencia se ha visto refrendada posteriormente por otras sentencias que disponen que: *“El consentimiento a la realización de la diligencia de entrada y registro es uno de los supuestos que permiten la injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Cuando la persona a la que se pretende la realización de la injerencia está detenida, su realización requiere que el consentimiento sea prestado ante un letrado que le asista y ello porque esa manifestación de carácter personal que realiza el*

²⁵⁸ La STS 845/2017, de 21 de diciembre (LA LEY 181935/2017) contempla el supuesto en el que un detenido presta su consentimiento sin asistencia letrada, acordándose la nulidad del registro en base esencialmente a que dicha manifestación de su voluntad debió practicarse en condiciones de asesoramiento y asistencia letrada, como lo exige el art. 520 de la LECrim.

La STS 831/2000, de 16 de mayo (LA LEY 9624/2000), establece que no puede considerarse plenamente libre el consentimiento así prestado en atención a lo que ha venido denominándose "la intimidación ambiental" o "la reacción que la presencia de los agentes de la autoridad representan".

La STS 1080/2005, de 29 de septiembre (LA LEY 14013/2005), determina 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 debe ser declarada radicalmente nula.

²⁵⁹ STS 550/2001, de 3 de abril (LA LEY 7798/2001).

detenido puede afectar, indudablemente, a su derecho a la inviolabilidad y también a su derecho de defensa, a la articulación de su defensa en el proceso penal, para lo que ha de estar asesorado sobre el contenido y alcance del acto de naturaleza procesal que realiza"²⁶⁰. Por tanto, y de conformidad con las mismas, el detenido no puede prestar válidamente el consentimiento a la realización de la entrada y registro si no está asesorado de abogado²⁶¹.

²⁶⁰ SSTS 436/2005, de 8 de abril (LA LEY 12027/2005) y 1080/2005, de 29 de septiembre (LA LEY 140/13/2005), de conformidad por lo ya referido en STS 1522/1998, de 2 de diciembre (LA LEY 131442/1998).

²⁶¹ La STS 707/2006, de 23 de junio (LA LEY 70347/2006) cita la jurisprudencia reiterada en este sentido, y en el caso concreto de la misma: *"si, como acontece en el caso enjuiciado, se encontraba detenido, habiendo declarado la jurisprudencia de esta Sala que lo esté (presente) inexcusablemente (el interesado) en caso de detención, sin ser precisa la asistencia letrada, salvo si prestara consentimiento voluntario al registro"*.

La STS 1742/2000, de 14 de noviembre (LA LEY 11318/2000) analiza de un modo práctico todos los supuestos que acabamos de exponer. El supuesto de hecho es que *"Producida la detención de la acusada en plena vía pública y trasladada a la Comisaría de Policía, allí se le informa de sus derechos, añadiéndose, en el atestado, que accedió voluntariamente a que se entrase y se registrase su vivienda... la información de derechos tuvo lugar a las 13,45 h y la diligencia de entrada y registro se efectuó a las 15 h (tiempo más que suficiente para solicitar el mandamiento judicial) y la asistencia letrada no se presta hasta las 20 h.*

De todo ello se desprende claramente que la autorización se realizó sin la asistencia y asesoramiento letrado por lo que la validez del consentimiento debe ser cuestionada. La disposición de un derecho fundamental tiene que nacer de un consentimiento pleno y libre sin que la capacidad de autodeterminación, se encuentre condicionada por circunstancias tan directamente relacionadas con la libertad de criterio, como es la existencia de una detención policial que debe estar siempre, por imperativo legal, revestida de una serie de garantías que establece con carácter riguroso nuestra ley procesal. El artículo 118 de la LECrim conecta, de manera inmediata, el hecho de la detención con el derecho a la defensa, que se deberá plasmar en la asistencia de un letrado, debiéndose además respetar todo el catálogo de derechos que se desgranán en el art. 520 de la LECrim". En consecuencia, el registro es nulo y no subsanable por la declaración en juicio de las autoridades policiales que intervinieron en el mismo.

La STS 1522/1998, de 2 de diciembre (LA LEY 131442/1998) distingue la validez del consentimiento de una persona para acceder a su domicilio entre los supuestos en que la misma está en situación de libertad o privada de la misma. *"En el primer caso, el consentimiento otorgado se entenderá válido y sin vicios salvo prueba en contrario. En el segundo, la validez y eficacia de ese consentimiento estará condicionada a la observancia de las exigencias requeridas por la doctrina de esta Sala, toda vez que solo la presencia del Letrado del acusado detenido, en su calidad de defensor de los derechos de éste, legitima el consentimiento conferido, constituyéndose la intervención del defensor en garantía del ejercicio pleno del derecho de defensa, y de que la autorización así otorgada es*

No obstante, debe constar que los supuestos anteriormente referidos hacen alusión al supuesto de registro domiciliario policial, y no al registro judicial. En conclusión, tratándose de un registro policial no cabe duda acerca de la necesidad de la intervención del abogado a fin de que el investigado preste un consentimiento que se considere libre y válido²⁶².

En el mismo sentido, BELTRÁN NUÑEZ defiende la intervención del abogado en la diligencia de entrada y registro judicial por considerar que pudiera asimilarse a otras actuaciones en las que, del mismo modo, debe estar presente el abogado, como la diligencia de inspección ocular (art. 333 de la LECrim) y de recogida del cuerpo del delito (art. 336 de la LECrim)²⁶³.

No obstante, en los últimos tiempos, el Tribunal Supremo ha evolucionado en un sentido contrario al indicado, basándose para ello en el tenor literal de los preceptos legales concurrentes en esta materia y en la naturaleza que se confiere a esta concreta diligencia.

auténticamente voluntaria y libre, además de informada, lo que, en principio, presupondrá la ausencia de error, intimidación o engaño que, en otro caso, viciarían de nulidad tal consentimiento”.

²⁶² La STS de 8 julio de 1994 (LA LEY 3660/1994), declaró nulo el registro practicado en el domicilio del recurrente, quien tras ser detenido por la Guardia Civil, fue trasladado a las dependencias policiales, donde obtuvo por escrito su consentimiento para el registro donde vivía, sin haberle instruido antes de su derecho a ser asistido de letrado, concluyendo que la diligencia carece de validez pues la falta de asistencia de abogado constituye una violación del art. 13.3.C.E. Entre otras, a modo enunciativo y no excluyente, las SSTS de 26 de febrero de 1996 (LA LEY 3597/1996) y 1080/2005, de 29 de septiembre de 2005 (LA LEY 14013/2005). En conclusión, la asistencia de abogado en las diligencias de entrada y registro, sólo será exigible, para asesorar al detenido en el momento de prestar su consentimiento para la realización de aquélla.

²⁶³ BELTRAN NUÑEZ, A., “Entrada y registro...”, op. cit., p. 1579.

Encontrándose detenido el imputado con carácter previo a la realización de la entrada y registro, al mismo se le habrán hecho constar sus derechos, entre ellos el contemplado en el art. 17.3 de la CE y art. 520.2.c de la LECrim, a la asistencia letrada, *“y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto”*.

Ya algunas sentencias del Tribunal Supremo de la década de los noventa consideraban que la falta de intervención del abogado en la diligencia de entrada y registro judicial no puede determinar la nulidad de las actuaciones allí practicadas por cuanto las mismas no son ni las declaraciones, ni los reconocimientos de identidad a que hace mención el citado precepto²⁶⁴.

Esta vertiente jurisprudencial se ve consolidada posteriormente en diversas sentencias del Tribunal Supremo, en las cuales se expone que ni la Constitución, ni la LECrim, ni los pactos internacionales suscritos por España, prevén la intervención del abogado como preceptiva para la realización de estas actuaciones. Y es que la diligencia de entrada y registro no puede concebirse como una medida cautelar, ni como una declaración, sino como una diligencia de investigación judicializada como consecuencia de la necesidad de autorización judicial al verse afectado un derecho fundamental (art.18, CE, la inviolabilidad de domicilio). Así pues, no contiene el mencionado art. 520.2.c de la LECrim referencia alguna a estas actuaciones como aquellas que requieren la intervención de abogado; y todo ello, sin perjuicio de, como ya se expuso para los

²⁶⁴ STS de 5 de julio de 1999 (LA LEY 10151/1999), que cita como jurisprudencia consolidada, entre otras, la STS de 13 de junio de 1994 (LA LEY 3490/1994) con idéntica cita.

supuestos de entrada y registro realizados cuando el sospechoso aún no está detenido, éste pueda nombrar como persona que legítimamente la represente a un abogado (art. 596 de la LECrim)²⁶⁵.

No obvia el Tribunal Supremo la garantía para su defensa que podría suponer la intervención de un abogado en la diligencia de entrada y registro por cuanto de lo allí reseñado podrá derivarse material probatorio tanto favorable como contrario a su cliente; pero es precisamente la intervención del letrado de la Administración de Justicia la que debe suponer la mayor garantía no sólo para el proceso sino para el propio imputado, ya que el mismo cuidará y observará que las actuaciones se practiquen de conformidad con la legalidad y dentro de los límites y términos marcados por el Auto que lo autoriza²⁶⁶.

A pesar de lo expuesto, ALONSO PÉREZ, entre otros, considera que la intervención del abogado en las actuaciones de entrada y registro debería potenciarse, del mismo modo que éste interviene en las diligencias de declaración o de reconocimiento de identidad. En tales casos “La intervención del abogado cuando asista a una diligencia de entrada y registro, sea acompañando a su cliente o en representación del mismo, consiste en velar porque se cumplan los requisitos que para la práctica de esta diligencia se recogen en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a los que hemos hecho referencia, interesando del juez o de su Delegado que se haga constar en el acta que se levante cualquier incidente que haya tenido lugar.

²⁶⁵ SSTS 624/2006, de 13 de junio (LA LEY 70071/2006) y 1047/2007, de 17 de diciembre (LA LEY 232462/2007).

²⁶⁶ La STS 155/2007, de 28 de febrero (LA LEY 8244/2007) establece que “*ciertamente, estando detenido el interesado en el registro, su presencia en el registro es inexcusable dada la naturaleza del registro, que es por su naturaleza irreproducible, y en efecto, el recurrente estuvo presente. Ahora bien, no existe ningún precepto que exija, además, la presencia de su letrado*”.

Reiteramos que su presencia constituye una garantía para la Administración de Justicia. Del mismo modo que en la actualidad se han desvanecido los inconvenientes que en otro tiempo se esgrimían contra la presencia del Letrado en las diligencias de declaración y de reconocimiento de identidad del imputado, deberían también erradicarse los recelos que puedan alegarse en contra de su asistencia a la práctica de la diligencia de entrada y registro, dado que su presencia resulta muy aconsejable, sobre todo al objeto de evitar ulteriores problemas que puedan derivarse de la ausencia de Letrado”²⁶⁷.

JIMÉNEZ SEGADO observa y hace constar que la presencia del abogado en la entrada y registro del domicilio del detenido, si bien pudiera ser inicialmente deseable, puede conllevar otras dificultades prácticas. Esencialmente destaca el supuesto en el que el letrado se retrase en su llegada a lugar donde debe producirse la diligencia, de tal modo que el retraso pudiera perjudicar el resultado de la misma, y las facultades que pudiera tener en tal caso el letrado de la Administración de Justicia para, haciéndolo constar así en el acta, iniciar el registro sin la presencia del letrado que ha sido designado para ello conforme a ley por el detenido, aún incorporándose en momento posterior; y el mayor perjuicio que ello podría suponer por cuanto vulneración del derecho de defensa del imputado, de igual relevancia al derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio que en esta diligencia resulta afectado.

En estos casos, la finalidad garantista no exigida por ley que puede suponer la intervención de abogado en las entradas y registros podría dar lugar a la frustración de la finalidad del acto de naturaleza de investigación judicial que supone la entrada y registro aquí estudiada; por cuanto

²⁶⁷ ALONSO PEREZ, F, “Formalidades en la práctica...”, *op. cit.*, p. 1840.

podiera suponer la ulterior nulidad del acta de la diligencia de entrada y registro por considerar el Tribunal competente para conocer del recurso que el tiempo de espera al letrado en la diligencia practicada no fue el suficiente²⁶⁸.

En conclusión, en la actualidad, ni legislativa ni jurisprudencialmente es exigible la presencia del abogado en las actuaciones de entrada y registro, ni en modo alguno su ausencia puede derivar en la nulidad de lo allí actuado; y esto es así por cuanto que las garantías que prevé la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la presencia del letrado de la Administración de Justicia y el resto de sujetos intervinientes que prevé el art. 569 de la misma, protegen la defensa de los derechos fundamentales afectados.

Un supuesto diferente es aquel en el que el investigado se encuentra preso por causa judicial, y se acuerda un registro en el domicilio del mismo que no es notificado al abogado personado en la causa, no habiéndose acordado previamente el secreto de las actuaciones. En tal caso, se está vulnerando claramente el principio de contradicción y el Tribunal Supremo ha anulado el registro así realizado²⁶⁹.

Finalmente, debemos hacer mención al borrador de anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual pretende concluir con toda la polémica surgida entorno a la presencia del abogado en la diligencia de entrada y registro de modo totalmente contrario a como ha sido resuelto por la jurisprudencia (y que ha sido objeto de estudio pormenorizado en

²⁶⁸ JIMENEZ SEGADO, C., "la presencia del letrado en la entrada y registro del domicilio del detenido", *Diario La Ley*, número 7260, sección práctica forense, 13, octubre 2009 (LA LEY 17997/2009).

²⁶⁹ STS 265/2001, de 27 de febrero (LA LEY 4358/2001).

este punto). Así pues, establece un párrafo específico dentro del art. 334, dedicado a los “sujetos que concurren al registro”, a la presencia del abogado en los siguientes términos:

4. Si el investigado está detenido, necesariamente concurrirá al registro asistido de abogado.

Si el detenido se encontrase en otra circunscripción y no fuese posible trasladarle, se le dará la oportunidad de que designe a la persona que asista en su nombre y, si no la nombrare o el nombrado no pudiera desplazarse, se designará un abogado del turno de oficio para que le represente.

Este precepto determinará como irrenunciable por el interesado que se encuentre detenido la asistencia letrada en la diligencia de entrada y registro; incluyendo la posibilidad de nombrarlo incluso aún contra su voluntad, nombrándose a uno de oficio.

Si bien este precepto puede tener su lógica dentro del carácter de prueba preconstituida que supone la diligencia de entrada y registro, siendo con la intervención del abogado sometida a contradicción; no es menos cierto que esta diligencia no tiene otra finalidad que la de dejar constancia fehaciente por el letrado de la Administración de Justicia de aquello que es encontrado e intervenido en el domicilio del interesado. Por tanto, la intervención del abogado en este acto poco o nada podrá aportar a la misma, siendo mero espectador de lo que allí acontezca.

Por otra parte, el art. 330 del mismo texto establece en su párrafo 6º, para aquellos casos en los que el registro se haga voluntariamente

previo consentimiento del interesado y sin necesidad de auto que autorice el registro, que *“en los casos en que se encuentre detenida la persona investigada, la prestación de su consentimiento para el registro exigirá la asistencia letrada”*.

CAPÍTULO V.

TESTIGOS, PERITOS E INTÉRPRETES

1. Intervención de testigos

Por lo que se refiere a la presencia de testigos en el acto de entrada y registro, en un primer momento, y a la luz del art. 569 de la LECrim, podría entenderse que son figura necesaria en ausencia del titular interesado, de aquel que legítimamente le represente o, en su defecto, de un individuo de su familia mayor de edad.

En concreto, el citado precepto dispone que, subsidiariamente a los citados, el registro debe hacerse en presencia de dos testigos, vecinos del mismo pueblo.

Y a su vez, la presencia de tales testigos se configura en el ordenamiento jurídico español como un deber, pudiendo incurrir, en caso de negarse a ello, en responsabilidades penales²⁷⁰.

Para aquellos registros en los que intervengan testigos, éstos deberían cumplir los requisitos mínimos de capacidad para la comprensión de lo que en la misma se actúa.

²⁷⁰ Art. 569.5 de la LECrim: “La resistencia del interesado, la de su representante, de los individuos de la familia y de los testigos a presenciarse el registro, producirá la responsabilidad declarada en el Código penal a los reos del delito de desobediencia grave a la Autoridad, sin perjuicio de que la diligencia se practique”.

La ley hace referencia a dos vecinos como testigos intervinientes de modo subsidiario a los anteriormente expuestos, lo que ha dado lugar a cuestionar la posibilidad de que sean Policías Locales los testigos en los registros. Nada dice la legislación sobre este extremo, pero sí se pronunció ya el Tribunal Supremo en tal sentido, considerando que la condición de Policías locales o municipales *“no les hace inhábiles en su calidad de testigos, al ser distintos y pertenecer a otro Cuerpo que los agentes Policiales que lo practicaron, y al haber percibido sensorialmente y de forma directa aquello sobre lo que prestan testimonio y conocen por ello de ciencia propia, sin incurrir en causa o impedimento legal o tacha también legal, en su intervención o declaración que los inhabilite como tales testigos”*²⁷¹.

Los testigos lo serán de haberse realizado el registro, en la fecha, hora y lugar indicados de haberse procedido a intervenir los objetos así reseñados. No obstante, puede decidirse su intervención en juicio oral para refrendar tales extremos, lo cual será especialmente relevante en aquellos supuestos en los que el letrado de la Administración de Justicia no haya asistido al acto²⁷².

No obstante, el art. 569 de la LECrim que exige la presencia de testigos en la diligencia de entrada y registro entra en contradicción con lo dispuesto en el art. 453 de la LOPJ (anteriormente ubicado su contenido en el art. 281.2 de la LOPJ), por cuanto el mismo prevé en su párrafo primero 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*

²⁷¹ STS de 5 de julio de 1996 (LA LEY 8613/1996), que referencia a su vez la STS de 14 de diciembre de 1994.

²⁷² En tales casos la diligencia así llevada a cabo será una policial y no judicial, requiriendo para su validez la declaración del mismo en juicio.

ante éste y de la producción de hechos con trascendencia procesal mediante las oportunas actas y diligencias”. Concluyendo su párrafo 4º que “en el ejercicio de esta función no precisarán de la intervención adicional de testigos”²⁷³.

Jurisprudencialmente, podemos encontrar diversas sentencias que determinan el carácter no necesario de la presencia de testigos en las diligencias de entradas y registros. En este sentido, el Tribunal Supremo consideró que *“no cabe, por otra parte, poner en entredicho el valor probatorio del resultado de la diligencia de entrada y registro en el domicilio... No debemos olvidar que la presencia del secretario en la diligencia le concede los efectos establecidos en el art. 281.2º de la LOPJ, esto es, «la plenitud de la fe pública en los actos en que la ejerza el secretario no precisa la intervención adicional de testigos», lo que hace ociosa la presencia de testigos instrumentales”*²⁷⁴.

El propio Tribunal Supremo ha considerado derogado el requisito de la presencia de testigos en el registro realizado en presencia del letrado de la Administración de Justicia, y expresamente ha establecido que *“en cuanto a los testigos que habían de asistir al registro tras la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1.985 constituyen una presencia innecesaria, al establecer el Art. 281.2 de la misma que la plenitud*

²⁷³ tras la redacción dada por LO 1/2009, de 3 de noviembre.

²⁷⁴ STS 1782/2001, de 9 de octubre (LA LEY 8763/2001). En esta sentencia se otorga validez a un registro realizado en presencia del morador de la vivienda y no la del investigado que fue detenido previamente a la realización del registro. A posteriori el investigado pretendió la nulidad del registro por cuanto él no estuvo presente en el mismo, habiendo sido detenido y considerándose morador del domicilio, si bien el Tribunal considera que el propio investigado en ningún momento indicó que aquel fuera su domicilio, incluso dando otro durante la instrucción, lo cual considera lógico teniendo en cuenta la cantidad de efectos inculpativos que se encontraron respecto del propio investigado y sobre los cuales éste pretendió evitar toda relación.

*de la fe pública en los autos en que la ejerza el secretario no precisa la intervención adicional de testigos*²⁷⁵.

Toda esta jurisprudencia ha tenido reflejo en la doctrina y así, MARTÍNEZ PARDO, entre otros, considera derogada la exigencia de la intervención de testigos en la entrada y registro domiciliaria judicial. El citado autor hace referencia a la reforma del artículo 569 de la LECrim llevada a cabo en el año 1992, por la que se suprimieron los testigos instrumentales quedando como único supuesto su carácter subsidiario, considerando que la presencia de éstos es lógica en los casos en los que el registro se lleva a cabo sin presencia del letrado de la Administración de Justicia, pero que con la concurrencia de éste y a la luz de la nueva regulación de la LOPJ “la presencia de testigos en este supuesto sería superflua, toda vez que la garantía para el titular ausente se la proporciona sobradamente el secretario judicial”²⁷⁶.

2. Intervención de peritos

Al respecto del supuesto de concurrencia en el registro de peritos, expertos en la materia objeto del delito, éstos podrán completar dicha diligencia con un reconocimiento pericial si así se considerase necesario de conformidad con lo dispuesto en el artículo 577 de la LECrim²⁷⁷. En todo caso, dicha diligencia vendría acordada por el juez, y podría

²⁷⁵ STS de 22 de octubre de 1993 (LA LEY 1807/1994).

²⁷⁶ MARTÍNEZ PARDO, V.J., “La entrada y registro domiciliario. Documentación del acto”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, número 12, Aranzadi, 2001.

²⁷⁷ Art. 577 de la LECrim: “Si para determinar sobre la necesidad de recoger las cosas que se hubiesen encontrado en el registro fuere necesario algún reconocimiento pericial, se acordará en el acto por el juez en la forma establecida en el capítulo VII del título V”.

realizarse en presencia del letrado de la Administración de Justicia, no existiendo discrepancias doctrinales ni jurisprudenciales sobre la aplicación práctica de este extremo.

Así lo admitió el Tribunal Supremo por auto el 30 de diciembre de 1992 en el llamado “caso Filesa”. La concurrencia de los peritos al registro fue acordada por auto dada la concurrencia de datos muy concretos, muchos de ellos informatizados, de difícil determinación, a fin de no frustrar los fines de la investigación. Por lo que *“la presencia de peritos altamente cualificados -como se ha dicho- ha permitido llevar a cabo con facilidad, eficacia, sigilo y respeto máximo a los derechos de los afectados investigaciones altamente complejas”*, por lo que *“acompañaban al Delegado Judicial y al secretario en las diligencias de entrada y registro los peritos Judiciales que perfectamente conocían el objeto sobre el que tendrán que emitir su informe. Y se delegó en el último para seleccionar con el asesoramiento de los peritos la documentación que resulte de relevancia para el esclarecimiento de los hechos”*²⁷⁸.

El borrador de anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acertadamente, prevé esta posibilidad en su artículo 332: “Contenido del auto. El auto autorizando la entrada y registro tendrá el siguiente contenido: d) si resultare necesario, designará los expertos autorizados para concurrir a su realización y auxiliar en el desarrollo de la diligencia”.

²⁷⁸ ATS de 30 de diciembre de 1992 (LA LEY 12350/1992), que añade que *“se han motivado siempre todos los Autos ... y muchos de forma igual y suficiente porque era absolutamente igual la investigación a hacer: la obtención de datos muy concretos (por eso acompañaban al Delegado Judicial, o al mismo juez, los peritos, para aclarar el circuito financiero de las operaciones económicas objeto de investigación en esta causa especial)”*.

3. Intervención de intérpretes

La intervención del intérprete en la diligencia de entrada y registro es esencial para aquellos supuestos en los cuales el interesado no conozca el idioma, a fin de garantizar su derecho de defensa, de que se le pueda notificar el auto que autoriza la entrada y registro, y que pueda conocer los hechos que se le imputan.

El Tribunal Constitucional tiene dicho que el derecho del extranjero a ser asistido gratuitamente por un intérprete ha de incluirse en el derecho a la defensa, como así se desprende de los textos internacionales y, en particular, del art. 6. 3. e) del Convenio de Roma sobre Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades²⁷⁹ y del art. 14. 3. f) del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos²⁸⁰. Y *“en este sentido la Comisión Europea ha indicado (informe de 18 de mayo de 1977, serie B, Vol. XXVII) que la finalidad de este derecho es evitar la situación de desventaja en que se encuentra un acusado que no comprende la lengua y porque es un complemento de la garantía de un proceso justo y de una audiencia pública, así como de una buena administración de justicia”*²⁸¹. Y así se ha traspuesto a la legislación española, teniendo su cabida en el art. 118. 1. f) de la LECrim²⁸², al que se ha añadido un último inciso que determina que “la

²⁷⁹ “3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:... e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia”.

²⁸⁰ “3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:... f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal”.

²⁸¹ STC 74/1987, de 25 de mayo (LA LEY 794-TC/1987) y STS 158/2014, de 12 de marzo (LA LEY 23007/2014).

²⁸² “Toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá, sin demora injustificada, de los siguientes

información a que se refiere este apartado se facilitará en un lenguaje comprensible y que resulte accesible. A estos efectos se adaptará la información a la edad del destinatario, su grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una modificación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita”²⁸³.

La necesidad de intérprete en nada tiene que ver con la nacionalidad del investigado, sino sobre su conocimiento sobre el castellano. Así, el Tribunal Constitucional lo interpreta de modo extensivo “a los españoles que no conozcan suficientemente el castellano, valorando no sólo el derecho y deber de conocerlo (art. 3 de la CE)²⁸⁴, sino el hecho concreto de la ignorancia o conocimiento precario del castellano, en cuanto afecte al ejercicio de un derecho fundamental, cual es el de defensa (art. 24 de la CE)”²⁸⁵.

derechos:... f) Derecho a la traducción e interpretación gratuitas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 y 127”.

²⁸³ Párrafo incluido por la L.O. 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, que establece en su art. 2 el “Derecho a interpretación. 1. Los Estados miembros velarán por que todo sospechoso o acusado que no hable o entienda la lengua del proceso penal se beneficie sin demora de interpretación en el transcurso del proceso penal ante las autoridades de la investigación y judiciales, incluido durante el interrogatorio policial, en todas las vistas judiciales y las audiencias intermedias que sean necesarias”; y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, que en su art. 3. 1. d) establece “Artículo 3 Derecho a la información sobre los derechos 1. Los Estados miembros garantizarán que las personas sospechosas o acusadas reciban con prontitud información acerca, como mínimo, de los siguientes derechos procesales según se apliquen con arreglo a la legislación nacional, a fin de permitir su ejercicio efectivo: ...d) el derecho a interpretación y traducción; 2. Los Estados miembros garantizarán que la información establecida en el apartado 1 se proporcione verbalmente o por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, teniendo en cuenta las necesidades particulares de las personas sospechosas o acusadas que sean vulnerables”.

²⁸⁴ Art. 3, párrafo 1º de la CE, “El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla”.

²⁸⁵ STC 74/1987, de 25 de mayo (LA LEY 794-TC/1987).

Y en tal sentido matiza que la medida de la indefensión vendrá dada por el grado de conocimiento, o desconocimiento, real que el extranjero tenga de la lengua en que el proceso se siga²⁸⁶, teniendo en cuenta a su vez que *“no es suficiente con demostrar que un inculpado es extranjero y precisa de intérprete en la práctica de una diligencia para reputar vulnerado el derecho de defensa, es preciso que la ausencia de intérprete haya ocasionado una real y efectiva indefensión o haya supuesto un material ataque a otro derecho fundamental”*²⁸⁷.

El Tribunal Supremo no ha considerado vulnerado el derecho fundamental de defensa en aquel supuesto en que *“en cualquier caso quien ostentaba la titularidad formal del mismo conocía perfectamente el idioma español, así como algún otro de los ocupantes allí sorprendidos, lo que fue suficiente para que todos tuvieran conciencia de la diligencia que se iba a desarrollar, que comprendieron además gracias a los conocimientos propios, aunque rudimentarios, del idioma español consecuencia de su estancia en España”*²⁸⁸.

Junto a este caso, en el que alguno de los ocupantes conocía el idioma, entendiéndose que no se produjo indefensión, el Tribunal Supremo tampoco ha considerado la existencia de indefensión cuando se ha hecho constar que algún interviniente ha realizado las labores de traductor²⁸⁹, o

²⁸⁶ STC 181/1994, de 20 de junio (LA LEY 13516/1994). Su contenido tiene reflejo en la STS 653/2007, de 2 de julio (LA LEY 132469/2007).

²⁸⁷ STS 319/2008, de 4 de junio (LA LEY 68706/2008).

²⁸⁸ STS 319/2008, de 4 de junio (LA LEY 68706/2008).

²⁸⁹ STS 158/2014, de 12 de marzo (LA LEY 23007/20149), en donde *“la Secretaria Judicial hizo constar que la letrada presente, hace de intérprete de inglés, mostrando Enrique su conformidad, quien manifiesta conocer dicho idioma. Consecuentemente ninguna indefensión se produjo al recurrente que pudo, a través de la letrada efectuar las*

cuando en el posterior acto de declaración policial o judicial, ya con intérprete, no se ha hecho constar la concurrencia de indefensión²⁹⁰.

La LEC en su art. 143 prevé que “cuando alguna persona que no conozca el castellano ni, en su caso, la lengua oficial propia de la Comunidad hubiese de ser interrogada o prestar alguna declaración, o cuando fuere preciso darle a conocer personalmente alguna resolución, el secretario por medio de decreto podrá habilitar como intérprete a cualquier persona conocedora de la lengua de que se trate, exigiéndosele juramento o promesa de fiel traducción”.

En conclusión, la intervención de intérprete será necesaria siempre que el interesado no entienda el idioma castellano y no concurra al registro nadie que pueda hacerle entender el contenido de la actuación que se está practicando. La urgencia en la práctica de esta diligencia puede dificultar la asistencia del intérprete a la misma, pero lo cierto es que dicha asistencia no tiene por qué prestarse mediante presencia física, pudiendo realizarse por teléfono mediante una llamada. Una vez pueda considerarse al interesado instruido y notificado del contenido del auto, y realizadas las

observaciones que hubiera considerado necesarias para su defensa. La queja del recurrente, deviene, por lo expuesto, inaceptable”.

²⁹⁰ STS 1229/2006, de 12 de diciembre (LA LEY 160505/2006) que determina que “por lo que se refiere a la no presencia de intérprete, consta expresamente en el acta que “...por los agentes se pregunta a los detenidos si hablan y entienden el español manifestando todos ellos que lo hablan y entienden...”. Si a ello se añade que no consta protesta u observación de los letrados referentes a que sus defendidos no comprendieran la intervención judicial o que no pudieran comunicarse con ellos, habrá de concluirse afirmando que ninguna indefensión que le causó por no estar asistidos de intérprete en la diligencia de registro. La propia diligencia de conocimiento del idioma, y la presencia del letrado que les asistió es evidencia más que suficiente para rechazar la denuncia. Como ya tiene declarado esta Sala --entre las últimas, STS 824/2006 -- la presencia del letrado en cualquier diligencia policial o judicial sin denunciar ninguna anomalía, es garantía de corrección de la misma, ya que el letrado no es un invitado de piedra. Por lo demás cuando se les recibió declaración en sede policial, ya estuvieron asistidos de intérprete sin que nada se haya justificado sobre la pretendida indefensión hasta que se les recibió declaración en comisaría, ya el día 12 de mayo, siguiente al de la detención y registro”.

precisiones que el letrado de la Administración de Justicia pudiera considerar pertinentes, podrá llevarse a cabo la realización del registro.

CAPÍTULO VI.

EL MINISTERIO FISCAL

El ministerio fiscal tiene competencia para la iniciación de procedimientos penales, tras la realización de una primera instrucción propia del objeto del mismo²⁹¹, dentro de la cual podrá recabar la documentación y declaraciones que considere pertinentes. Cuando de la misma se desprenda la posible comisión de un hecho delictivo, dará cuenta al juez competente, presentando querrela e iniciándose así el procedimiento de instrucción. En este escrito podrá pedir la práctica de las diligencias probatorias que considere necesarias y, entre ellas, la realización de una entrada y registro debidamente motivada.

Si bien este no es el supuesto práctico más frecuente, ya que la mayoría de entradas y registros tienen su origen en una petición de la policía judicial, que emite directamente al juez competente para resolverla y de la que el ministerio fiscal no tiene conocimiento hasta el momento posterior, en su caso, de puesta a disposición judicial del detenido o continuación de la instrucción.

²⁹¹ Art. 773.2 de la LECrim establece que “cuando el ministerio fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentado una denuncia o atestado, practicará él mismo u ordenará a la Policía que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo”. De conformidad con el mismo, el ministerio fiscal podrá practicar diligencias de investigación previas a inicio del procedimiento judicial, pero en ningún momento tales diligencias podrán ser restrictivas de derechos fundamentales. Si el ministerio fiscal considera que se requiere una entrada y registro para la comprobación del hecho ilícito, deberá promover la incoación de procedimiento judicial y solicitar el auto que autorice el registro domiciliario en el mismo.

Así pues, el visto del ministerio fiscal no es un requisito para el dictado del auto habilitante que autoriza la diligencia de entrada y registro, ni para su realización posterior.

El Tribunal Constitucional ha considerado, en sede de intervenciones telefónicas, que la no intervención del ministerio fiscal podría suponer una vulneración del derecho fundamental al impedirse el control inicial de la medida y las prórrogas sucesivas, en cuanto garante de la legalidad, pero únicamente cuando dicha falta de notificación al Fiscal concurre con otras causas invalidantes, como pudieran ser la falta de fundamentación y motivación en el auto autorizante. Pero lo cierto es que el Tribunal Supremo en tales casos únicamente ha considerado que la falta de notificación al Fiscal no vulnera el derecho fundamental y carece de la trascendencia prevista en el art. 11.1 de la LOPJ.

Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo al respecto que es sobradamente sabido que el Ministerio Público se encuentra permanentemente personado en las actuaciones, con capacidad propia para tomar conocimiento de las mismas, por lo que no es necesaria la notificación, máxime cuando no se aprecia en qué forma esa ausencia pudiera haber afectado al derecho de defensa, *“Siendo el juez Instructor, en nuestro sistema, sobre quien recae la responsabilidad de tutela de los derechos de los investigados, mientras que transcurren las intervenciones, y sobre todo cuando el propio Fiscal no sólo no ha suscitado esta cuestión sino que impugna expresamente el motivo de la parte”*²⁹².

Lo mismo cabe decir en aquellos supuestos en los que se ha decretado el secreto de las actuaciones. Pues, en tal caso, el único control

²⁹² STS 25/2008, de 29 de enero (LA LEY 12947/2008).

externo a la actuación del juez deviene de la actuación del ministerio fiscal, garante de la legalidad por imperativo constitucional. *“Sin embargo, ha de reconocerse que, para establecer la legitimidad constitucional de la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, la Constitución no exige expresamente el control del Fiscal sobre la actuación del juez, sino la resolución judicial lo que implica a su vez la existencia de control judicial como única forma de mantener la razonabilidad de la decisión”*²⁹³. Asimismo, nuestro más alto Tribunal en materia de jurisdicción ordinaria, ha señalado que no vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías la falta de notificación al ministerio fiscal ya que el mismo se encuentra presente en todo el procedimiento, pudiendo impugnar las resoluciones con considere contrarias a derecho; y ello, sin perjuicio de que la función de tutela del procedimiento le corresponda al propio juez de instrucción, partiendo de su deber de imparcialidad²⁹⁴.

La posición del ministerio fiscal en el proceso penal ha sido muy debatida en diversos foros²⁹⁵ y sobre ella se han escrito múltiples

²⁹³ STS 1246/2005, de 31 de octubre (LA LEY 14113/2005).

²⁹⁴ La STS 138/2006, de 31 de enero (LA LEY 11126/2006), reseña que *“la ausencia de notificación al Fiscal del Auto por el que dicho secreto se acordaba, toda vez que... su presencia en el procedimiento es permanente, a tenor de lo dispuesto expresamente en el art. 306 de la LECrim, y en ningún momento el acusador público ha puesto de relieve su voluntad de impugnación de las decisiones adoptadas por el Instructor ni que se le hubiera privado de ello por omisiones que le impidieran el conocimiento de lo actuado. En cualquier caso, conviene que se tenga presente que, frente a otras posibles interpretaciones, la verdadera atribución de la función tuteladora de los derechos del sometido a investigación, especialmente en una fase procesal en el que éste no puede ejercitar personalmente sus derechos, por desconocimiento impuesto por la situación del procedimiento, no está conferida al Fiscal sino al propio juez de Instrucción, desde su deber de imparcialidad, legal y constitucionalmente consagrado. En otras palabras, parece un grave error el despreciar esa posición constitucional tuteladora que el juez tiene atribuida en nuestro ordenamiento, para sostener que, más que él, es el Ministerio Público el responsable de velar por los derechos del investigado, que, por otra parte, no consta en modo alguno que, en este caso, hayan sido vulnerados”*.

²⁹⁵ Vid. al respecto CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS, “La posición del Fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, Diario La Ley, N^o

artículos. La tendencia actual, como así lo muestra el último borrador de anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal plantea que sea el ministerio fiscal la persona que dirija la instrucción. En atención a esa nueva posición que para el mismo plantea, no prevé como sujeto que concurre en la entrada y registro al juez o magistrado, sino al ministerio fiscal²⁹⁶. La nueva regulación procesal penal pretende que sean los Fiscales los que dirijan la fase de instrucción de dicho proceso, pero bajo la supervisión del denominado “juez de garantía” cuando puedan resultar afectados en su decisión derechos fundamentales. Precisamente este es el caso de las diligencias de entrada y registro, por lo que en todo caso se requerirá un auto autorizante del mismo, que sí dictará el juez o magistrado competente.

Por tanto, y junto al letrado de la Administración de Justicia y a los funcionarios de la policía judicial, se exige inicialmente por el citado borrador la presencia del Fiscal. Incluso en aquellos casos en que el domicilio a investigar se encuentre situado fuera de la circunscripción del juez de Garantías, concurrirá el letrado de la Administración de Justicia del partido correspondiente a dicho domicilio y “el Fiscal encargado de la investigación o cualquiera otro de la fiscalía correspondiente al lugar de dicho domicilio”. Pero en el caso de que este texto legal u otro posterior en los mismos términos se haga vigente, habría que observar cómo se lleva a la práctica este precepto, ya que finalmente parece incurrir en contradicción, por cuanto si bien prevé como preceptiva la concurrencia

6266, Sección Crónica, 2 de junio de 2005, Ref. D-131, Ed. LA LEY (1453/2005), que describe el debate que tuvo lugar en la sede del CEJ con intervenciones de prestigiosos juristas en diversos campos, como el entonces Fiscal General del Estado Cándido Conde Pumpido, Eduardo Torres-Dulce, Vicente Gimeno Sendra, Enrique Bacigalupo Zapater, Victor Moreno Catena y Olga Fuentes Soriano..

²⁹⁶ Art. 334 del borrador de anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 25 de febrero de 2013.

del Fiscal en su párrafo primero (“concurrirán”) la prevé como dispositiva cuando se lleve a cabo en otro partido judicial (“podrá concurrir”); y su principal problemática reside en que en ningún momento regula la posibilidad de delegación en las Fuerzas Públicas, como sí se prevé actualmente para el juez o magistrado.

Tal contradicción se pone de nuevo de manifiesto en el art. 338 (destinado a los descubrimientos casuales hallados en los registros) y que prevé expresamente la dación de cuenta “al Fiscal en el caso de que éste no haya concurrido al registro”.

CAPÍTULO VII.

EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

De conformidad con lo establecido por el art. 569 de la LECrim, el registro debe realizarse en presencia del letrado de la Administración de Justicia, sin perjuicio de que el mismo prevé la posibilidad de sustitución en los términos previstos en la LOPJ.

No obstante, la regulación ha variado en el tiempo, de tal modo que podemos distinguir tres fases en la regulación acerca de la intervención del letrado de la Administración de Justicia en la diligencia de entrada y registro.

La primera de ellas proviene de la interpretación jurisprudencial por el Tribunal Supremo del texto originario de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. La segunda, de la interpretación jurisprudencial que devino de la reforma llevada a cabo por Ley 10/1992²⁹⁷. Y la última, la derivada de la reforma que tuvo lugar por Ley 22/1995²⁹⁸, que dispuso la normativa actualmente vigente.

²⁹⁷ Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal.

²⁹⁸ Ley 22/1995, de 17 de julio, mediante la que se garantiza la presencia judicial en los registros domiciliarios.

1. Actuación del letrado de la Administración de Justicia de conformidad con la regulación originaria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

El precepto legal, artículo 569.4 de la LECrim, establecía en su redacción originaria que:

“El registro se practicará siempre a presencia del secretario y dos testigos, sin contar los de que habla el párrafo anterior, extendiéndose acta que firmarán todos los concurrentes”.

En dicha norma se hacía mención a los intervinientes en la diligencia de entrada y registro, exigiendo “siempre” la presencia del letrado de la Administración de Justicia. Con la presencia de éste se trataba de cumplir con las finalidades históricamente propias del Cuerpo de secretarios Judiciales: garantizar la legalidad del procedimiento, con imparcialidad en sus actuaciones, preservando el cumplimiento de las formalidades legales en la práctica de la diligencia y garantizando que la intromisión a la inviolabilidad de domicilio se lleva a cabo dentro de los límites marcados por la resolución judicial autorizante; y garantía de autenticidad, con el ejercicio de la fe pública judicial, con autonomía e independencia.

No obstante, en aquel entonces eran frecuentes las ocasiones en las que se hacían entradas y registros sin la presencia del letrado de la Administración de Justicia, llevándose a cabo con la asistencia al acto de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del estado actuantes, lo que supuso

que el Tribunal Supremo tuviera que resolver de modo reiterado acerca de la validez de las actas realizadas por éstos, sin la intervención del letrado de la Administración de Justicia.

Una primera línea jurisprudencial consideró que la diligencia de entrada y registro como tal era nula, pero subsanable. Según se apuntaba, concurría causa de nulidad, al no estar presente el letrado de la Administración de Justicia, lo cual no era óbice, según se decía, para que el defecto pudiera subsanarse en el acto de juicio oral mediante el testimonio de los agentes y testigos que hubiesen intervenido en ella o, incluso, por el reconocimiento de su validez en dicho acto por el propio interesado. En consecuencia, en este primer momento se consideró que la no presencia del letrado de la Administración de Justicia conllevaría una irregularidad procesal subsanable a través de pruebas complementarias²⁹⁹.

Consideraba el Tribunal Supremo, de conformidad con lo expuesto, que la falta de intervención del letrado de la Administración de Justicia acarrea como consecuencia que el acta levantada en dicha diligencia no constituyera prueba válida ni pudiera tener eficacia en el juicio oral. Sin

²⁹⁹ La STS de 18 de octubre de 1990 (LA LEY 561/1991) dispone que: “Conforme al art. 563 de la Ley Procesal penal, aparte de otras exigencias, el registro se practicará siempre a presencia del secretario y dos testigos, exigencia legal insoslayable, máxime cuando la entrada y registro aparece encomendada por el juez a agentes de la policía judicial, en delegación efectuada al respecto. En el Auto del Juzgado decretando la solicitada entrada y registro en el domicilio del procesado, encomendándose su práctica a miembros de la Comisaría de Policía, se precisa que deberá llevarse a cabo en presencia del secretario del Juzgado y de dos testigos. Contando con la Resolución del juez, propiamente no puede hablarse de vulneración de derechos fundamentales ante la ausencia del fedatario judicial, lo que determinaría la absoluta inoperancia de las pruebas obtenidas reputándolas los jueces y Tribunales inexistentes, a tenor del art. 11 de la LOPJ. Se trata de una irregularidad procesal, que hace flaquear el reconocimiento de autenticidad y veracidad que derivaría de la presencia e intervención del secretario. Pero que no es obstáculo para que sean tenidos en cuenta los datos objetivos reflejados en el acta cuando aparezcan corroborados por pruebas complementarias, entre ellas la personal declaración de los funcionarios intervinientes, que lleven hasta el Tribunal el testimonio de cuanto percibieron y pudieron comprobar con sus sentidos y captar con sus facultades de inteligencia y acervo experiencia”.

embargo, la consiguiente invalidez de este medio probatorio no implicaba una nulidad e ineficacia plenas e insubsanables de dicho acto, por lo que los datos obtenidos en el mismo podían ser acreditados por otros medios de prueba, como los testimonios de aquellos que habían presenciado dicha diligencia e, incluso, por el propio reconocimiento del interesado.

Partía esta línea jurisprudencial de tres principios básicos:

“a) Cuando estas diligencias se llevan a efecto por funcionarios de Policía, provistos del oportuno mandamiento judicial, no cabe hablar de vulneración de los derechos fundamentales reconocidos por la CE³⁰⁰.

b) Como quiera que la intervención del secretario judicial en la diligencia de entrada y registro es legalmente precisa³⁰¹, en cuanto dicho funcionario es el único competente para dar fe de las actuaciones judiciales, con plenitud de efectos³⁰², su falta de intervención 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.

c) 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

³⁰⁰ En referencia a los arts. 9.1, 10.2 y 18.2 de la CE y art. 111 de la LOPJ.

³⁰¹ Art. 569.4 de la LECrim.

³⁰² En referencia a los arts. 281.1 y 473.1 de la LOPJ.

e insubsanables de dicho acto³⁰³, por lo que los datos objetivos obtenidos en el mismo pueden ser acreditados por otros medios de prueba (normalmente por el testimonio de los que intervinieron y presenciaron dicha diligencia e, incluso, por el propio reconocimiento del interesado)”³⁰⁴.

De especial importancia en el periodo histórico que se trata (año 1992, en fechas posteriores a la entonces reciente reforma del mismo año, pero aplicando la regulación anterior a la misma), es la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1992 que determina que *“establecer que el hecho base “probado” mediante una actividad procesal nula (la ilegal entrada y registro en un domicilio) arrastra la imposibilidad de acreditarlo por otras vías, supondría crear auténticas bolsas de impunidad, sin razón suficiente en que apoyarlas.*

La indebida entrada y registro con mandamiento no es un ilícito constitucional, sino procesal, como ya se dijo, y con tal diligencia nula no nace una prueba preconstituída, como hubiera nacido de cumplirse las exigencias de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo cual es muy importante,

³⁰³ En referencia al art 6.3 del CC.

³⁰⁴ STS de 27 de enero de 1992 (LA LEY 2375-JF/0000). En el mismo sentido la STS 198/2006, de 27 de febrero (LA LEY 20260/2006), recalca que la ausencia del letrado de la Administración de Justicia en la entrada y registro domiciliaria supone que: *“nos encontraríamos ante una mera omisión... de contenido procesal sin aptitud para incidir en la corrección y eficacia de la resolución judicial exigida por el citado artículo 18.2 de la Constitución para permitir, además de en los casos de delito flagrante y de consentimiento del titular del domicilio, la entrada y registro en el domicilio de un particular. Cuando esa diligencia se practica, lo es en cumplimiento del correspondiente auto del juzgado que ya ha sido dictado en un momento anterior a la mencionada entrada. El artículo 18.2 de la Constitución nada dice del requisito de la actuación de secretario judicial, que sólo aparece impuesto en la referida norma de orden procesal. El requisito constitucional de la resolución judicial aparece cumplido con independencia de quien actúe después en tal diligencia (ATC 348/1988, de 6 de octubre (LA LEY 1903/1988) y 775/2002..., entre otras muchas de ambos tribunales)”*.

*pero no impide que los propios imputados o coimputados, o los testigos, o el hallazgo del cuerpo del delito extramuros de la diligencia, etc., queden al margen de esa diligencia mal practicada y por consiguiente nula, utilizándose pruebas no contaminadas sobre las que constituir la condena*³⁰⁵.

Por otra parte, la línea jurisprudencial mayoritaria de la época consideró que el acta de la diligencia de entrada y registro así practicada era nula por cuanto para su validez el letrado de la Administración de Justicia debía estar presente. Que el letrado de la Administración de Justicia no hubiese presenciado el acto daba lugar a que el acto fuera considerado radicalmente nulo, ya que no sólo ejerce la fe pública judicial, sino que garantiza que la intromisión en la inviolabilidad de domicilio se realiza dentro de los límites contenidos en la resolución judicial que se acuerda, lo cual no puede ser subsanado, ya que *“las irregularidades productoras de la nulidad de la diligencia de registro no pueden ser ratificadas*³⁰⁶.

³⁰⁵ STS de 25 de mayo de 1992 (LA LEY 2193/1992). La misma hace referencia a que dicha interpretación *“se dice al margen de la nueva normativa establecida por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, la cual, cualquiera que sea la interpretación que proceda respecto a su aplicación en el tiempo y su propio contenido, para nada afecta al tema que ahora se considera, teniendo en cuenta que, como enseguida se dirá, existe prueba de cargo al margen de la actividad probatoria nacida de la diligencia de entrada y registro”*.

En el mismo sentido, a mayor abundamiento, la STS de 14 junio de 1993 (LA LEY 3820-5/1993) determina que *“aunque haya sido la Sentencia de 25 de mayo de 1992 la que, distinguiendo entre legalidad ordinaria y legalidad constitucional, trata de aunar los distintos criterios, afirmando que aunque la diligencia fuera nula, ello no empece para que existan otras pruebas legítimas a cuyo través quede acreditado el hecho que se investiga, porque señalar que el acto probado mediante una actividad procesal nula arrastra la imposibilidad de acreditarlo por otras vías, supondría crear auténticas impunidades sin razón suficiente en qué apoyarlas”*.

³⁰⁶ STS de 24 de marzo de 1992 (LA LEY 14643-R/1992). A su vez, la misma considera que *“cuando el funcionario policial actúa como delegado del juez instructor, su actuación se transmuta en actividad judicial y la diligencia se convierte en sumarial. De igual modo que al juez afecta la norma general contenida en el art. 321 LECrim., expresiva de que los jueces*

Manténía esta corriente jurisprudencial que *“la ausencia del fedatario judicial en la diligencia supone una corruptela contraria a la Ley y debe proscribirse en absoluto”* ya que *“los preceptos dictados por la Ley procesal penal presentan la finalidad de garantizar los derechos de los ciudadanos, no debiendo olvidarse que se trata de una diligencia procesal de la instrucción penal -no policial- y acordada precisamente por el Juzgado o Tribunal competente, a quien se permite delegar su asistencia a dicha práctica, lo que no ocurre con el secretario”*³⁰⁷.

Por tanto, no se permitía la subsanación de su contenido mediante la comparecencia de los agentes en el acto del juicio oral. No obstante, la

formarán el sumario ante sus secretarios, la fiabilidad de la diligencia probatoria descansa en el cumplimiento de la exigencia apuntada de fe pública judicial. Y si no sería hipotéticamente concebible la sanación de una diligencia de inspección ocular practicada por el juez sin el concurso autorizante del secretario por la asistencia al plenario de aquél como testigo que otorgase eficacia al acto irregular, por la misma razón debe negarse de manera decidida la posibilidad de sanación a una pretendida declaración testifical que no versase sobre hechos de conocimiento propio, sino para tratar de convalidar una actuación (no el conocimiento por el mismo de algo ajeno), aunque con carácter delegado de tipo judicial.”

³⁰⁷ STS de 16 de diciembre de 1991 (LA LEY 2500-JF/0000). La misma continúa determinando la carencia de virtualidad probatoria de lo practicado en diligencia nula, por cuanto *“La irregularidad de la diligencia de entrada y registro por la ausencia en la misma del funcionario encargado de la fe judicial se traduce en su operatividad probatoria no sólo en la pérdida del valor documental público de dicha acta -art. 596 párrafos 3 y 7 LEC-, sino en la total falta de virtualidad a efectos probatorios en cuanto se relate en ella, porque tal acto resulta nulo por falta de los requisitos legales y determinante de indefensión y cuanto se derive de tal diligencia se convierte en nulo, como explicitó la sentencia de 31 de octubre de 1991 de esta Sala. A ello debe añadirse, además, que por prueba legítimamente obtenida no debe entenderse tan sólo aquella que se acomode a las exigencias constitucionales de no atentar, directa o indirectamente, contra los derechos fundamentales, sino también aquella que cumple las concretas garantías que para su práctica establece la legalidad procesal ordinaria”*.

El efecto que ello supone es contundente, puesto en que en esta sentencia se establece que *“la nulidad de las diligencias de entrada y registro han supuesto la ausencia de prueba de cargo en el delito contra la salud pública del art. 344 CP respecto a la coprocesada Regina O., pues las declaraciones en el acto del juicio oral por parte de los policías intervinientes en la diligencia totalmente nula carecen de virtualidad inculpativa en este caso”*.

nulidad de tal acto no impedía que, tanto el interesado como los testigos de la diligencia, interviniesen en el correspondiente juicio oral, prestando su declaración sobre las actuaciones llevadas a cabo en el registro que se practicó.

Sostuvo esta línea jurisprudencial mayoritaria del Tribunal Supremo una clara diferenciación entre los diversos actuantes en una entrada y registro realizada sin la presencia del letrado de la Administración de Justicia. En tal caso, se partía de la base que la diligencia de entrada y registro era nula, por cuanto “siempre” debe estar presente el letrado de la Administración de Justicia para su validez. No obstante, lo allí practicado podía tener relevancia en el ámbito del juicio oral, ya que podía ser medio probatorio a través de las declaraciones del imputado y de testigos. Es en este punto donde el Supremo distinguía la actuación y declaración en juicio de los diversos intervinientes. En primer lugar, se consideraba válida la declaración del imputado respecto a sus manifestaciones sobre la diligencia de entrada y registro practicada. De este modo, si el imputado reconocía como suyos los efectos intervenidos, el juez podría tener en cuenta dicha declaración como un indicio más a valorar en la sentencia. En el mismo sentido, se consideraba válida la declaración de cualquier testigo que hubiese intervenido en la misma. No obstante, no tendría relevancia la declaración de los policías actuantes ya 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...*³⁰⁸.

Las discrepancias entre ambas líneas jurisprudenciales fueron puestas de manifiesto incluso en las propias sentencias del Tribunal Supremo. Así, en sentencia de 31 de marzo de 1992 se reconocía como cierto *“que la doctrina de esta Sala no es absolutamente unánime. El punto de disidencia, más aparente que real, pues depende mucho del tema que se somete a su consideración y de cómo se somete, se ofrece precisamente en la posibilidad de que el Tribunal “a quo” pueda o no llegar a valorar como prueba el testimonio de los Policías que actuaron en la diligencia de entrada*

³⁰⁸ STS de 31 de marzo de 1992 (LA LEY 14658-R/1992). Ejemplifica y justifica la misma señalando que: *“si el inculpado reconoce ante el juez que en su domicilio, cuyo registro a efectos jurídicos se reputa nulo, como ya se ha dicho, tenía una balanza de precisión o un dinamómetro y tales y cuales sustancias, aunque afirma 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 Policía, no, por supuesto, por ninguna reserva especial frente a sus declaraciones, que sería contrario al mandato inequívoco del art. 717 de la LECrim. y contrario también al reconocimiento de la difícil tarea que tienen encomendada (conforme al art. 104 de la CE), sino para preservarla de cualquier tipo de sospecha de parcialidad objetiva en parecidos términos, salvando las correspondientes distancias, a lo que sucede con la llamada contaminación procesal de los jueces”.*

Igual reconocimiento observamos en la STS 1434/2002, de 18 de septiembre (LA LEY 7728/2002): *“En realidad, en la doctrina de esta Sala coexistieron dos corrientes jurisprudenciales discrepantes respecto de los efectos de la ausencia del secretario judicial en los registros domiciliarios practicados con anterioridad a la reforma de la LECrim. operada por la Ley 10/1992, de 30 abril que coincidiendo en la nulidad del acto de entrada y registro realizado sin la asistencia del secretario judicial, o al menos en su irregularidad procesal, matizaban el alcance de dicha nulidad, considerándola bien de carácter constitucional o bien de legalidad ordinaria. Tendencias interpretativas superadas a partir de la sentencia de 30 de marzo de 1992 (LA LEY 5575/1992), ratificada, entre otras, y por la de 3 de diciembre de 1996 (LA LEY 712/1997), que en síntesis vienen a expresar que el acto de entrada y registro domiciliario sin asistencia del secretario judicial, es una diligencia nula de pleno derecho y de la misma no pueden derivarse los efectos de prueba preconstituida que tendría si hubiese asistido el secretario judicial, pero esta nulidad es procesal y no constitucional, y por ello no impide que el propio acusado y testigos puedan deponer en el juicio oral respecto de lo que oyeron y vieron. En esta fórmula general no pueden entrar los policías que instan y realizan el registro, pues al haber sido autores de un acto procesal nulo, no puede sanarse esta nulidad a través de sus propias declaraciones”.*

*y registro, pues es general y unánime la afirmación de esta Sala de que los testigos, imputados y coimputados sí pueden comparecer y sus declaraciones ser válidas en el sentido tradicional de la expresión*³⁰⁹.

LUZÓN CUESTA resaltó que en todo caso lo óptimo y necesario sería, con la finalidad de garantizar la autenticidad y veracidad que la fe pública le otorga, y con validez como prueba preconstituida, que asista a la diligencia de entrada y registro el letrado de la Administración de Justicia (o el Oficial habilitado para ello). No obstante, la ausencia de éste podía calificarse de irregular, aunque no sería obstáculo para que fuesen tenidos en cuenta los datos objetivos que constasen en el acta, siempre que apareciesen corroborados por pruebas complementarias, entre las cuales sería fundamental la declaración en el acto de juicio oral de los funcionarios actuantes³¹⁰.

Ante las posturas contrapuestas, de especial relevancia es la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1991, la cual reflejó el criterio adoptado por la Junta de magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del mismo año³¹¹, partiendo de la necesidad que supone que el letrado de la Administración de Justicia siempre esté presente en los registros domiciliarios, declarando que *“en puridad doctrinal, y según la más reciente posición de esta Sala, la presencia del secretario judicial es inexcusable. Ello es plena garantía de la veracidad. Su*

³⁰⁹ La STS de 31 de marzo de 1992 (LA LEY 14658-R/1992) así lo recoge, si bien finalmente se acoge a la doctrina de la citada como jurisprudencia mayoritaria.

³¹⁰ LUZÓN CUESTA, J. M., “La prueba en el proceso penal”, *“La prueba derivada de la entrada y registro domiciliario”*, Madrid, 1993, p. 27.

³¹¹ Junta fechada el 5 de noviembre de 1991.

prestigio y función abundará en la legitimidad y legalidad, que ha de rodear todo cuanto afecta a un derecho fundamental”³¹².

2. Posición Jurisprudencial tras la reforma llevada a cabo por Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal

La citada ley modificó el contenido del art. 569.4 de la LECrim, quedando redactado del siguiente modo:

“El registro se practicará a presencia del secretario o, si así lo autoriza el juez, de un funcionario de la policía judicial o de otro funcionario público que haga sus veces, que extenderá acta que firmarán todos los concurrentes”.

Como se desprende de su contenido, lo que trató esta reforma fue de concretar los sujetos intervinientes de la diligencia de entrada y registro, pero haciendo prescindible la presencia del letrado de la Administración de Justicia. Se legislaba así en sentido totalmente contrario al que vimos que fue acordado en Junta por la Sala Segunda de los magistrados del Tribunal Supremo. Por tanto, se permitía que el juez habilitara a un funcionario de la policía judicial o a cualquier otro funcionario público a sustituir al letrado de la Administración de Justicia.

Queda claro que la pretensión del legislador era eliminar toda figura judicial del acto presencial de la diligencia de entrada y registro,

³¹² STS de 12 de noviembre de 1991 (LA LEY 668/1992).

permitiendo que pudiera ser realizada únicamente por miembros de la policía judicial. Esto podría suponer una simplificación de los trámites procesales pero, a su vez, un perjuicio a las garantías de los imputados y al buen fin del proceso.

Este precepto incrementó la problemática doctrinal y jurisprudencia, que para su análisis podemos dividir en varios puntos:

a) Afección de un derecho fundamental

La reforma llevada a cabo por Ley 10/1992 fue criticada por la forma, al no realizarse por Ley Orgánica, y ello a pesar de quedar manifiesto que entra en juego el derecho fundamental de la inviolabilidad de domicilio³¹³.

No obstante, y en sentido contrario, CLIMENT DURAN puso de relieve que la presencia o ausencia del secretario judicial realmente no afectaba al contenido esencial del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio, sino que más bien su relevancia quedaba limitada a su efecto probatorio en juicio³¹⁴.

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Supremo, el cual consideró que la ausencia del letrado de la Administración de Justicia en la diligencia de entrada y registro no constituía una violación del derecho constitucional, al quedar amparado el registro domiciliario por una

³¹³ MARTÍNEZ PARDO, V.J., "La entrada y registro domiciliario. Documentación del acto", *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, número 12, Aranzadi, 2001, que cita en este sentido a LÓPEZ BARJA DE QUIROGA.

³¹⁴ *Ibid.*, que cita en este sentido a CLIMENT DURAN, C., "Sobre la intervención del secretario judicial en el registro domiciliario", *Revista del Poder Judicial*, año 1993, p. 46.

autorización judicial válida, que es lo que se exige constitucionalmente³¹⁵. La jurisprudencia fue unánime afirmando que al existir mandamiento judicial se daba el cumplimiento al requisito constitucional, estableciendo que la ausencia del letrado de la Administración de Justicia no lesiona derechos fundamentales.

b) Delegación de las funciones del letrado de la Administración de Justicia acordada por el juez

La reforma otorgaba al juez la facultad de delegar las funciones del letrado de la Administración de Justicia en otro funcionario público. Claramente suponía un quebrantamiento del principio de delegación, por cuanto se estaba permitiendo que el juez delegase el ejercicio de la fe pública judicial en “cualquier otro funcionario”, si bien nadie puede delegar facultades que no tiene.

Por tanto, este precepto suponía un claro quebranto al sistema jurídico y a la figura del letrado de la Administración de Justicia. Todo ello agravado por cuanto, como reseñó GUILLÉN SORIA “*se está produciendo*

³¹⁵ MORALES MUÑOZ, E., “*Diligencias de investigación en el proceso penal. La diligencia de entrada y registro. Tercer presupuesto: autorización judicial. Procedimiento para su práctica. Efectos de las entradas y registros domiciliarios inconstitucionales*”, Boletín del Ministerio de Justicia, ISSN-e 0211-4267, año 61, nº 2037, 2007, p. 2119, que cita a tales efectos la STS 1434/2002, de 18 de septiembre (LA LEY 7728/2002), la cual dispone que: “*Tiene declarado el Tribunal Constitucional (ATC 349/1988, de 23 de mayo (LA LEY 953/1988) y ha sido reiteradamente recogido en sentencias de esta Sala que la ausencia del secretario judicial en la diligencia de entrada y registro no afecta al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio cuando ha precedido la correspondiente resolución judicial que lo autoriza. Cuestión distinta es la trascendencia que en el orden procesal puede tener la ausencia del secretario judicial en tal diligencia. Y es asimismo reiterada jurisprudencia de esta Sala que el registro efectuado sin intervención del secretario judicial es procesalmente nulo, careciendo de operatividad y total falta de virtualidad a efectos probatorios, si bien ello no empece, como reconoce el Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, a que merced a otros medios de prueba se evidencie la existencia real de los efectos que se dicen intervenidos y hallados en el domicilio registrado*”.

*una delegación en favor de quien no tiene fe pública judicial y, por tanto, no puede ejercerla*³¹⁶.

A su vez, tal delegación contradecía la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, y es así pues no cabe entender que el juez dote de fe pública judicial a un funcionario de policía, cuando la misma correspondía en exclusiva al letrado de la Administración de Justicia o, en su defecto, a quien la Ley Orgánica del Poder Judicial preveía como sustituto legal³¹⁷.

c) Consideración de diligencia policial y no judicial.
Problemática sobre su valor probatorio.

La ausencia del juez y del letrado de la Administración de Justicia en el registro domiciliario dio lugar a que GIMENO SENDRA otorgara al mismo la naturaleza de diligencia policial, y no judicial. Ello es así por cuanto que, al no encontrarse en el acto el letrado de la Administración de Justicia, nadie podía dar fe de lo que allí aconteciese. Por tanto, lo allí ocurrido nunca tendría carácter de prueba preconstituida, sino, más bien, la propia de un atestado, el cual podría ser refrendado posteriormente en juicio con la declaración testifical de aquellos que intervinieron en el registro así llevado a cabo³¹⁸.

³¹⁶ GUILLÉN SORIA, J. M., "Entrada y registro sin secretario judicial", *Actualidad Aranzadi*, núm. 128, 1993, p. 2.

³¹⁷ En tal sentido, vid. CASTILLO RIGABERT, F., "Derechos fundamentales e investigación en las diligencias previas (estudio de la reciente jurisprudencia de la Sala del Tribunal Supremo)", *Anales de derecho*, nº 13, 1995, p. 24, que considera que el juez instructor no puede delegar tal función al no tenerla atribuida, sino que lo que puede hacer es otorgar su autorización para que tenga efectos jurídicos tal delegación.

³¹⁸ LUDEÑA BENITEZ, O.D., "Presencia y ausencia del secretario judicial...", *op. cit.*, referencia a GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal penal*. ed. Colex. Madrid, 2005 y expone que "si el juez no asiste al registro es evidente que no puede delegar su potestad jurisdiccional en un funcionario de policía aunque sea de la policía judicial y menos asumible resulta la delegación en cualquier otro funcionario público. Si a ello unimos la

En el mismo sentido, MARTÍNEZ PARDO destacó que el Tribunal Supremo consideraba que el valor de la prueba quedaba devaluado al no estar presente el letrado de la Administración de Justicia, al mero valor de atestado³¹⁹.

CLIMENT DURANT se pronunció expresamente sobre los efectos de la reforma de 1992, determinando que la ausencia del letrado de la Administración de Justicia impedía al registro ser medio probatorio por sí solo para destruir la presunción de inocencia. Si bien el registro no sería nulo al no vulnerarse ningún derecho fundamental ni haberse vulnerado normas procesales, no puede tener el valor de prueba preconstituida que

posible inasistencia del secretario, nos encontramos ante una actuación exclusivamente policial en la que los agentes que la realizan están habilitados para llevar a cabo la entrada en un domicilio, pero no pueden recoger efectos o instrumentos del delito, (no se olvide el art. 574 LECrim) ni dar fe de lo allí acontecido. En realidad se trata de una averiguación policial que consta en un acta que no puede tener más valor que el de un simple atestado, por lo que su valor no podrá pasar de una denuncia a todos los efectos legales, según el 297 de la LECrim. Para que sea considerada prueba debe ser reiterado y ratificado ante el órgano judicial normalmente mediante la declaración testimonial de los agentes policiales firmantes del atestado”.

³¹⁹ Así lo recoge la STS de 7 de abril de 1995 (LA LEY 2334/1995), la cual determina que *“el registro efectuado sin la presencia del secretario judicial no incorpora la fe pública, quedando privada el acta del valor de prueba preconstituida, se devalúa el acto privándole de valor probatorio. La preceptiva interposición del secretario no sólo tenía un aspecto ritual, sino que, yendo más lejos, imprimía autenticidad a la diligencia, invistiéndola de una cierta judicialidad que la situaba en un primer plano estimativo en el orden procesal”,* si bien concluye ratificando la condena en base no al registro, sino al reconocimiento de los hechos por el investigado.

En tal sentido, MARTÍNEZ PARDO, V.J., *“La entrada y registro...”*, *op. cit.*, expuso *“que la diligencia de entrada y registro no tendrá el valor propio de la misma, ya que la inasistencia del secretario priva al acta del valor de prueba preconstituida, con la consiguiente devaluación de su valor probatorio. Así el acto queda reducido a una diligencia con valor de atestado, que no es prueba, pero que pudiera alcanzar tal condición si quienes lo presenciaron declaran en el juicio oral en presencia del Tribunal”*.

hubiese tenido si el letrado de la Administración de Justicia hubiese dado fe de lo actuado³²⁰.

d) Notificación del Auto habilitante.

La diligencia de entrada y registro va precedida de la notificación al interesado del auto que la autoriza. Corresponde al letrado de la Administración de Justicia la notificación de dicho auto, puesto que la policía judicial únicamente podría notificarlo si así se le hubiese Oficiado por el letrado de la Administración de Justicia³²¹.

³²⁰ CLIMENT DURAN, C., "Sobre la intervención...", *op. cit.*, p. 46. "resulta irrelevante plantearse el referido problema sobre la validez o invalidez de la diligencia del registro, practicado sin presencia secretarial, cuando se cuenta con otros medios probatorios que evidencian la existencia de los objetos intervenidos en el domicilio. La consecuencia práctica más importante de todo ello, es que no cabe invocar la vulneración del artículo 11.1 LOPJ cuando se practique un registro sin secretario dado que la prueba así obtenida no ha violentado ningún derecho o libertad fundamental".

En segundo lugar, no constituye tampoco una causa de nulidad de pleno derecho, regulada en el artículo 238.3 de la LOPJ, "porque no se han omitido total y absolutamente de las normas procesales esenciales, previstas en los artículos 454 y ss. de la LECrim para la práctica de la prueba de registro domiciliario".

Por tanto, deduce de ello que se trata de un acto anulable, de conformidad con lo establecido en el artículo 240.1 de la LOPJ, "dado que se trata de un defecto de forma, al haberse omitido uno de los requisitos prescritos para la práctica de la prueba de registro domiciliario, cuya falta impide alcanzar a este medio probatorio los objetivos de signo constitucional y procesal que con la presencia secretarial se habrían conseguido, y por tanto, esta diligencia probatoria, estaría viciado y no puede lograr la finalidad que le es propia. Y que como acto anulable que es, puede decretarse de oficio o a instancia de parte, a través de los recursos, pero deviene válido por subsanación una vez que haya recaído sentencia firme".

³²¹ GUILLÉN SORIA, J. M., "Entrada y registro...", *op. cit.*, p. 2.

3. Posición jurisprudencial tras la reforma llevada a cabo por Ley 22/1995, de 17 de julio

Ante la problemática generada por la Ley 10/1992 y los problemas de valor probatorio que se planteaban con las actas realizadas en diligencias de entrada y registro sin la presencia del letrado de la Administración de Justicia, por Ley 22/1995 de 17 de julio se le da la redacción actualmente vigente al artículo 569.4 de la LECrim en los siguientes términos:

“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, quien levantará acta del resultado de la diligencia y de sus incidencias y que será firmada por todos los asistentes. No obstante, en caso de necesidad, el secretario podrá ser sustituido en la forma prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

Con esta reforma vuelve a tener plena vigencia la jurisprudencia previa a la reforma de 1992, ya que el planteamiento es el mismo que preexistía a la misma. La Exposición de Motivos de la Ley 22/1995 manifiesta la necesidad de que el letrado de la Administración de Justicia se encuentre presente en el registro, con la finalidad esencial de evitar que posteriormente los tribunales declaren pruebas ilícitas o nulas ante la carencia de fe pública procesal³²².

³²² “vista la tendencia jurisprudencial que ha emanado del Tribunal Supremo durante el tiempo de vigencia de dicha Ley (referido a la regulación anterior), a declarar pruebas ilícitas y por tanto nulas las obtenidas en las entradas y registros domiciliarios carentes

El propio Tribunal Supremo en sus sentencias ha observado y reflejado el discurrir legislativo y los diversos efectos que tales cambios han tenido como repercusión práctica. De este modo concluye que *“ese artículo 569 ha sido objeto de dos modificaciones legislativas. La primera de ellas fue por Ley Orgánica de 30 de abril de 1992 que trataba de justificar la ausencia del secretario judicial con una amplia permisibilidad en favor de otro funcionario judicial o de un Policía, siempre previa delegación consignada expresamente en el auto que antes había permitido la invasión domiciliaria. Después fue la Ley Orgánica de 17 de julio de 1995 lo que rectificó el contenido de tal artículo para aclarar esas delegaciones judiciales, en la forma prevista por la Ley Orgánica del Poder Judicial, y para excluir definitivamente la delegación en funcionarios de la policía”*³²³.

A) Principios, funciones y fines de la actuación del letrado de la Administración de Justicia en la diligencia entrada y registro

Con la presencia del letrado de la Administración de Justicia en las entradas y registros se cumple con las garantías que el mismo proporciona, y que así vienen recogidas en el Reglamento Orgánico del Cuerpo de secretarios Judiciales³²⁴.

Los letrados de la Administración de Justicia actuarán bajo los principios de **legalidad e imparcialidad** en todo caso, con plena

de la fe pública procesal, procede adecuar el ordenamiento jurídico a la interpretación hecha por el Alto Tribunal de la legalidad ordinaria”.

³²³ STS de 18 de abril de 1996 (LA LEY 4591/1996).

³²⁴ RD 1608/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de secretarios Judiciales.

autonomía e independencia en el ejercicio de la fe pública judicial³²⁵. Ello supone una garantía tanto para el imputado como para el buen fin del proceso, ya que los letrados de la Administración de Justicia preservarán el cumplimiento de las exigencias legales y formalidades exigibles en la realización de la diligencia. En consecuencia, velarán por el cumplimiento de las decisiones adoptadas por jueces y Tribunales en el ejercicio de sus competencias³²⁶, verificando de este modo la observancia de los requisitos y lo así dispuesto en el auto autorizante de la entrada y registro, de tal modo que la práctica de tales actuaciones, que suponen la intromisión en el derecho fundamental de inviolabilidad de domicilio, se realice dentro de los límites marcados por el contenido de la resolución judicial que la acordó.

Los letrados de la Administración de Justicia desempeñarán las funciones así encomendadas por la LECrim, ejerciendo la **fe pública judicial** con exclusividad y plenitud, dejando constancia fehaciente de la realización de actos procesales y de la producción de hechos con transcendencia procesal mediante las oportunas actas³²⁷.

El letrado de la Administración de Justicia actúa en la diligencia de entrada y registro con facultad de **policía de vistas**, lo que supone que corresponde al mismo mantener el orden en tales diligencias, aún llevadas a cabo fuera de la Oficina Judicial, y para ello podrá acordar lo que proceda, así como amparar en sus derechos a los presentes en las actuaciones a practicar³²⁸.

³²⁵ Art. 3, párrafos 1 y 2 del RD 1608/2005, de 30 de diciembre.

³²⁶ Art.3, párrafo 4 del RD 1608/2005, de 30 de diciembre.

³²⁷ Art. 4 y 5.a. del RD 1608/2005, de 30 de diciembre.

³²⁸ Art. 10 del RD 1608/2005, de 30 de diciembre.

El letrado de la Administración de Justicia velará porque el uso de la fuerza sea el mínimo imprescindible, evitando vejaciones injustas. Así, los agentes deben dirigirse al letrado de la Administración de Justicia con el tratamiento de Señoría³²⁹, que ejerce sus funciones con carácter de Autoridad³³⁰, pudiendo hacer las observaciones y requerimientos que estime oportunas para velar por el cumplimiento de los requisitos procesales que dan eficacia y validez al registro y salvaguarda de los derechos constitucionales afectados. De este modo, los funcionarios que incurrieren en alguna vejación injusta o violen indebidamente el secreto, pueden incurrir en responsabilidad penal³³¹.

Junto con la función de **documentación** de las actuaciones practicadas en acta, corresponde al letrado de la Administración de Justicia la de **notificación** a los interesados e información a aquellos que justifiquen interés legítimo y directo de las actuaciones no declaradas secretas ni reservadas (ambas estudiadas en el título II de esta tesis).

Por lo que respecta a la notificación del auto, será sólo de su parte dispositiva cuando el procedimiento en que se haya acordado la medida se haya declarado secreto.

Tras notificar el auto, el letrado de la Administración de Justicia podrá advertir al interesado del deber establecido en el art. 575 de la LECrim, de exhibir los objetos y papeles que se sospeche que puedan tener

³²⁹ Art. 97 del RD 1608/2005, de 30 de diciembre.

³³⁰ Art. 440 de la LOPJ.

³³¹ GIMENO SENDRA, V., *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, ed. Colex, Madrid, 2007, p. 556.

relación con la causa, bajo apercibimiento de multa, e incluso ser procesado por delito de desobediencia³³².

Respecto al **depósito** de bienes y objetos afectos a los expedientes judiciales y piezas de convicción y de consignaciones de dinero o valores hallados³³³, algún autor ha citado la posibilidad de aprehensión a fin de garantizar responsabilidades pecuniarias que pudieran derivarse del delito, si bien considero que dicha posibilidad no tiene respaldo legal por cuanto se debe evitar la incautación de todo aquello que no esté comprendido en el auto, o que pueda causar un grave perjuicio a su titular si fuese posible su obtención de otro modo³³⁴.

El Tribunal Supremo ha expuesto la triple finalidad que debe tener la presencia del letrado de la Administración de Justicia en el registro:

a) “como garantía de legalidad, asegura el cumplimiento de los requisitos legales”,

³³² El art. 575 de la LECrim establece que “Todos están obligados a exhibir los objetos y papeles que se sospeche puedan tener relación con la causa. Si el que los retenga se negare a su exhibición, será corregido con multa de 125 a 500 pesetas; y cuando insistiera en su negativa, si el objeto o papel fueren de importancia y la índole del delito lo aconseje, será procesado como autor del de desobediencia a la Autoridad, salvo si mereciera la calificación legal de encubridor o receptor”. No obstante, y a pesar de la previsión legal, me cabe la duda no resuelta legal, jurisprudencial ni doctrinalmente, de su posible contradicción con el art. 118 y 520 de la LECrim, respecto al derecho a no declarar contra sí mismo.

³³³ En este punto es de reseñar la práctica frecuente llevada a cabo que supone el precinto de la totalidad de objetos intervenidos, quedando bajo la custodia de la policía judicial interviniente, para finalmente darle a los mismos el destino legalmente previsto, ingresándose en la cuenta de consignaciones del juzgado las cantidades económicas incautadas y llevándose a sede judicial aquellos que pudieran tener expresa relevancia en el procedimiento y posterior juicio oral. Tales funciones se hallan reflejadas en el art. 11 del RD 1608/2005, de 30 de diciembre.

³³⁴ DELGADO MARTÍN, J., “Investigación del entorno virtual...”, op. cit. La Ley (LA LEY 229/2016), en relación con el art. 588.sexies.c.2 de la LECrim.

b) *“como garantía de autenticidad, se robustece de certeza lo ocurrido en el registro y se garantiza la realidad de los hallazgos descubiertos”;*

c) *“y como garantía judicial, en la medida que el secretario forma parte integrante del órgano jurisdiccional autorizante de la diligencia, se garantiza que la intromisión al derecho fundamental se realizó dentro de los límites dispuestos en la resolución judicial”³³⁵.*

B) Efectos del acta de entrada y registro realizado en ausencia del letrado de la Administración de Justicia

No cabe duda, que un acta de entrada y registro bajo la fe pública judicial determina su naturaleza de prueba preconstituida en juicio, no requiriendo más prueba sobre lo que en ella se contiene, y en ese sentido será analizado en el Título II de la presente tesis.

Más controvertido, y por ello objeto de estudio en este punto, son los efectos de un acta de entrada y registro llevado a cabo sin la presencia del letrado de la Administración de Justicia. Su análisis debe, en todo caso, tener en cuenta los diversos periodos legislativos estudiados.

El paréntesis legislativo que supuso la reforma de 1992, hasta su nueva regulación de 1995, determina efectos propios que otorgan plena

³³⁵ SSTS 408/2006, de 12 de abril (LA LEY 36047/2006), 1189/2003, de 23 de septiembre (LA LEY 10127/2004) y 381/2010, de 27 de abril (LA LEY 41107/2010).

validez a un acta en la que la ausencia del letrado de la Administración de Justicia estaba amparada legalmente³³⁶.

Para todas aquellas entradas y registros practicados fuera de la vigencia de la reforma de 1992, ya sea anteriormente a la misma o tras la vigencia de la reforma de 1995, la jurisprudencia mayoritaria en la actualidad determina, a pesar de la irregularidad del acta, la posible validez de otras diligencias probatorias relacionadas con el acto³³⁷.

³³⁶ Como cita la STS 12 de marzo de 1996 (LA LEY 3630/1996), "la jurisprudencia viene estimando carentes de validez probatoria los resultados de los registros realizados en domicilios sin la presente de fedatario judicial, si bien esa doctrina es aplicable a tales actividades procesales cuando se hubieran realizado antes de la entrada en vigor de la Ley 10/1992, que modificó la redacción del art. 569 LECrim, en cuyo párrafo 4.1 se establece la alternativa de que, si el juez así lo autoriza, la diligencia de registro se practique a presencia de un funcionario de la policía judicial o de otro funcionario público que haga sus veces; y si bien este precepto ha sido reformado de nuevo por Ley 22/1995 para reintroducir la necesidad de la presencia del secretario judicial que autorice la entrada y registro o el del servicio de guardia, con la obligación de levantar acta del resultado, tal modificación no puede afectar a los registros practicados en ese espacio de tiempo incluido entre la entrada en vigor de las reformas de 1992 y 1995".

³³⁷ Considera el Tribunal Supremo en STS 18 de abril de 1996 (LA LEY 4591/1996) que "en los casos en que la diligencia judicial de registro domiciliario se ha practicado sin la presencia del secretario judicial, antes de la modificación introducida por la Ley 10/1992 ha quedado claro que el registro llevado a cabo sin esa asistencia incumplía lo dispuesto en el art. 569 LECrim, razón por la cual se producía una diligencia procesalmente invalidada y carente de los efectos probatorios que se habrían de derivar normalmente de la misma. Mas tal irregularidad afecta sólo a la diligencia concreta en la que el defecto se exterioriza, pero ello no significa que se tengan que contagiar el resto de las diligencias judiciales si las exigencias aplicables se hubieran cumplido adecuadamente, las cuales, en base al principio de conservación de los actos que el art. 242 LOPJ proclama, han de mantener los efectos que les son propios, 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, de la que, en cierto modo han de excluirse las declaraciones de los agentes de la autoridad protagonistas de la diligencia ineficaz, no los testigos neutrales asistentes a la misma ni otros medios de prueba hábiles, entre los que cabe considerar a las fuerzas de seguridad en general no comprendidas en el supuesto anterior, o la confesión de acusados y coimputados".

A su vez diferencia entre el defecto de legalidad ordinaria que supone un registro efectuado sin la presencia del letrado de la Administración de Justicia y el defecto constitucional que supone un registro sin mandamiento judicial oportunamente motivado. Sólo este último determina la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria proclamado en el artículo 18.2 de la CE, conllevando la nulidad del acto.

El registro será nulo únicamente si se realiza sin autorización judicial, ya que el mismo supondría la vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, lo que tendría como efecto la ilicitud del acto procesal contrario a la Constitución, y con ello el resto de actos procesales que traigan causa en el mismo. El registro autorizado judicialmente pero realizado sin presencia del letrado de la Administración de Justicia se lleva a cabo vulnerando las normas procesales que lo regulan, y por tanto se considera irregular, lo cual sólo origina la ineficacia del acto, pero admitiendo dar validez a determinadas diligencias³³⁸. Por tanto, lo que pasa a discutirse es el alcance tendrán las actuaciones practicadas en ella.

El Tribunal Constitucional sienta las bases de los efectos de dicho acta, y ante la irregularidad en la que concurre el registro al no estar presente el letrado de la Administración de Justicia, admite que se practique prueba sobre lo en ella realizado en plenario del juicio oral³³⁹.

³³⁸ LUDENÑA BENITEZ, O.D., "Presencia y ausencia del secretario judicial...", *op. cit.*, en referencia a la STS de 18 de abril de 1996 (LA LEY 4591/1996) y a las SSTC 133/1995, de 25 de septiembre (LA LEY 2597-TC/1995) y 94/1999, de 31 de mayo (LA LEY 8094/1999). En el mismo sentido la STC 139/1999, de 22 de julio (LA LEY 9594/1999) que establece que *"Este Tribunal ha distinguido, en efecto, la nulidad de la entrada y registro de un domicilio, practicada con infracción de las normas procesales, como es la ausencia de secretario judicial, de aquella otra que tiene lugar con vulneración de los derechos fundamentales del afectado, caso de la inexistencia o insuficiencia de la resolución judicial que autoriza aquélla. Así, en el primer supuesto hemos dicho que «la forma en que la entrada y registro se practiquen, las incidencias que en su curso puedan producirse y los excesos o defectos en que incurran quienes lo hacen, se mueven siempre en otra dimensión, el plano de la legalidad. En ésta, por el art. 569 de la LECrim y no en la CE, se exige la presencia del secretario judicial para tal diligencia probatoria. Por ello, su ausencia no afecta a inviolabilidad del domicilio para entrar en el cual basta la orden judicial"* (STC 290/1994, de 27 de octubre (LA LEY 13046/1994), entre otras). *"Pero cuando la nulidad obedece a la vulneración de un derecho fundamental sustantivo, como es aquí el caso, su efecto sobre la prueba es más radical, y no otro que la prohibición de valorar en juicio las pruebas así obtenidas"*.

³³⁹ STC 228/1997, de 16 de diciembre (LA LEY 380/1998), Por cuanto *"el incumplimiento de las garantías constitucionales reflejadas en la LECrim. privaría a las diligencias de registro de su carácter de prueba válida de cargo, siendo, en tal caso, necesario que la realidad material de la aprehensión de los documentos y de los géneros o efectos*

La doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, lógicamente, ha tenido su reflejo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha considerado que la ausencia del letrado de la Administración de Justicia no impide que mediante otros medios de prueba complementarios, en el acto del juicio¹ oral resulte probado que los efectos intervenidos lo fueron con autorización judicial³⁴⁰.

Concluimos, por tanto, que el efecto esencial es que la ausencia del letrado de la Administración de Justicia en el registro no determina la nulidad de lo actuado, pero sí le priva del valor de prueba anticipada y preconstituida, siendo necesario que su resultado sea introducido en juicio oral mediante la declaración de aquellos que en él han intervenido³⁴¹.

Una vez aclarado el alcance jurídico de esta diligencia realizada sin letrado de la Administración de Justicia, la jurisprudencia ha ido determinando aquellas actuaciones probatorias que pudieran considerarse válidas en juicio oral.

Una primera línea jurisprudencial consideró que las declaraciones de los agentes que habían instado y presenciado aquel acto no podían sanar la nulidad del mismo. Únicamente el acusado y los testigos que hubiesen intervenido podrían declarar respecto a lo que vieron y oyeron

importados, sobre los que de manera interrelacionada se construye la tipificación del delito de contrabando, se hiciera valer en el plenario a través de otros medios probatorios suficientes para fundar la responsabilidad penal del demandante de amparo, pues de no ser así, se habría conculcado el derecho a la presunción de inocencia de aquél". En este caso, al no existir otra prueba de cargo en plenario distinta a la incautada en los registros sin la presencia del letrado de la Administración de Justicia, el Tribunal constitucional estima el recurso de amparo interpuesto por el investigado.

³⁴⁰ STS 1434/2002, de 18 de septiembre (LA LEY 7728/2002).

³⁴¹ STS 2183/2002, de 31 de diciembre (LA LEY 1756/2003).

en el mismo³⁴². Así pues, se considera que las declaraciones de los agentes actuantes *“estarían tachadas de parcialidad objetiva, ya que ellos mismos fueron los que protagonizaron el acto nulo, por lo que forman parte de la sustancia del acto”*³⁴³. Y, a mayor abundamiento, se expone que *“la presencia a posteriori de los agentes de Policía, que efectuaron el registro y entrada sin la presencia del secretario judicial, consignado en las sesiones del juicio oral, no puede subsanar los defectos de nulidad ya producidos. Sería, se dice, un verdadero fraude de Ley, consistente en la indefensión de la parte acusada, que la diligencia viciada subsanara su efectividad por medio de la declaración testifical de los que intervinieron en su práctica”*³⁴⁴.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional fijó el criterio por el que otorga valor a las declaraciones policiales practicadas en juicio oral, y es que *“sin entrar a considerar si el cumplimiento del requisito legalmente establecido para la recogida de los efectos del delito según los artículos 569 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal era exigible o concurrían razones de urgencia o necesidad que pudieran justificar la ausencia, lo cierto es que el que dichas diligencias se practicaran así podría determinar que las actas que las documentan no pudieran acceder directamente al proceso como prueba anticipada o preconstituída, pero no impide que el resultado de las mismas se incorpore al proceso por vías distintas de la propia acta, como a través de las declaraciones de los funcionarios policiales que las practicaron, declaraciones en el juicio oral con todas las garantías necesarias para*

³⁴² LUDENA BENITEZ, O.D., “Presencia y ausencia del secretario judicial...”, *op. cit.*, referencia la Revista CEFLEGAL, nº 24. enero 2003. pp. 137-139.

³⁴³ STS de 31 de marzo de 1992 (LA LEY 14658-R/1992).

³⁴⁴ STS de 22 de diciembre de 1993 (LA LEY 2259/1994).

salvaguardar los derechos de defensa, incluidas las de inmediatez y contradicción”³⁴⁵.

C) Sustitución del letrado de la Administración de Justicia

Como ya ha sido referido, el art. 569 de la LECrim prevé que la diligencia de entrada y registro en un domicilio se lleve a cabo *“siempre en presencia del secretario”*.

El art. 483 de la LOPJ, en su redacción originaria, preveía la posible sustitución de los secretarios de los Juzgados entre sí, y cuando no fuere posible o lo aconsejaran las necesidades del servicio, serían sustituidos por un Oficial, con preferencia de aquel que fuere Licenciado en Derecho (correspondiendo la designación del Oficial sustituto del secretario, cuando hubiere más de uno en la Secretaría, al juez o Presidente, a propuesta, en su caso, del titular de ésta).

La reforma de la LOPJ, aprobada por LO 19/2003³⁴⁶, suprimió esta posibilidad de sustitución ordinaria de los entonces llamados secretarios

³⁴⁵ STC 259/2005, de 24 de octubre (LA LEY 1969/2005). En el mismo sentido la STC 171/1999, de 27 de septiembre (LA LEY 12124/1999), en su Fundamento Jurídico duodécimo, en el que establece que si bien el hecho de que la constatación de aquellos defectos formales pueda impedir la valoración de la diligencia de registro, no implica que no pueda su resultado ser introducido en el proceso a través de otros instrumentos de prueba, como por ejemplo la declaración de los agentes que intervinieron en su práctica. Ya en esos términos se había pronunciado el Tribunal Constitucional en STC 303/1993, de 25 de octubre (LA LEY 2390-TC/1993), que estimó un recurso de amparo en base a que en juicio oral no se practicó la testifical del funcionario policial que intervino personalmente en el registro que se llevó a cabo sin la intervención del letrado de la Administración de Justicia.

³⁴⁶ La LO 19/2003, de 23 de diciembre, reformó el Libro V de la LOPJ en virtud de su apartado ciento veintitrés de su artículo único, teniendo vigencia desde el 15 de enero de 2004.

Judiciales. Así, el art. 451, en su párrafo 3º, prevé la posibilidad excepcional de sustitución de letrados de la Administración de Justicia únicamente para los supuestos en que fuera necesario hacer unas entradas y registros en lugar cerrado, acordadas por un único órgano judicial de la Audiencia Nacional, y que deban ser realizados de forma simultánea. Sólo en estos supuestos un funcionario del cuerpo de gestión procesal y administrativa (antiguo Oficial), podrá actuar en sustitución del letrado de la Administración de Justicia, e intervenir en calidad de fedatarios y levantar la correspondiente acta.

Este precepto establece el único y excepcional supuesto de sustitución del letrado de la Administración de Justicia, ya que el art. 452 del mismo texto legal, que establece las funciones de dicho Cuerpo Superior, determina que las mismas “no serán objeto de delegación ni de habilitación, sin perjuicio de lo establecido en el art. 451.3º”. En el mismo sentido, y como establece el art. 451, en su párrafo 2º, la designación ordinaria únicamente puede recaer en otro letrado de la Administración de Justicia o en un letrado de la Administración de Justicia sustituto.

La “Exposición de motivos” de la Ley 22/1995, de 17 de julio, mediante la que se garantiza la presencia judicial en los registros domiciliarios, posibilitó la delegación del juez en un funcionario de la policía, pero no la del letrado de la Administración de Justicia, cuya función catalogó de propia y exclusiva e indelegable. Actualmente se debe entender que no cabe más habilitación ni delegación que la dispuesta en el supuesto excepcional mencionado del art. 451.3º de la LOPJ.

El Tribunal Supremo ha reiterado como válido el registro siempre que el mismo se practique *“en presencia del secretario del Juzgado o*

*Tribunal que lo hubiere autorizado, o del secretario del Servicio de guardia que le sustituya, quien levantará acta del resultado, de la diligencia y de sus incidencias. El secretario podrá ser sustituido en caso de necesidad en la forma prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial*³⁴⁷.

El régimen de sustituciones y habilitaciones previsto y regulado por la LOPJ ha sido objeto de reciente reforma³⁴⁸, conteniéndose la misma en el art. 451³⁴⁹.

³⁴⁷ STS 381/2010, de 27 de abril (LA LEY 41107/2010).

³⁴⁸ Art. 451 de la LOPJ reformado por la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial.

³⁴⁹ Artículo 451 de la LOPJ:

“1. Las suplencias por ausencia, enfermedad, suspensión o vacante de letrados de la Administración de Justicia serán cubiertas por quien designe su inmediato superior jerárquico.

2. Esta designación deberá recaer en otro letrado de la Administración de Justicia, que se denominará Letrado suplente. A tal efecto los secretarios de Gobierno elaborarán una relación de los miembros del Cuerpo de letrados de la Administración de Justicia que voluntariamente quieran participar en los planes anuales de suplencias. De no existir voluntario, se designará, con carácter forzoso, al suplente ordinario que se designe conforme a lo previsto en el número anterior. Los llamamientos que tengan lugar conforme a lo establecido en este precepto serán retribuidos en los casos y cuantía que se determinen reglamentariamente.

3. Excepcionalmente, cuando no hubiera suficiente número de letrados de la Administración de Justicia, en los supuestos de entradas y registros en lugares cerrados acordados por un único 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 letrado de la Administración de Justicia, intervenir en calidad de fedatarios y levantar la correspondiente acta.

4. Cuando no fuera posible proceder a la suplencia conforme a lo previsto en los apartados 1 y 2, y exista disponibilidad presupuestaria, podrá procederse al nombramiento de un letrado de la Administración de Justicia sustituto, siempre que cumpla los requisitos de titulación exigidos para el ingreso en el cuerpo de letrados de la Administración de Justicia.

5. A los letrados de la Administración de Justicia sustitutos se les aplicará el mismo régimen jurídico que a los titulares, en la medida en que su naturaleza lo permita, quedando integrados en el Régimen General de la Seguridad Social.

6. De existir funcionarios pertenecientes al cuerpo de gestión procesal y administrativa incluidos en la correspondiente bolsa, serán llamados como letrados de la Administración de Justicia sustitutos con preferencia sobre el resto de sustitutos, manteniendo su

El párrafo tercero del citado artículo permite que los funcionarios del cuerpo de gestión procesal y administrativa (anteriormente denominados Oficiales) sustituyan a los letrados de la Administración de Justicia en el supuesto excepcional de registros simultáneos solicitados por la Audiencia Nacional, cuando no hubiese número suficiente de letrados de la Administración de Justicia y los registros debieran hacerse simultáneamente³⁵⁰, otorgándole a aquellos la calidad de fedatarios y facultad para levantar el correspondiente acta.

Desde mi punto de vista, esta sustitución, que ha quedado como meramente residual, no está para nada justificada. No debe ejercer la fe pública judicial aquel personal de la Administración de Justicia que no la ostenta.

Actualmente, la carencia de letrados de la Administración de Justicia suficientes para realizar diligencias de entrada y registro simultáneas puede superarse fácilmente con el previo aseguramiento de los lugares a registrar por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, para, posteriormente y de modo sucesivo, proceder por el letrado de la

inclusión obligatoria tanto en el régimen de la Seguridad Social que resulte aplicable como en el Mutualismo Judicial.”

³⁵⁰ La citada reforma llevada a cabo por LO 7/2015 en su *iter* legislativo pasó por diversas fases. Así, el borrador de reforma de la LOPJ elaborado por la comisión institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros, de 2 de marzo de 2012, para la elaboración de una propuesta de texto articulado de Ley Orgánica del Poder Judicial y de Ley de demarcación y planta judicial, en primera propuesta recepcionada y presentada por el Ministerio de Justicia el 25 de febrero de 2013, permitía la sustitución de los funcionarios del Cuerpo de Gestión y Tramitación Procesal más allá del supuesto excepcional que actualmente se recoge, circunstancia que hubiese conferido a tal Cuerpo las facultades de fedatario que de ordinario corresponden al Cuerpo Superior de letrados de la Administración de Justicia. Finalmente se mantuvo como único supuesto el ya anteriormente recogido en la LOPJ.

Administración de Justicia a llevar a cabo tales registros domiciliarios con todas las garantías constitucionales y legales.

Considerándose imprescindible la realización de los registros de modo simultáneo, principalmente por cuestiones organizativas y de previsible duración de los mismos, y no habiendo suficientes letrados de la Administración de Justicia en el partido judicial, la LOPJ prevé que sea el inmediato superior jerárquico quien designe al que deba intervenir, atribuyendo al Secretario de Gobierno la confección de bolsas voluntarias de sustituciones o, en su defecto, procediendo a la designación forzosa³⁵¹.

³⁵¹ Así lo prevé el art. 451 de la LOPJ en su párrafo primero y segundo y el art. 129.3 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia. En la práctica, algunos Secretarios de Gobierno han publicado el régimen de sustituciones forzosas, a aplicar en defecto de bolsa de sustitutos. Ejemplo de ello, la resolución de 4 de febrero de 2016 dictada por el Ilmo. Secretario de Gobierno de la Región de Murcia, previendo para tales casos la designación de letrados de la Administración de Justicia de partidos judiciales limítrofes.

TÍTULO II.

EL ACTA Y SU DIGITALIZACIÓN

CAPÍTULO I.

EL ACTA DE ENTRADA Y REGISTRO

1. Noción y valor del acta

Como titulares de la fe pública judicial, corresponde a los letrados de la Administración de Justicia dejar constancia fehaciente de la realización de actos procesales y de la producción de hechos con trascendencia procesal mediante las oportunas actas y diligencias³⁵².

La Ley de Enjuiciamiento Civil prevé en el párrafo primero del art. 146 dispone:

“las actuaciones procesales que no consistan en escritos y documentos se documentarán por medio de actas y diligencias. Cuando se utilicen medios técnicos de grabación o reproducción, el secretario judicial garantizará la autenticidad de lo grabado o reproducido”³⁵³.

La finalidad propia del registro es la búsqueda y recogida de efectos del delito, dentro de lo que MARTÍNEZ PARDO denomina “categoría de pruebas no reproducibles en el juicio oral”. Por tanto, “en su práctica deben observarse unas garantías que la Constitución no limita al acto del juicio, su proyección se extiende a todo el proceso, siendo especialmente

³⁵² Art. 5.1, Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de secretarios Judiciales.

³⁵³ Este párrafo fue redactado por el apartado setenta y seis del artículo decimoquinto de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

relevantes aquellos actos no reproducibles de los que se pueden extraer unas consecuencias que condicionen el resultado del juicio. La presencia del secretario del Juzgado en la diligencia de entrada contribuye a permitir la preconstitución de prueba, pues levanta acta bajo la fe pública de su práctica”³⁵⁴.

El letrado de la Administración de Justicia otorga fe pública de lo contenido en el acta por él mismo redactada. Por tanto, no se discute jurisprudencial ni doctrinalmente el valor de prueba preconstituida del acta elaborada por el letrado de la Administración de Justicia en la diligencia de entrada y registro.

En tal sentido, la Audiencia Provincial de Murcia ha reseñado que *“estamos en presencia de una prueba privilegiada, de imposible reproducción en el acto del juicio oral, dado que la intervención del secretario judicial potencia su eficacia probatoria, haciendo innecesaria su ratificación por las personas que fueron identificadas por el mismo”*³⁵⁵.

Es precisamente la presencia del letrado de la Administración de Justicia la que le otorga el valor privilegiado de prueba preconstituida y, en el mismo sentido, el Tribunal Supremo considera que *“la no intervención del secretario judicial devalúa el acto, haciendo perder al acta levantada su consideración de documento público, reduciendo la diligencia una más de las que pueden integrar el atestado policía, sin más valor probatorio que el de un simple denuncia”*³⁵⁶.

³⁵⁴ MARTÍNEZ PARDO, V.J., “La entrada y registro domiciliario. Documentación del acto”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, número 12, Ed. Aranzadi, 2001.

³⁵⁵ SAP de Murcia 37/2006, de 10 de julio (LA LEY 117212/2006).

³⁵⁶ STS de 31 de diciembre de 1996 (LA LEY 1366/1997).

El acta redactada por un miembro de policía judicial no tendrá tal valor, *“ahora bien, ello no impide que la realidad del acto pueda ser reconstruido mediante las declaraciones prestadas en el acto del juicio oral por los propios imputados o por testigos presenciales que sean distintos de los agentes que practicaron el registro”*³⁵⁷.

Incluso antes de que se entrara en vigor la Ley de 1995 que determinaba la necesaria presencia del letrado de la Administración de Justicia en los registros, el Tribunal Supremo determinó que *“en cuanto al valor probatorio, el juez puede autorizar la sustitución del secretario judicial por un funcionario de policía, pero no dotarle de fe pública judicial que según la ley corresponde en exclusiva al secretario judicial. No existe prueba preconstituida, por lo que es necesario que los funcionarios intervinientes en la misma ratifiquen en el plenario el contenido del registro”*³⁵⁸.

ANGOSTO AGUDO considera que “la falta de intervención del secretario judicial, aun cuando legal, tara la diligencia, ofreciéndose como prueba irregular carente de operatividad, motivando la pérdida de valor documental público de la misma, con total falta de virtualidad a efectos probatorios de cuanto se relate en ella”³⁵⁹. Por tanto, “tal diligencia no será sino un acto del atestado cuyo valor queda limitado por lo establecido en el art. 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”³⁶⁰. “La consecuencia

³⁵⁷ STS de 31 de diciembre de 1996 (LA LEY 1366/1997).

³⁵⁸ LUDENA BENITEZ, O.D., “Presencia y ausencia del secretario judicial...”, *op. cit.*, referencia en este sentido la STS de 23 de mayo de 1994.

³⁵⁹ ANGOSTO AGUDO, R.M., “La diligencia de entrada y registro como acto documentado. Su introducción en el juicio oral”, *Diario La Ley*, sección doctrina, 1996, ref. D-221, tomo 4 (LA LEY 22584/2001), en referencia a la STS de 7 de abril de 1995 (LA LEY 2334/1995).

³⁶⁰ *Ibid.*, en referencia a la STC 31/1981, de 28 de julio (LA LEY 224/1981) y STS de 10 de mayo de 1995 (LA LEY 2560/1995).

deductiva apunta a que la inasistencia del secretario judicial priva...al acta del valor de prueba preconstituida, con la consiguiente devaluación de su valor probatorio”³⁶¹. De tal modo que “el acto así producido queda, en consecuencia, reducido a una diligencia con valor de atestado, que no es prueba, pero que puede alcanzar tal condición (lo en él recogido) si quienes lo presenciaron declaran en el juicio oral en presencia del Tribunal sentenciador, bajo los principios de oralidad, inmediación y contradicción”³⁶².

Finalmente, GIMENO SENDRA destaca que la presencia activa del letrado de la Administración de Justicia tendrá valor probatorio si el registro resulta positivo. Así se ha de concluir ya que precisamente el objetivo de la prueba buscada es destruir la presunción de inocencia del interesado³⁶³.

El Tribunal Supremo ha puesto en valor el acta del letrado de la Administración de Justicia por encima de la prueba testifical vertida en juicio oral, por cuanto el acta no puede ser contradicha, ya que está revestida de la fe pública judicial.³⁶⁴

³⁶¹ *Ibid.*, en referencia a la STS de 7 de abril de 1995 (LA LEY 2334/1995).

³⁶² *Ibid.*, en referencia a la STS de 8 de febrero de 1995. En este sentido amplía su fundamentación considerando que la reforma legal estudiada que se llevó a cabo por Ley 22/1995 que exige “siempre” la presencia del secretario judicial en la diligencia de entrada y registro pretende terminar con los problemas interpretativos expuestos.

³⁶³ LUDENA BENITEZ, O.D., “Presencia y ausencia del secretario judicial...”, op. cit., referencia a GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal penal*. ed. Colex. Madrid, 2005.

³⁶⁴ STS 455/2002, de 13 de marzo (LA LEY 5530/2002). En ese sentido, se ponen en contradicción las declaraciones vertidas en juicio según las cuales “*los agentes policiales entraron primeramente en la vivienda, detuvieron a la acusada, le intervinieron la cocaína y el dinero y a continuación entró la Secretaria del Juzgado y se practicó el registro. Seguramente ésta fue la versión de la diligencia que dieron algunos testigos en el juicio oral, pero esta Sala en modo alguno puede aceptarla porque es distinta de lo que hizo constar la Secretaria en el acta que figura a los folios 13 y 14 de los autos de instrucción y, lógicamente, ni el Tribunal de instancia ni esta Sala pueden dar más crédito a los dichos de unos testigos que a lo autorizado por quien era depositaria de la fe pública judicial, a no ser*

2. Contenido del acta

Escasos preceptos podemos observar en la LECrim que hagan expresa mención a la forma de proceder en la entrada y registro, así como

que se impute a aquélla haber faltado a la verdad en la redacción del acta, lo que nadie ha hecho de forma expresa ni hubiera podido hacer sin dar a la Secretaria Judicial la posibilidad de contradecir tan grave imputación. Recordemos que en el acta lo que se hace constar es, en síntesis, lo siguiente: que, constituida la Secretaria en el domicilio donde se había de practicar el registro, concurriendo los policías cuyos números de identificación se expresan, se hizo saber a los moradores el objeto de la diligencia, se les notificó en forma el auto que disponía su práctica y, acto seguido, se procedió por la Policía a realizar un minucioso registro en cuyo curso se encontró, en un delantal colocado sobre unas losas apiladas en el salón, la cantidad de 481.700 ptas.--luego se comprobó que se había contabilizado una moneda de 200 ptas. que estaba fuera de curso legal-- y, en el mismo lugar, una bolsa que contenía unos 15 g de una sustancia blanca presumiblemente cocaína y otra bolsa más pequeña con medio gramo de la misma sustancia. Esto y no otra cosa fue lo que quedó acreditado en autos por la fe de la Secretaria del Juzgado de Instrucción, afirmación que hacemos sin contradecir los hechos probados, de cuyo relato no forman parte aunque en él se incluyan las incidencias del proceso, y sin invadir la facultad exclusiva de apreciación de la prueba que al Tribunal de instancia reconoce el art. 741 LECrim, toda vez que la constancia declarada en el acta de la diligencia de entrada y registro no pudo ser objeto de actividad probatoria en el juicio oral ni, consiguientemente, estar sometida a la valoración de la prueba por el Tribunal”.

A mayor abundamiento, el ATS 930/2017, de 22 de junio (LA LEY 91171/2017) que dio solución al supuesto en el que los objetos que fueron intervenidos y reflejados en el acta pertenecientes al investigado fueron posteriormente sustraídos por terceras personas y por tanto no pudieron ser puestos a disposición judicial. *“No obstante, no son esos objetos, físicamente considerados, los que valoró el Tribunal de instancia, sino la constatación de su existencia y hallazgo en el referido domicilio al tiempo en que se realizó la diligencia judicial de entrada y registro, bajo la fe del letrado de la Administración de Justicia, ya que el descubrimiento de tales bienes se constató en el acta de la diligencia judicialmente acordada. Por tanto, la valoración realizada por el Tribunal a quo fue conforme a Derecho al estar amparada en un acta levantada por el letrado de la Administración de Justicia interviniente y haberse incorporado válidamente al procedimiento”.*

Respecto a la naturaleza de esta prueba, Vid. JIMENEZ CONDE, F., “La apreciación de la prueba legal y su impugnación”, *Publicaciones del departamento de derecho procesal de la Universidad de Salamanca*, 1978, p. 54 y ss, analiza “la estructura lógica de la norma de prueba legal, como garantía para un resultado más exacto en la averiguación de la verdad de los hechos”, considerándose como “método para guiar al juez en la investigación histórica”, si bien tal carácter no determina que el juez prescinda de su convicción y razonamiento, debiendo tener en cuenta otros elementos que concurran en el supuesto concreto, a fin de valorar el verdadero sentido o fin de lo intervenido.

al contenido y redacción de las actas del mismo. Por su carácter subsidiario³⁶⁵, será de aplicación lo dispuesto en el art. 146 de la LEC.

El mismo, en su párrafo 2º dispone respecto de las actas que de tratarse de “actuaciones que conforme a esta ley hayan de registrarse en soporte apto para la grabación y reproducción, y el secretario judicial dispusiere de firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la ley garantice la autenticidad e integridad de lo grabado, el documento electrónico así generado constituirá el acta a todos los efectos”. Pero este párrafo está previsto para las grabaciones que tienen lugar en la sala de vistas, que posteriormente son firmadas electrónicamente por el letrado de la Administración de Justicia, dando fe y constituyendo acta a todos los efectos.

El acta realizada consecuencia de un registro tiene lugar fuera de la sede judicial, por lo que rige lo dispuesto en el inciso primero y tercero de mencionado párrafo, que disponen que “cuando la ley disponga que se levante acta, se recogerá en ella, con la necesaria extensión y detalle, todo lo actuado” y “si los mecanismos de garantía previstos en el párrafo anterior no se pudiesen utilizar el secretario judicial deberá consignar en el acta los siguientes extremos: número y clase de procedimiento, lugar y fecha de celebración, tiempo de duración, asistentes al acto, peticiones y propuestas de las partes, en caso de proposición de pruebas, declaración de pertinencia y orden en la práctica de las mismas, resoluciones que adopte el juez o Tribunal, así como las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte”³⁶⁶.

³⁶⁵ Art. 4 de la LEC.

³⁶⁶ Párrafo fue redactado por el apartado setenta y seis del artículo decimoquinto de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

Determinado el contenido general de toda acta, formalmente el acta de entrada y registro deberá contener lo así dispuesto por el art. 572 de la LECrim. Únicamente este artículo hace mención al contenido y redacción de las actas de entrada y registro y el mismo prevé que en las actas “se expresarán los nombres del juez, o de su delegado, que la practique y de las demás personas que intervengan, los incidentes ocurridos, la hora en que se hubiese principiado y concluido la diligencia, la relación del registro por el orden con que se haga, así como los resultados obtenidos”.

El último borrador de anteproyecto de la Enjuiciamiento Criminal publicado, establece en su artículo 340, párrafo primero, y bajo la rúbrica “Acta del registro”: “De la realización del registro se levantará acta por el secretario judicial en la que se expresarán las causas que lo motivaron, la descripción del registro por el orden en que se realizó y su resultado, los sujetos que lo practicaron y las incidencias que se hayan producido, relacionando los objetos incautados. El acta será firmada por todos los asistentes”.

En esencia, no existen novedades significativas más allá de la exigencia del requisito de la firma de todos los asistentes y que más adelante analizaremos. Así pues, como en ambos preceptos se contempla, el acta debe reflejar los incidentes ocurridos y los objetos incautados (o resultados obtenidos).

En todo caso, el letrado de la Administración de Justicia puede hacer constar en el acta los incidentes que acaezcan durante el registro³⁶⁷.

Del mismo modo, podrá reseñar en el acta declaraciones del interesado, morador o testigos allí presentes que pudieran ser relevantes para la causa, sin perjuicio de que el juez sea posteriormente el que deba determinar el valor de tal declaración, junto con otras pruebas concurrentes.

Y dentro del carácter de tales incidentes, el letrado de la Administración de Justicia podrá hacer constar en el acta hallazgos casuales o fortuitos³⁶⁸.

En todo caso, habrá de respetarse en la realización del registro lo dispuesto por el art. 552 de la LECrim: “Al practicar los registros deberán evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario, y se adoptarán todo género de precauciones para no comprometer su reputación, respetando sus secretos si no interesaren a la instrucción”. En el mismo sentido el borrador de anteproyecto establece en su art. 335, párrafo.4º: “El registro se practicará en la forma y con el alcance estrictamente necesario para la consecución del fin perseguido. Se evitarán las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario, y se adoptarán todo género de precauciones para no desvelar secretos que no resulten de interés para la investigación”.

³⁶⁷ Así pues, se considerará una prueba más el hecho que, durante la realización de un registro llevado a cabo por presunto delito de tráfico de drogas, pretendan acceder a la vivienda compradores de tales sustancias.

³⁶⁸ Vid. epígrafe II.1.4 de la presente obra.

La conculcación de estos preceptos podrá hacerse constar en el acta, pudiendo derivar en las responsabilidades que correspondan. De ello incluso podría deducirse testimonio por desobediencia a la autoridad, si tras ser requeridos los intervinientes para el cumplimiento de los preceptos citados se viesen reiteradas tales conductas ya que, realizado en presencia del letrado de la Administración de Justicia, éste ejerce facultades de policía de vistas³⁶⁹, y ejerce sus funciones con carácter de Autoridad.

Al respecto de los objetos intervenidos, la LECrim determina en art. 574 que “el juez ordenará recoger los instrumentos y efectos del delito y también los libros, papeles o cualesquiera otras cosas que se hubiesen encontrado, si esto fuere necesario para el resultado del sumario. Los libros y papeles que se recojan serán foliados, sellados y rubricados en todas sus hojas por el secretario judicial, bajo su responsabilidad”³⁷⁰.

Nada más allá encontramos en la intervención de objetos que lo relativo al foliado de libros y papeles³⁷¹. No obstante, no debemos olvidar que la principal función de la reseña de lo intervenido es su plena identificación. En la actualidad cobra importancia la reseña de los aparatos

³⁶⁹ Art. 10 del RD 1608/2005, de 30 de diciembre.

³⁷⁰ El art. 574 ha sido redactado por el apartado sesenta y dos del artículo segundo de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

³⁷¹ Al respecto de los mismos se admite, ante la incautación gran volumen documental que impida su foliado y rúbrica en el propio acto del registro, el hecho de que se proceda a introducir tales documentos en cajas que posteriormente sean debidamente precintadas y rubricadas, para su posterior desprecinto y análisis cuando fuere pertinente. En tal sentido, la STS 415/2002, de 8 de marzo (LA LEY 6632/2002). Incluso, en STS 637/2003, de 30 de abril (LA LEY 2010/2003), se admitió el precinto del lugar donde se hallaba la documentación para que, en días posteriores y tras aceptar el cargo, los peritos accedieran junto a los abogados de las partes a fin de seleccionar la documentación relevante a fin de ser analizada e incorporada a la causa.

electrónicos o informáticos, que quedan individualizados a través de su número de serie.

El acta, además de lo citado, también podrá contener la notificación del auto que autoriza el registro. El art. 550 de la LECrim establece que el auto motivado “se notificará a la persona interesada inmediatamente, o lo más tarde dentro de las veinticuatro horas de haberse dictado”.

Finalmente, el acta será firmada por los intervinientes en el registro, disponiendo la misma la hora de su conclusión (del mismo modo que se incluyó en su encabezamiento la hora de inicio).

La ausencia de las firmas en el acta no supondrá la nulidad del acta, sea cual fuere la cualidad en la que intervino el no firmante (salvo el letrado de la Administración de Justicia, que mediante su firma da fe de lo contenido en ella, siendo por ello firma esencial). En este sentido, el Tribunal Constitucional ha manifestado que *“carece de toda relevancia constitucional la alegada falta de firmas rubricando todos los folios de la diligencia que documentó el registro, por parte de los policías y del apoderado de la empresa que presencié su actuación. El cumplimiento o incumplimiento de lo preceptuado por los arts. 569 y 574 de la LECrim no afecta necesariamente y en todo caso a su validez o aptitud para surtir efectos probatorios. Pues, una vez constatado que la inviolabilidad del domicilio ha sido respetada, porque los funcionarios que practicaron el registro lo hicieron provistos del preceptivo mandamiento judicial y ateniéndose a los límites impuestos por la autoridad judicial en garantía del derecho fundamental, el alegado incumplimiento de las normas procesales donde se imponen otros requisitos no trasciende al plano constitucional; la infracción de los mandatos legales debe ser corregida a través de los cauces*

*y con las oportunas medidas disciplinarias o de otro tipo previstas por las leyes, que son ajenas al presente recurso de amparo constitucional*³⁷².

En el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Murcia considera la ausencia de efectos ante la falta de firma por el interesado en el acta redactada por el letrado de la Administración de Justicia el cual haya asistido al acto del registro, por cuanto su cualidad de fedatario público supone que dicha firma puede considerarse sustituida por su presencia en el acto de notificación al interesado³⁷³.

³⁷² STC 41/1998, de 24 de febrero (LA LEY 3497/1998). En el mismo sentido, el ATS 418/2015, de 12 de marzo (LA LEY 37170/2015), que otorga plena validez al acta firmada por el secretario judicial y que éste no dio a firmar a uno de los interesados, morador del domicilio, pero que presenció el mismo conforme se acredita en virtud de la fe pública judicial; y el ATS 136/2016, de 21 de enero (LA LEY 2193/2016), que siguen la doctrina fijada por las SSTs 420/2014, de 2 de junio (LA LEY 64261/2014) y 402/2011, de 12 de abril (LA LEY 52246/2011).

³⁷³ SAP de Murcia 45/2007, Sección 5ª, de 29 de noviembre de 2007 (LA LEY 330336/2007).

CAPÍTULO II. EL ACTA DIGITAL

1. Regulación Legal

Los avances en el uso de las nuevas tecnologías de comunicación constituyen un valioso instrumento para el desarrollo de las actuaciones de la Administración de Justicia.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su redacción original ya recogió parte de estas inquietudes al regular el uso de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos por parte de la Administración de Justicia y de aquellos que acrediten tener disposición de dichos medios³⁷⁴.

Esa previsión, junto con la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, que establece el deber de utilizar los medios electrónicos para los profesionales de la justicia y de las oficinas judiciales, así como la obligación de las Administraciones competentes de dotar de estos medios, supusieron un paso muy importante en el desarrollo de las nuevas tecnologías³⁷⁵.

³⁷⁴ El art. 146, párrafo 2º, cuarto inciso de la LEC establece que *“el acta se extenderá por procedimientos informáticos, sin que pueda ser manuscrita más que en las ocasiones en que la sala en que se esté celebrando la actuación careciera de medios informáticos”* y el párrafo 3º prevé que *“los tribunales podrán emplear medios técnicos de documentación y archivo de sus actuaciones y de los escritos y documentos que recibieren, con las garantías a que se refiere el apartado 1 del artículo 135 de esta Ley”*. Este párrafo 3º del art. 146 fue redactado por el apartado catorce del artículo único de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

³⁷⁵ Al respecto, vid. BUENO DE MATA, F., “Comentarios al proyecto de Ley reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de

En el Capítulo III del Título II de la citada ley recoge “la obligación de todos los integrantes de los órganos y oficinas judiciales, así como de las fiscalías, de utilizar exclusivamente los programas y aplicaciones informáticas puestas a su disposición por las Administraciones competentes”; y el Título IV fija “las condiciones para hacer posible la íntegra tramitación electrónica de los procedimientos judiciales, dedicando su Capítulo II a regular el expediente judicial electrónico, disponiendo qué documentos tienen la consideración de documentos judiciales electrónicos y se aborda una regulación de las copias electrónicas en función del formato del original. Por último, en este capítulo se dedica un artículo a establecer las condiciones en que se deben archivar los documentos judiciales electrónicos”. Finalmente su Capítulo IV contiene “las características básicas que deben tener las aplicaciones y sistemas de información utilizados para la gestión por medios electrónicos de los procedimientos judiciales, en orden a garantizar aspectos esenciales de la tramitación electrónica y la forma en que deben incorporarse a dichos procedimientos los escritos, documentos y otros medios o instrumentos que deban tener acceso a ellos”³⁷⁶.

A tal fin, cobra especial relevancia la necesaria firma electrónica, por cuanto “la identificación y autenticación del ejercicio de la competencia de la oficina judicial actuante, cuando utilice medios

Justicia”, Diario La Ley, Nº 7659, Sección Doctrina, 24 de junio de 2011, Año XXXII, Ref. D-262, Ed. LA LEY (LA LEY 12142/2011), que analiza desde el punto de partida que dio lugar al proyecto posteriormente aprobado como ley desde un punto de vista crítico en el análisis de sus ventajas, inconvenientes y lagunas observadas en su regulación.

³⁷⁶ Epígrafe IV del Preámbulo de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

electrónicos, se realizará mediante firma electrónica del personal a su servicio”³⁷⁷.

El acta digital objeto de estudio se contendrá en el expediente judicial electrónico, definido como “el conjunto de datos, documentos, trámites y actuaciones electrónicas, así como de grabaciones audiovisuales correspondientes a un procedimiento judicial, cualquiera que sea el tipo de información que contenga y el formato en el que se hayan generado”³⁷⁸, constituyendo el mismo el carácter de documento judicial electrónico, entendiéndose como “las actuaciones que se generen en los sistemas de gestión procesal, así como toda información que tenga acceso de otra forma al expediente, cuando incorporen datos firmados electrónicamente”³⁷⁹.

³⁷⁷ Art. 21 de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, que en su párrafo 2º prevé la obligación de las Administraciones, en el ámbito de sus competencias, de proveer a los letrados de la Administración de Justicia, fiscales, forenses y demás personal al servicio de la Administración de Justicia, de sistemas de firma electrónica, identificativos del titular del puesto de trabajo, cargo y oficina en la que presta sus servicios.

³⁷⁸ Art. 26 de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

³⁷⁹ Art. 27 de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, que a su vez exige para ello el cumplimiento en la firma digital de la forma prevista en la Sección 2.ª del Capítulo II del Título III de la presente Ley. En este sentido, vid. VALERO CANALES, A.L., “La práctica de la prueba electrónica. Metodología”, *Práctica de Tribunales*, nº 130, enero-febrero 2018, Ed. Wolters Kluwer (LA LEY 367/2018), que a este respecto manifiesta que “debe equipararse el concepto de documento judicial a documento procesal a estos efectos, y se consideran como tales: - Las sentencias, autos, providencias, diligencias, decretos, actas, notas, etc., generadas en aplicaciones informáticas, y firmadas electrónicamente empleando los sistemas de firma establecidos en la Administración de Justicia. - Toda información de acceso distinto a su creación en los sistemas informáticos de gestión judicial, que esté firmada electrónicamente”; y añade “partiendo de la definición de documento electrónico contenida en la legislación analizada, tendremos que considerar que son documentos procesales electrónicos... las actas generadas en los sistemas de gestión procesal o en aplicaciones informáticas firmadas electrónicamente”.

No obstante, y con la finalidad de llegar al “papel cero”³⁸⁰ en la Administración de Justicia, la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil abordó la “necesidad imperiosa de acometer una reforma en profundidad de las diferentes actuaciones procesales para generalizar y dar mayor relevancia al uso de los medios telemáticos o electrónicos, otorgando carácter subsidiario al soporte papel. Así, no solo se conseguirá una mayor eficacia y eficiencia en la tramitación de los procedimientos, sino también ahorro de costes al Estado y a los ciudadanos y se reforzarán las garantías procesales. Es decir, estaremos ante un nuevo concepto de Administración de Justicia y será un paso más para mejorar el servicio público que constituye la misma”³⁸¹.

A través de la citada reforma se pretende la efectiva implantación de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia en la materia de presentación de escritos y documentos, actos de comunicación procesal y sistemas de garantías, extendiéndose a la tramitación de exhortos, mandamientos y oficios así como la exhibición de documentos en juicio o presentación de informes periciales e incluso se regulan los apoderamientos apud acta por comparecencia electrónica, pero dicha reforma no se aprovecha para avanzar en los medios a disposición del letrado de la Administración de Justicia en su labor como fedatario público en el ámbito de la diligencia de entrada y registro, así en como en la elaboración de otras diligencias de constancia y otros supuestos en los que

³⁸⁰ Al respecto, vid. MAGRO SERVET, V., “El expediente judicial electrónico: hacia el objetivo del «papel 0»”, *Práctica de Tribunales*, nº 92, Sección Práctica Procesal, enero 2012, Ed. Wolters Kluwer (LA LEY 4282/2012), que analiza la realidad actual del expediente judicial electrónico, sus ventajas y los objetivos de la regulación que la ampara.

³⁸¹ Párrafo II del epígrafe I del Preámbulo de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

los medios informáticos entiendo que debieran ser utilizados y que serán objeto de estudio en el presente documento.

El uso de medios informáticos para la redacción del acta de entrada y registro tiene su cabida legal en el vigente el art. 230 de la LOPJ, que prevé que “Los Juzgados y Tribunales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establece la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, y demás leyes que resulten de aplicación”.

En todo caso, nos encontramos con limitaciones presupuestarias y de medios materiales, pero nada impide en la actualidad la redacción del acta informática o la digitalización de la misma. Nada se prevé en cuanto a su forma de realización, pero tampoco se prevé nada más allá de lo dispuesto en el citado 572 de la LECrim para aquellas realizadas manualmente.

La informatización de las actas de entrada y registro tienen a su vez otro apoyo legal, aún más allá del mencionado en la LOPJ, y es que el Reglamento Orgánico de secretarios Judiciales establece en su art. 5, dentro de la función del letrado de la Administración de Justicia como titular de la fe pública judicial, la obligación de dejar constancia fehaciente de la realización de actos procesales y de la producción de hechos con trascendencia procesal “mediante las oportunas actas y diligencias. Cuando se utilicen medios técnicos de grabación o reproducción, garantizarán la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido”. A su vez, el art. 11 del mismo texto establece como función de los letrados de la Administración de Justicia “Promover el empleo de los medios técnicos,

audiovisuales e informáticos de documentación con que cuente la unidad donde presten sus servicios”³⁸².

De todo ello cabe concluir que de conformidad con la legislación vigente, si bien los órganos no están dotados de los medios técnicos necesarios para la realización de actas informatizadas de las entradas y registros, su realización por aquel letrado de la Administración de Justicia que use medios propios será de validez incuestionable, siempre que quede garantizada su autenticidad, para ello, y de conformidad a lo dispuesto en el art. 147 de la Ley de Enjuiciamiento Civil “siempre que se cuente con los medios tecnológicos necesarios, el secretario judicial garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido mediante la utilización de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la ley ofrezca tales garantías”.

Por su parte, el borrador de anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal parte acertadamente de entender como necesaria la incorporación de tales medios a la diligencia de registro domiciliario. La vigente regulación debe considerarse “anacrónica” y “pretecnológica”, y en contrapartida el art. 340, párrafo 2º, del borrador establece que: “El registro se documentará mediante sistemas audiovisuales de grabación y, en su caso, mediante la obtención de fotografías”. Lo cierto es que el nuevo precepto aportaría la obligación de documentar el acta en sistemas audiovisuales de grabación y fotografías, lo cual supondría a su vez la obligación de dotar a los órganos judiciales de tales medios.

³⁸² Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de secretarios Judiciales.

2.2. Realización material

Volviendo a la situación actual, y ante la carencia de medios materiales puestos por la Administración de Justicia (Estatal y Autonómica), el letrado de la Administración de Justicia por regla general redacta el acta manual.

Como expuse en el epígrafe correspondiente a la metodología, y al referirme concretamente a la digitalización del acta, desde mi toma de posesión como letrado de la Administración de Justicia he considerado que la redacción de un acta manual en la diligencia de entrada y registro es anacrónica e incluso en muchas ocasiones frustrante. El hecho de hacer reseña de objetos intervenidos puede llevar a ello, por cuanto se debe describir un efecto sin que de modo manual se pueda llevar al fiel reflejo de lo que se interviene, refiriéndome con ello al estado en el que se encuentra, la descripción de su color, forma, contenido o circunstancias en las que se presenta. De este modo redactaba actas manuales con pleno convencimiento de que aquello podía hacerse de un modo mucho más garantista. Y todo ello por no hablar del estado de muchas de las viviendas que se registran, que apenas permiten apoyarte adecuadamente para hacer una letra mínimamente legible (otro de los talones de Aquiles de las actas manuales). La única informática que había en estas actas eran los modelos de encabezamiento y diligencia de notificación, con sus correspondientes huecos para ser completados, que llevaba impresos a los registros.

Así pues, desde los primeros registros realizados manualmente iba ideando e investigando, a fin de ser fiel y plenamente consciente de la

regulación vigente, sobre la posibilidad de elaborar actas que superaran esos límites, con la evolución que a continuación presento.

En las primeras actas con pretensiones de uso de medios de captación de imágenes, éstas eran íntegramente manuales en su contenido, pero las mismas adjuntaban como anexo fotografías de los objetos intervenidos. En el acta se hacía referencia al nombre del archivo (que por defecto corresponde con la fecha y hora en la que se hizo la fotografía) y posteriormente, en sede judicial eran impresas y unidas a continuación del acta e incluso grabadas en CD para su remisión en color.

En un momento posterior decidí escanear el acta manual junto con el anexo de fotografías impresas, pudiendo incorporarla así al sistema de gestión procesal de mi oficina judicial.

Desde luego, de este modo se satisfacía mi interés por la plena descripción de los objetos intervenidos, si bien conllevaba un laborioso trabajo tanto durante el registro (ir reseñando los nombres de las fotografías incorporadas) como posterior al mismo (orden, impresión, escaneado y grabación en cd).

Como ejemplo de la misma, expongo a continuación imagen fotográfica de uno de los folios que componían aquellas actas:

10

REGISTRO DE LA VIVIENDA

Seguidamente y por los funcionarios mencionados en el encabezamiento, ante la/s persona/s hallada/s en el domicilio, se procede con mi presencia al Registro e Intervención de los objetos que a continuación se relacionan:

- Habimación de [REDACTED]:

Los objetos reseñados en repertorio fotográfico adjunto (desde archivo 20131220-215235.jpg a 20131220-220005.jpg, un total de 15 archivos). De ellos, la parte ítem n.º 5809; el DVD LG SIMUM 15700090; y el buzón LG en el eliminado.

- Habimación de [REDACTED]:

Los objetos reseñados en repertorio fotográfico adjunto (desde archivo 20131220-221149.jpg a 20131220-222554.jpg, un total de 18 archivos). De ellos, la documentación (20131220-222557.jpg) se ha foliado (1 a 9) y DVD Philips KX1A0434219543. Finalmente se interviene un ordenador (20131220-223105.jpg)

- RECIPIENTES:

- Lavadora ZANUSSI SIN 74700033. _____
- Lavavajillas BOSCH SIN 56000410020731818. _____
- Llaves de NISSAN y llaves con llavero-mando blanco. _____

-2-

PAPEL DE OFICIO

Como he manifestado, la misma era íntegramente manuscrita, si bien incorporaba como anexo a la misma las fotografías que correspondían a los objetos que se reseñaban o describían.

Pasadas las épocas de redacción de acta plenamente manual y la de acta manual con anexos fotográficos, llegué a un tercer estado, el cual fui perfeccionando hasta el día de la fecha. Con la llegada de un tablet a mis manos decidí emplearlo para elaborar actas plenamente digitales.

Lo primero fue buscar un procesador de textos adecuado para realizar las tareas de un modo lo más sencillo posible. En todo este tiempo he probado diversas aplicaciones: Word de Office, Pages de itunes, Documentos de google y WPS (inicialmente llamado King soft Office, habiendo cambiado de nombre). Finalmente, y tras varios registros me decanté por usar el de WPS, del cual debo decir que además ha evolucionado de un modo muy satisfactorio y se puede obtener de modo gratuito.

En todos estos procesadores de textos cree una plantilla fiel al acta que manualmente elaboraba, y que contuviera por defecto todos esos campos propios del encabezamiento y diligencia de notificación que se repiten en todos los registros, a falta de completar los campos concretos del registro (número de procedimiento de origen, juez ordenante, número de procedimiento en mi órgano, funcionarios intervinientes, dirección en la que se lleva a cabo el registro, hora de inicio y fin del registro...). Muchos de estos campos podía completarlos en un primer momento previo a dirigirme al registro, en sede judicial o en mi propio domicilio, una vez recibida la resolución judicial que lo acordaba.

Expongo imagen de la citada plantilla:

 ADMINISTRACION DE JUSTICIA	JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N° 1 DE ORIHUELA
	Exhorto
	ACTA DE ENTRADA Y REGISTRO
	En Orihuela, a de de 2.018.
	<p>Siendo las .00 horas del día de la fecha, yo, el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Instrucción nº 1 de Orihuela (Alicante), D. ALFONSO TORMO MOLINA, asistido por los funcionarios del cuerpo de titulares de los carnets profesionales reseñados junto a su firma en diligencia adjunta, constituidos en calle , al objeto de dar cumplimiento a lo dispuesto en Auto por D. , Magistrado-Juez del Juzgado de en sus Diligencias Previas / , por el que se acuerda la realización de entrada y registro, se procede a la práctica de las diligencias siguientes:</p>
	ENTRADA Y NOTIFICACIÓN
	<p>Seguidamente, en el indicado domicilio, se procede a la entrada entendiéndose la presente con D. , con documento de identidad , a quien se hace saber el objeto de la diligencia mediante notificación del auto, instrucción de derechos y entrega de copia de la resolución judicial por la que se ha acordado su práctica; y notificado y enterado, firma conmigo en diligencia de presencia en el acto adjunta.</p>
	REGISTRO DE LA VIVIENDA
	<p>Seguidamente y por los funcionarios mencionados en el encabezamiento, ante la persona hallada en el domicilio, se procede con mi presencia al registro e intervención de los objetos que a continuación se relacionan:</p>
	<p>Siendo las horas, concluyen las actuaciones de entrada y registro, y precintándose los objetos intervenidos, leída el acta y conformes firman los presentes conmigo en diligencia adjunta. Doy fe.</p>
 GENERALITAT VALENCIANA	PAPEL DE OFICIO
	-1-

A continuación, llegados al registro, procedo a rellenar los campos que falten por completar, hago constar las incidencias que vayan surgiendo, así como procedo a reseñar mediante fotografías que incorpore directamente al acta los efectos intervenidos en cada una de las ubicaciones donde los mismos hayan sido hallados.

Como inciso meramente práctico, nunca procedo a reseñar los objetos a intervenir hasta que se concluye el registro en la ubicación a la que el mismo pertenece, ya que para facilitar la tarea de reseña fotográfica, colocación de la fotografía en el texto y peso (tamaño del archivo pdf finalmente generado), puedo reseñar varios objetos (relojes, pulseras, abalorios...) en una única fotografía.

Si bien en ocasiones, la urgencia de las actuaciones me impedía tener a mano el tablet (que por su tamaño facilita la tarea) pasé mi modo de proceder a idéntica aplicación y con las mismas plantillas en el móvil, utilizando uno u otro dependiendo de la ocasión indistintamente sin distinción en el modo de proceder.

En todos los años que llevo realizando el registro de esta manera, nunca he tenido problemas de borrado de un acta ya que, si bien WPS no tiene la opción de guardado automático periódico, el botón de guardar está muy a mano y es usado continuamente.

Una vez concluida el acta, ante la necesidad de firma de los intervinientes, elaboré una plantilla de diligencia en la que hago constar la presencia y conformidad de los mismos con el acta, con el número de procedimiento y fecha y hora de finalización, de lo que doy fe. La misma es fotografiada tras ser firmada y añadida así al documento digital.


ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N° 1 DE ORIHUELA

PROCEDIMIENTO: /

DILIGENCIA

La extiendo yo, el Letrado de la Administración de Justicia, para hacer constar que siendo las horas del día de la fecha concluye el registro, con la intervención, en su caso, de los efectos reseñados. Leída el acta y mostrándose conformes con la misma, firman los intervinientes conmigo, doy fe.

En Orihuela, a de de 2.018.

**EL LETRADO DE LA
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**


GENERALITAT
VALENCIANA

PAPEL DE OFICIO
-1-

A continuación, la aplicación WPS permite generar un fichero PDF que posteriormente remito por correo electrónico a las fuerzas actuantes a fin de que lo puedan imprimir y completar su atestado (es copia del acta), por lo que ya no requiero que me acompañen a sede judicial para fotocopiar la misma.

El mismo fichero es remitido vía correo electrónico a la cuenta del órgano en el que ejerzo mis funciones para su descarga e inclusión en el sistema de gestión procesal, siendo remitido a mi bandeja de firma electrónica³⁸³, quedando incluido en el expediente judicial electrónico como auténtico y con plenas garantías³⁸⁴.

Si el interesado solicita su remisión en el propio acto de registro, y no habiéndose acordado el secreto de las actuaciones, se le puede remitir igualmente vía correo electrónico. Del mismo modo se podrá remitir al órgano exhortante, en su caso, que podrá tener de este modo el acta de primera mano nada más concluir el registro, sin perjuicio de su ulterior cumplimentación conforme a ley.

Cuando se realice el envío de acta a cualquier destinatario se incorporará al mismo las prevenciones legales sobre protección de datos de carácter personal³⁸⁵.

A continuación, expongo ejemplo real de un acta sencilla (en cuanto a número de efectos intervenidos) para que de ese modo pueda verse el resultado de las actas que habitualmente incorporo firmadas digitalmente al sistema de gestión procesal del órgano que dirijo.

³⁸³ Conforme a lo dispuesto en el art. 146 de la LEC, *“siempre que se cuente con los medios tecnológicos necesarios, el secretario judicial garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido mediante la utilización de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la ley ofrezca tales garantías”*.

³⁸⁴ Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

³⁸⁵ *“Siéndole de aplicación lo dispuesto en la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, y demás legislación vigente en la materia, los datos contenidos en la presente comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando expresamente prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia”*.

**JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 1 DE ORIHUELA****Exhorto** [REDACTED]**ACTA DE ENTRADA Y REGISTRO**

En Orihuela, a 17 de enero de 2.018.

Siendo las 9.40 horas del día de la fecha, yo, el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Instrucción nº 1 de Orihuela (Alicante), D. ALFONSO TORMO MOLINA, asistido por los funcionarios de [REDACTED] titulares de los carnets profesionales reseñados junto a su firma en diligencia adjunta:

Constituidos en [REDACTED] de [REDACTED], al objeto de dar cumplimiento a lo dispuesto en Auto por D. [REDACTED], Magistrado-Juez del Juzgado mixto número 2 de [REDACTED] en Diligencias Previas [REDACTED], por el que se acuerda la realización de entrada y registro, se procede a la práctica de las diligencias siguientes:

ENTRADA Y NOTIFICACIÓN

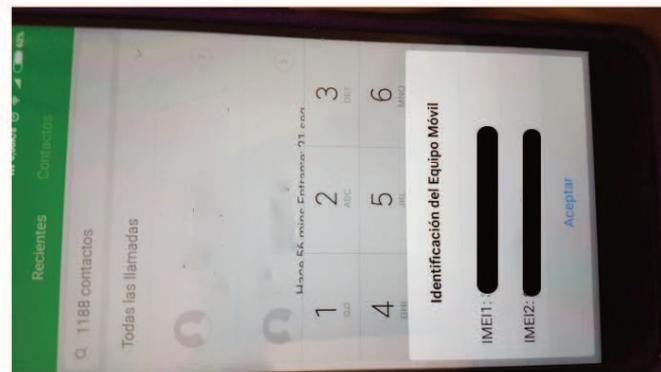
Seguidamente, en el indicado domicilio, se procede a la entrada entendiéndose la presente con [REDACTED], con NIF [REDACTED], a quien se hace saber el objeto de la diligencia mediante notificación de la parte dispositiva del auto, instrucción de derechos y entrega de copia de la resolución judicial por la que se ha acordado su práctica; y notificado y enterado, firma conmigo en diligencia adjunta.

REGISTRO DE LA VIVIENDA

Seguidamente y por los funcionarios mencionados en el encabezamiento, ante la persona hallada en el domicilio, se procede con mi presencia al registro e intervención de los objetos que a continuación se relacionan:

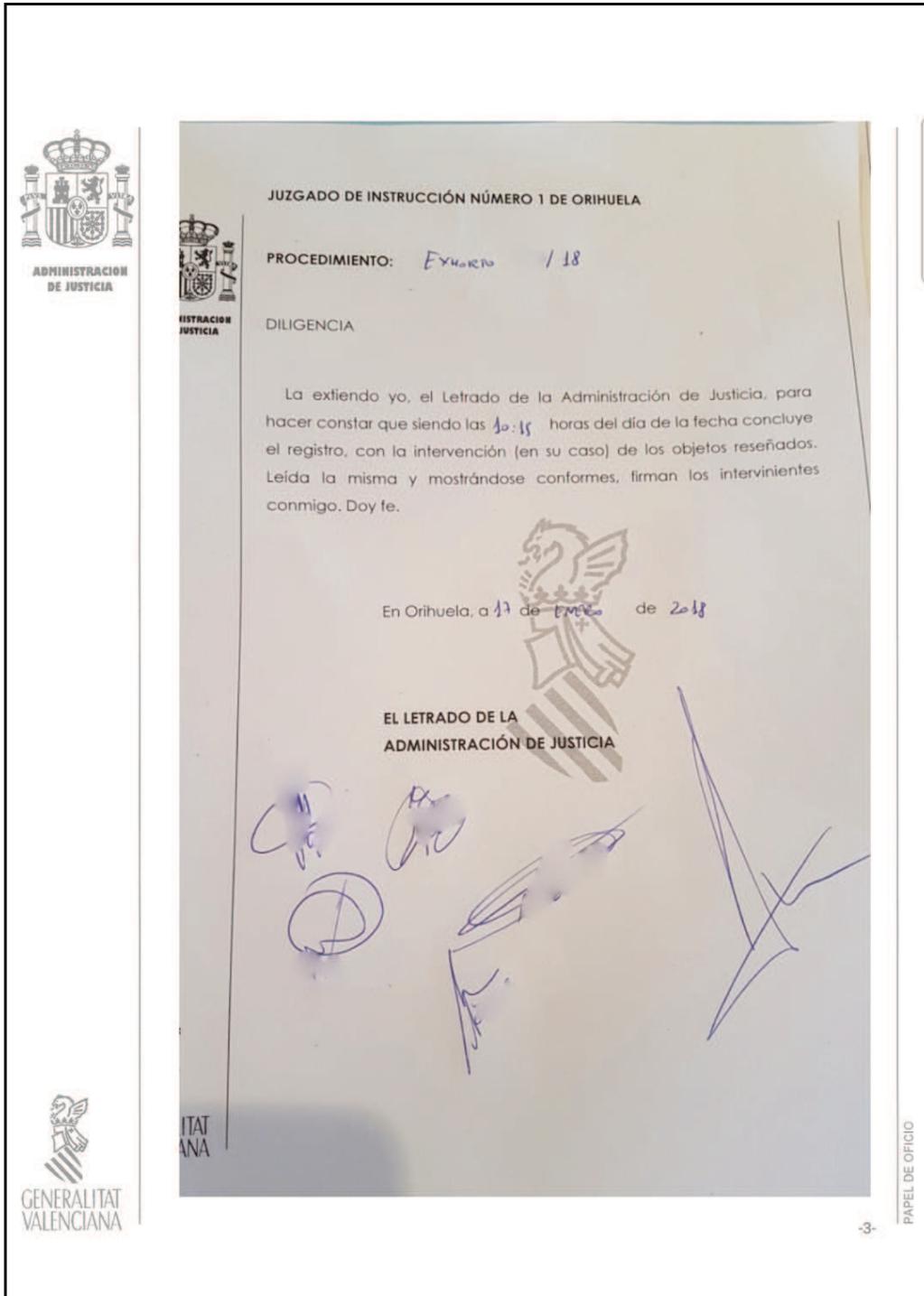
- . 60 gramos de marihuana y balanza de precisión
- . Movil





Siendo las 10.15 horas concluyen las actuaciones de entrada y registro, y precintándose los objetos intervenidos, leída el acta y conformes firman los presentes conmigo en diligencia adjunta. Doy fe.





Obviamente, los datos personales han sido suprimidos para la preservar la intimidad de los afectados.

Como se puede observar, el uso de medios informáticos y dispositivos tecnológicos en los términos expuestos permite un mayor enriquecimiento del contenido del acta, favoreciendo de este modo el propio estado de derecho.

En cuanto a las dificultades propias de este sistema de acta digital, podemos enumerar dos, ambas con soluciones factibles:

La mayor dificultad que origina este modo de proceder es el del tamaño del archivo PDF generado en los supuestos en los que se realizan un gran número de fotografías. A fin de que el tamaño de los mismos sea lo menor posible, se puede optar por una resolución menor en las fotografías del dispositivo a emplear, ya que al tratarse de fotografías directas sobre objetos no impiden una calidad más que sobrada para el objetivo pretendido.

A su vez, como se puede ver en las capturas de pantalla expuestas, la plantilla del documento que genero tiene una marca de agua del papel de oficio propio de la Comunidad Autónoma donde se genera³⁸⁶, y que puede ser suprimido para reducir ese tamaño³⁸⁷.

Una última solución, que nunca he necesitado utilizar hasta la fecha, sería aplicar un fragmentador de ficheros PDF, de tal modo que se originen

³⁸⁶ Recordar a estos efectos que son las Comunidades Autónomas las que tienen la competencia de administración de la Administración de Justicia, en concreto y por lo que se refiere en este punto, a los medios materiales.

³⁸⁷ Precisamente con dicha finalidad, los documentos creados por los sistemas de gestión procesal envían a la bandeja de firma electrónica el mismo sin marca de agua, a fin de reducir su tamaño y, de este modo, los tiempos en generación de la firma, y limitando así los supuestos en los que el sistema puede ralentizarse e incluso colapsar.

tantos ficheros como fuesen necesarios siendo cada uno de ellos de un tamaño máximo que se estipulase³⁸⁸.

El segundo de los límites es el de la batería de los medios tecnológicos a emplear. La solución es bien sencilla, por cuanto existen baterías portátiles externas que permiten seguir usando el móvil en movimiento mientras se usa; y, subsidiariamente, siempre se puede proceder a realizar una pequeña carga con su propio cargador, lo suficiente para continuar el registro. De hecho, esta carga no tiene por qué suspender el registro, por cuanto mientras los agentes actuantes realizan buscan los efectos a intervenir se puede proceder a cargar el dispositivo.

Lo cierto es que, siendo éste un medio que cumple inicialmente mis objetivos, considero que en muchas ocasiones la destreza que requiere el uso de esta aplicación para su relleno de campos, inclusión de incidencias, encuadre de fotografías dentro del acta.... dificulta que sea un sistema que el Ministerio de Justicia y el CGPJ determinen como de obligatorio uso para el letrado de la Administración de Justicia.

Por supuesto, considero que estas actas reúnen la totalidad de requisitos legales para ser válidas, por cuanto su única especificidad respecto a las actas manuales consiste en el medio utilizado para su redacción, el cual no genera más que mayores garantías en su modo de elaboración. Es un hecho que las mismas nunca han sido impugnadas, quedando perfectamente salvaguardadas las garantías procesales de los intervinientes y, más bien en contrario, han sido bien acogidas por aquellos que de un modo u otro han participado de ellas.

³⁸⁸ En la actualidad hay servidores de envío y recepción de correo electrónico que limitan entre los 20 ó 25 megabytes.

En todo caso, este modo de elaboración es una opción personal, evolucionada con el paso de los años y la práctica reiterada de tales actas. A ningún letrado de la Administración de Justicia se le puede exigir tan costosa tarea, y más existiendo posibilidades de crear aplicaciones que nos permitan desarrollar nuestra labor con plenas garantías y de un modo mucho más eficiente.

Y en este punto llegamos a la cuarta fase en la evolución presentada hacia la digitalización del acta: La creación de una aplicación de móvil o tablet para el ejercicio de la fe pública judicial, esencialmente fuera de la sede judicial.

A la hora de crear esta aplicación se debe pensar en dos cuestiones que son de interés esencial:

En primer lugar, la seguridad de la aplicación, analizada esta en una doble vertiente. Tanto en el acceso personal por el letrado de la Administración de Justicia habilitado para ello, con usuario y contraseña correctamente cifrados para que únicamente permitan su acceso; como desde el punto de vista del cumplimiento de la legislación sobre protección de datos sobre el contenido de la misma³⁸⁹.

Y en segundo lugar, la accesibilidad de la aplicación. Una de las finalidades de crear una aplicación para realizar la diligencia de entrada y registro es facilitar la labor que realiza el letrado de la Administración de Justicia, sobretodo en lugares que, por no ir más allá, no tienen

³⁸⁹ En cumplimiento de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal y la LO 15/ 1999 de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

condiciones óptimas de salubridad. Se trata de facilitar, y por tanto la aplicación debe contar con letras grandes, y que su contenido se observe con amplitud y claridad extrema, conteniendo todo lo preciso para la confección de un acta digital, pero sólo lo preciso para dicha elaboración.

Precisamente, a la hora de crear plantillas para el día a día en los sistemas de gestión procesal, lo más dificultoso es cubrir la gran diversidad de supuestos que pueden concurrir y las particularidades propias de cada supuesto. Por ello las plantillas deben de contener únicamente los campos que sean esenciales para determinar la validez del registro, de tal modo considero que el resto de especialidades que pudieran concurrir siempre podrán tener acceso al acta a través de un apartado expresamente creado para reflejar las mismas, el cual he denominado “incidencias”.

Sin adelantar más contenido, paso a continuación a presentar la aplicación para móvil y tablet que he ideado como evolución natural del proceso práctico citado.

He denominado a dicha aplicación “Fe Pública Judicial”, puesto que eso es lo que tiene en común todo lo que se puede hacer con ella, llevar la fe pública judicial fuera de los límites de la sede judicial, e incluso dentro de ella para la práctica de todas aquellas diligencias que puedan requerir la incorporación de imágenes al expediente judicial electrónico. Adelanto así, por tanto, que esta aplicación también será útil para otras diligencias que se practican fuera de la sede judicial, como reconocimientos judiciales, levantamientos de cadáver o las visitas judiciales para la práctica de internamientos (en el ámbito civil), entre otros usos que pudieran darse.



Fe Pública Judicial

USUARIO

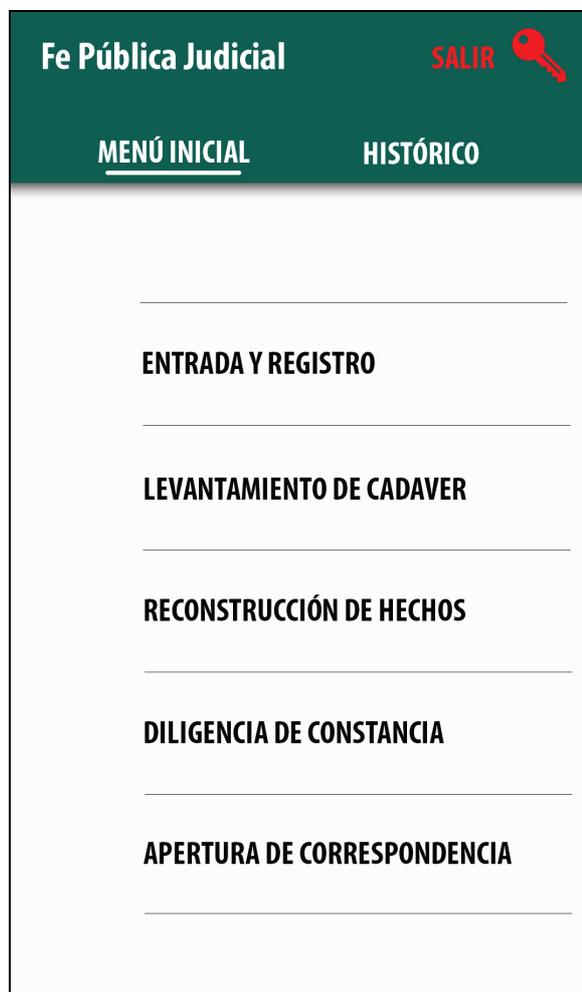
CONTRASEÑA

ENTRAR



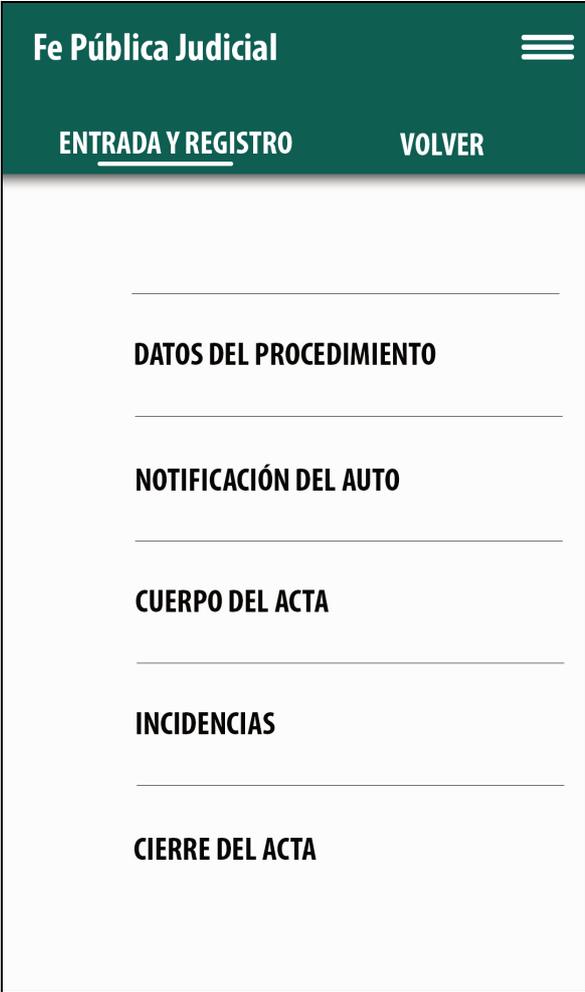
Para acceder a la aplicación “Fe Pública Judicial”, previamente al letrado de la Administración de Justicia se le habrá concedido un nombre de usuario y contraseña único, de tal modo que el mismo será responsable del acceso a los datos contenidos en dicha aplicación, del uso de los mismos, así como de la visualización de los datos en ella incorporados, como para la creación de nuevos datos, su modificación o supresión.

Una vez accedemos a la aplicación mediante la correcta introducción del “usuario” y “contraseña” previamente asignados, entraremos en el menú inicial.



Desde la aplicación podemos elaborar todas aquellas actas que un letrado de la Administración de Justicia lleve a cabo fuera de la sede judicial, o incluso dentro de ella, cuando se requiera dar fe de una imagen que deba ser incorporada al expediente judicial digital. En este menú vemos otras posibles actuaciones, si bien nos centramos en la “ENTRADA Y REGISTRO”, siendo analizados el resto en un momento posterior. Desde “HISTÓRICO” podremos ver las actas preparadas y las ya cerradas.

Desde el icono superior derecho podremos salir de la aplicación de un modo seguro.



The image shows a mobile application interface for 'Fe Pública Judicial'. At the top, there is a dark green header with the title 'Fe Pública Judicial' and a hamburger menu icon. Below the header, there are two buttons: 'ENTRADA Y REGISTRO' (which is underlined) and 'VOLVER'. The main content area is white and contains five menu items, each with a horizontal line above it: 'DATOS DEL PROCEDIMIENTO', 'NOTIFICACIÓN DEL AUTO', 'CUERPO DEL ACTA', 'INCIDENCIAS', and 'CIERRE DEL ACTA'.

Una vez hemos accedido al menú “ENTRADA Y REGISTRO”, nos aparecen las diversas partes de las que se compone un acta de entrada y registro. Con los “DATOS DEL PROCEDIMIENTO” se completará el encabezamiento del acta. Con la “NOTIFICACIÓN DEL AUTO” se completará la diligencia de notificación del auto que autoriza el registro. En el “CUERPO DEL ACTA” reseñaremos las ubicaciones a registrar en su orden, el estado de las cosas y los efectos intervenidos en cada una de ellas. También podremos reseñar “INCIDENCIAS” que hubiesen podido motivar la interrupción o incluso suspensión del registro. Y finalmente, una vez concluido el mismo, podremos proceder al “CIERRE DEL ACTA”.

Fe Pública Judicial	
<u>DATOS DEL PROCEDIMIENTO</u>	VOLVER
	TIPO Y NÚMERO DE PROCEDIMIENTO -
	LAJ Y ÓRGANO ACTUANTE -
	JUEZ, ÓRGANO Y PROCED. DE ORIGEN -
	FUNCIONARIOS INTERVINIENTES -
	DIRECCIÓN DEL REGISTRO -

De especial relevancia es el primero de los apartados, denominado “DATOS DEL PROCEDIMIENTO”, puesto que dentro del mismo obran la totalidad de datos que deben contenerse en toda acta de entrada y registro. Todos ellos aparecerán inicialmente marcados con un aspa, de tal modo que al ir completándose irá sustituyéndose automáticamente la misma por un “V” que señala que el campo ha sido rellenado. La aplicación no permitirá que se cierre el acta si falta por cumplimentar uno de estos campos, ya que todos ellos son esenciales para la validez del acta confeccionada.

Fe Pública Judicial	
<u>DATOS DEL PROCEDIMIENTO</u>	VOLVER
	TIPO Y NÚMERO DE PROCEDIMIENTO EXHORTO 69/2018
	LAJ Y ÓRGANO ACTUANTE ALFONSO TORMO MOLINA JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚMERO 1 DE ORIHUELA
	JUEZ, ÓRGANO Y PROCED. DE ORIGEN FRANCISCO FRANCISCO FRANCISCO JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚMERO X DE ORIHUELA DILIGENCIAS PREVIAS 2459/2018
	FUNCIONARIOS INTERVINIENTES - -
	DIRECCIÓN DEL REGISTRO - - -

La especial peculiaridad de todos estos campos es, como podemos observar, que no se requiere haber llegado al lugar donde se va a proceder a realizar el registro o haber iniciado el mismo para completarlos, porque todos estos datos deben de aparecer en la resolución judicial en la que se acuerda. De este modo, desde el mismo momento que la resolución judicial está en manos del letrado de la Administración de Justicia, el mismo podrá “preparar” el acta mediante la cumplimentación de los datos solicitados.

Fe Pública Judicial	
<u>DATOS DEL PROCEDIMIENTO</u>	VOLVER
	TIPO Y NÚMERO DE PROCEDIMIENTO EXHORTO 69/2018
	LAJ Y ÓRGANO ACTUANTE ALFONSO TORMO MOLINA JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚMERO 1 DE ORIHUELA
	JUEZ, ÓRGANO Y PROCED. DE ORIGEN FRANCISCO FRANCISCO FRANCISCO JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚMERO X DE ORIHUELA DILIGENCIAS PREVIAS 2459/2018
	FUNCIONARIOS INTERVINIENTES POLICÍA JUDICIAL DE ALMORADÍ UDYCO
	DIRECCIÓN DEL REGISTRO CALLE DESCONOCIDA, Nº 3 URBANIZACIÓN DESCONOCIDA ORIHUELA (ALICANTE)

Una vez que todos los datos han sido introducidos, se podrá pulsar sobre “VOLVER” (en la parte superior derecha) para volver al menú principal de “ENTRADA Y REGISTRO”. Si el registro no tiene lugar de modo inmediato, se podrá salir y recuperar dichos datos desde la pestaña “HISTÓRICO” que se pudo ver en el menú inicial.

Al respecto de los “FUNCIONARIOS INTERVINIENTES”, sólo será necesario hacer constar el cuerpo al que pertenecen, ya que su número de identificación se les solicitará que sea manuscrita junto a su rúbrica en la diligencia final donde se hace constar su asistencia al acto.

Fe Pública Judicial

ENTRADA Y REGISTRO **VOLVER**

EXHORTO 69/2018

 **DATOS DEL PROCEDIMIENTO**

NOTIFICACIÓN DEL AUTO

CUERPO DEL ACTA

INCIDENCIAS

CIERRE DEL ACTA

Una vez desplazados al lugar del registro, procederemos a la notificación del auto. Para ello pulsaremos sobre la correspondiente pestaña del menú principal de “ENTRADA Y REGISTRO”.

La notificación del acto no va acompañada de aspa por cuanto no es un elemento esencial del acto. En ocasiones, como hemos podido analizar, el interesado, familiar o morador no está presente en el acto, y por tanto no habrá persona a la que notificar el auto que autorizó el registro. Si se hubiese notificado, pulsamos “NOTIFICACIÓN DEL ACTO” podremos añadir los datos correspondientes.

The screenshot shows a mobile application interface with a dark green header. The header contains the text "Fe Pública Judicial" on the left and a hamburger menu icon on the right. Below the header, there are two tabs: "ENTRADA Y REGISTRO" (underlined) and "VOLVER". The main content area has a red title "PERSONAS A QUIEN SE NOTIFICA EL AUTO". Below this title, there is a list of input fields. The first field is labeled "1" and contains the text "NOMBRE Y APELLIDOS", "DOCUMENTO DE IDENTIFICACIÓN", and "INTERESADO / MORADOR / VECINO / OTRO". Below this field are three more fields, each preceded by a "+" sign, indicating that more people can be added to the list.

Completando los siguientes campos, la aplicación generará un texto de diligencia de notificación del acta a aquellas personas que reseñemos en los mismos. Todas las personas aquí reseñadas podrán serlo en calidad de “interesado”, “morador”, “vecino” u “otro” (en éste último caso se podrá expresar su calidad, por ejemplo, familiar). La rúbrica del notificado tendrá lugar junto a la que corresponde por la diligencia de asistencia.

Añadidos todos los sujetos interesados, pulsando sobre “VOLVER” accedemos al menú de “ENTRADA Y REGISTRO” cuya imagen consta en la página anterior.

Fe Pública Judicial

ENTRADA Y REGISTRO **VOLVER**

EXHORTO 69/2018

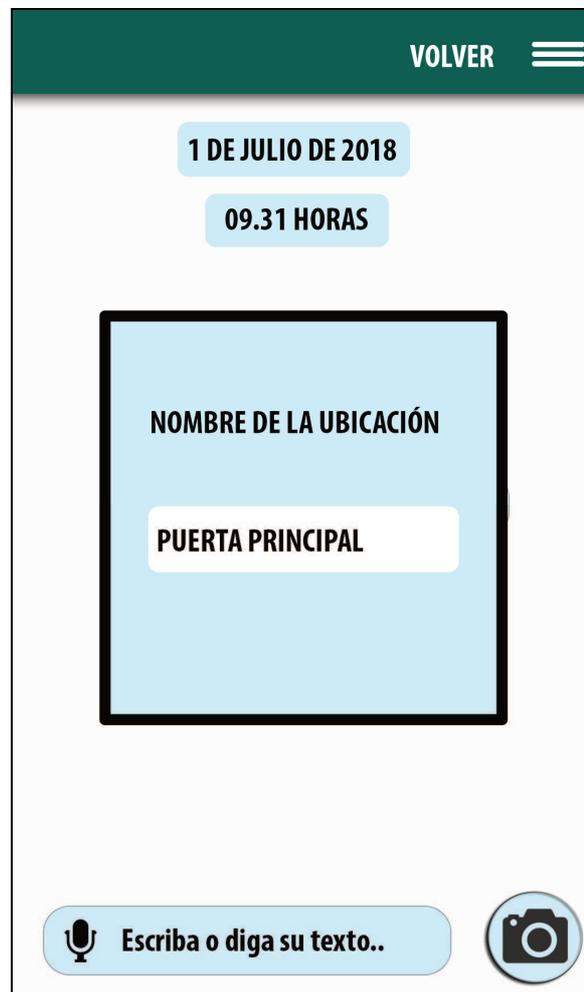
NUEVA UBICACIÓN

INCIDENCIAS

CIERRE DEL ACTA

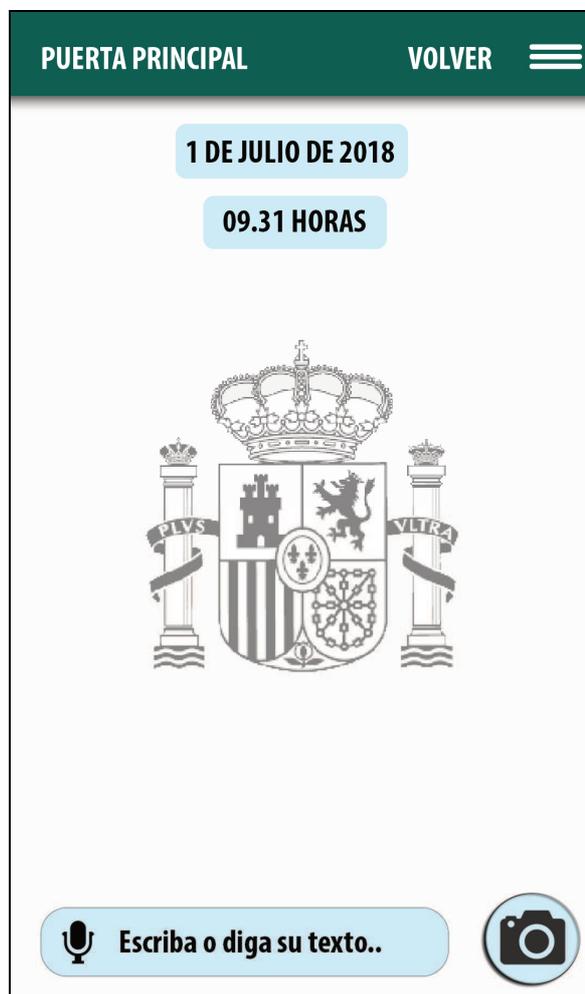
Habiendo anteriormente completado los campos que suponen el encabezamiento y la diligencia de notificación, procedemos a iniciar el registro propiamente dicho pulsando “CUERPO DEL ACTA”.

Dentro del menú del cuerpo del acta cuya imagen antecede, para iniciar el registro pulsaremos sobre “NUEVA UBICACIÓN”. En este menú siempre se podrán hacer constar las “INCIDENCIAS” que surjan de manera general al comenzar el registro o durante el mismo, sin perjuicio de que dichas incidencias también puedan reseñarse dentro de las correspondientes ubicaciones.



Al pulsar sobre la primera ubicación la aplicación nos preguntará el nombre que queremos dar a la misma. A su vez, de modo automático nos grabará la fecha y hora del comienzo del registro.

Una vez completado el campo "NOMBRE DE LA UBICACIÓN" este pasará a la parte superior izquierda y se podrá comenzar a reseñar lo que se considere oportuno por el letrado de la Administración de Justicia.



El funcionamiento de la aplicación trata de ser lo más sencillo posible. Así, a modo de aplicación de mensajería, nos permite escribir un texto, dictar un texto, o bien incorporar una fotografía, usando para ellos imágenes y campos de gran tamaño para facilitar su uso.



En el ejemplo propuesto, se ha descrito como ubicación la “PUERTA PRINCIPAL” y se ha reseñado fotográficamente la misma, haciéndose constar así el número de la calle. A continuación se ha dictado un texto que ha quedado incorporado. Se observa como tanto fotografías como texto llevan incorporado de modo automático la hora en que se incorporan al acta.



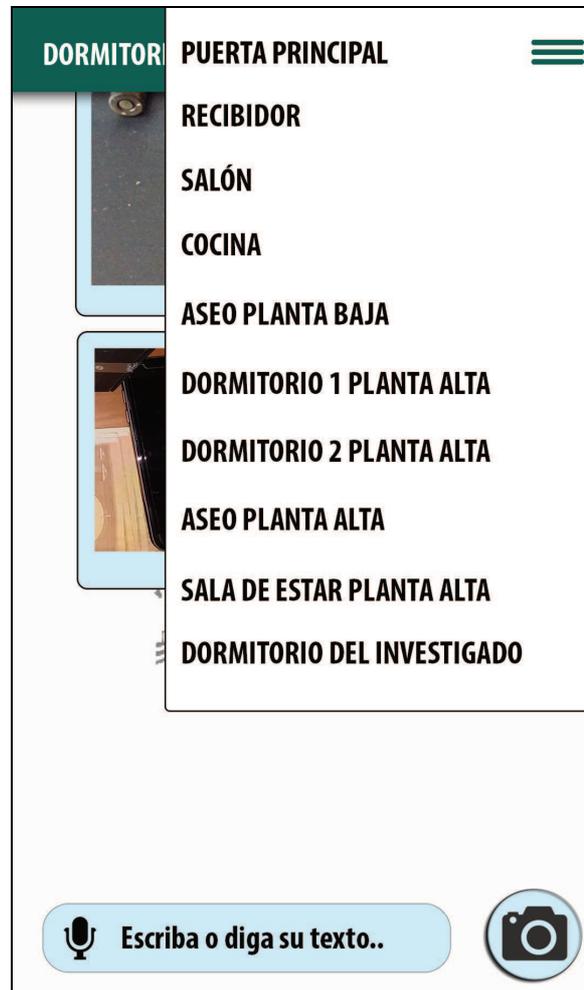
Al pulsar sobre el icono redondo que lleva dibujado una cámara fotográfica, podemos hacer una fotografía. Tras disparar la fotografía aparece el menú que consta en esta imagen. Este menú nos permite incorporar la fotografía y volver al acta, incorporar la foto y volver a fotografiar el mismo objeto (en un nuevo ángulo, recogiendo su número de serie, su parte trasera...) o pasar a fotografiar un nuevo objeto.

Si la fotografía no se considera apta para incorporarla al acta se puede optar por eliminarla y volver al acta o bien, por supuesto, repetirla a fin de obtener el resultado deseado.



En el ejemplo propuesto, hemos abierto la ubicación “DORMITORIO DEL INVESTIGADO” y se ha reseñado fotográficamente a las 11.06 horas la munición hallada.

A continuación, se ha reseñado un móvil junto con su número de IMEI que lo identifica. Como hemos observado, la aplicación permite hacer varias fotografías sobre el mismo objeto y las agrupa, de tal modo que no exista dudas sobre si son dos objetos parecidos los que se reseñan o es el mismo objeto desde diversas perspectivas.



En la parte superior izquierda observamos la existencia de tres rayas horizontales. Se trata de un “atajo”. Al pulsar sobre las mismas se despliega un listado con la totalidad de ubicaciones registradas. Si bien, en principio, cerrada una ubicación no suele volverse atrás, en la práctica sí se dan situaciones que dan lugar a ello. De este modo, y concurriendo incidencia, así se podrá hacer constar mediante texto, que determinará la hora en que se para con el registro de una ubicación, continuándose en otra, así como la hora en que se retoma en aquella.

The image shows a mobile application interface for 'Fe Pública Judicial'. The top bar is dark green with the title 'Fe Pública Judicial' and a hamburger menu icon. Below the bar, there are two buttons: 'ENTRADA Y REGISTRO' (underlined) and 'VOLVER'. The main content area is white and contains a list of options, each with a horizontal line below it: 'EXHORTO 69/2018' (in red), 'PUERTA PRINCIPAL', 'NUEVA UBICACIÓN', 'INCIDENCIAS', and 'CIERRE DEL ACTA' (in red). To the right of the 'NUEVA UBICACIÓN' option, there is a vertical scroll indicator consisting of a black circle and two black arrows pointing up and down.

Si se concluye el registro sobre la ubicación referida, se pulsará en la parte superior “VOLVER” para regresar así al menú que nos permite crear nuevas ubicaciones o, en su caso, registrar incidencias o cerrar el acta.

En caso de que halla un amplio listado de ubicaciones, el listado deslizará hacia arriba o hacia abajo con el deslizamiento del dedo sobre la pantalla.

CIERRE DEL ACTA **VOLVER** 

**COMPLETE UNA DILIGENCIA DE CIERRE
DE ACTA INCLUYENDO**

- TIPO Y NÚMERO DE PROCEDIMIENTO
- HORA DE CIERRE DEL ACTA
- FIRMAS DE LOS INTERVINIENTES

Y ADJÚNTELA AQUÍ COMO FOTOGRAFÍA



CERRAR ACTA Y ENVIAR 

Una vez concluido el registro, el contenido de la misma puede ser leído y revisado desde la propia aplicación. Mostrándose conformes los asistentes, se procederá a elaborar una diligencia con las características que ya fueron expuestas anteriormente, que contendrá las rúbricas de los mismos y que será incorporada al acta digital en unidad de acto.

CIERRE DEL ACTA **VOLVER** 

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚMERO 1 DE ORIHUELA

PROCEDIMIENTO: Excmo. 112

DILIGENCIA

La extiendo yo, el Letrado de la Administración de Justicia, para hacer constar que siendo las 10:55 horas del día de la fecha concluye el registro, con la intervención (en su caso) de los objetos reseñados. Leída la misma y mostrándose conformes, firman los intervinientes conmigo. Doy fe.

En Orihuela, a de de

EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA



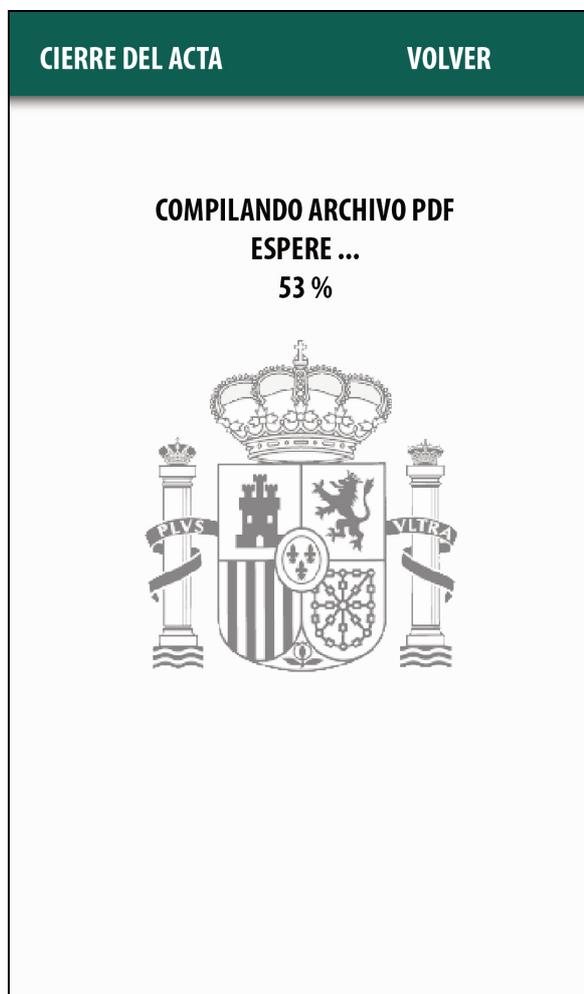



10.55 horas

CERRAR ACTA Y ENVIAR 

Unida el acta con las rúbricas de los asistentes mediante fotografía de la misma, obtendremos automáticamente la hora de cierre del acta por el sistema (del mismo modo que el sistema nos daba automáticamente la hora de inicio).

Como indiqué anteriormente, las rúbricas de los funcionarios de las fuerzas actuantes van acompañadas de su número de identificación. La misma ha sido borrada digitalmente para su exposición en esta obra por protección de datos.



Llegado este punto ya sólo no se queda cerrar el acta. Al hacerlo el acta del registro se compila en un fichero PDF. También podría generarse un fichero ZIP o RAR que contenga la totalidad de los datos redactados y las fotografías en la máxima calidad realizada, separando en diversas carpetas las fotografías de las diversas ubicaciones, y teniendo por nombre cada una de las fotografías el de la hora y fecha en que se hicieron.

Al igual que los videos del sistema ARCONTE, estas actas podrían ir a una nube virtual que posteriormente fuera firmada digitalmente en sede judicial.

CIERRE DEL ACTA **VOLVER** 

**SI DESEA QUE ESTE ACTA SEA REMITIDA
POR EMAIL, INDIQUE A CONTINUACIÓN
LAS DIRECCIONES**

ENVIO A DESTINATARIOS

SALIR SIN ENVIAR POR EMAIL

No obstante, no considero que sea ese el mejor camino para su firma digital, ya que requiere de la creación de esa “nube” inexistente en la actualidad. Pero ello no impide que se pueda firmar digitalmente: Y es que otra de las ventajas del acta digital es que se puede remitir inmediatamente por correo electrónico a las fuerzas actuantes, para que completen así el atestado instruido. Se puede enviar al interesado, al abogado del mismo... y al órgano propio y, en su caso, al exhortante de modo inmediato. Tras la remisión al órgano propio vía email, el documento PDF puede incorporarse al Sistema de gestión procesal por los funcionarios de la oficina judicial y remitirse para su firma digital.

Fe Pública Judicial	
MENÚ INICIAL	<u>HISTÓRICO</u>
	ENTRADA Y REGISTRO
02.07.2018	EXHORTO 64/2018 +
	LEVANTAMIENTO DE CADAVER
24.06.2018	DILIGENCIAS PREVIAS 2433/2018 parricidio
	DILIGENCIA DE CONSTANCIA
20.06.2018	DILIGENCIAS PREVIAS 2346/2018 whatsapp perjudicado violencia dom.
	ENTRADA Y REGISTRO
28.05.2018	DILIGENCIAS PREVIAS 2222/2018 Eusebio - blanqueo de capitales
	ENTRADA Y REGISTRO
28.05.2018	DILIGENCIAS PREVIAS 2222/18 Roberto - blanqueo de capitales

La remisión por correo electrónico contendrá en su cuerpo las advertencias propias de conformidad a la Ley de protección de datos anteriormente citada, limitando el uso y difusión de la documentación contenida a los fines propios de la Administración de Justicia.

El acta podrá ser consultada desde la opción “HISTÓRICO” del “MENÚ PRINCIPAL”, pudiendo añadirse un comentario para facilitar su búsqueda en un momento posterior.

Como ya indiqué, si el acta no ha sido cerrada o tan sólo ha sido “preparada” antes de iniciar el registro, podrá accederse a la misma y continuar la misma recuperando los datos en ella contenidos desde el menú correspondiente a la imagen que antecede.

Si el acta ya se hubiese cerrado, se podría desde aquí volver a remitir por correo electrónico. Además, en tal caso se podría modificar, bajo la responsabilidad del letrado de la Administración de Justicia, si bien no se borraría el fichero inicial, generándose otro nuevo con el mismo contenido, que podría ser modificado. En cualquier caso, en “INCIDENCIAS” se podría hacer constar la causa y contenido de la modificación.

Se podría plantear la posibilidad de que desde este menú “HISTÓRICO” pudiesen suprimirse registros ya cerrados, enviados e incorporados al Sistema de gestión procesal, sobretodo a fin de no ocupar más capacidad de la que el dispositivo pudiera tener (Quedando siempre a salvo la citada posibilidad de elevar todos esos ficheros a una “nube” que guarde la totalidad de actas de registros, del mismo modo que el sistema ARCONTE guarda la totalidad de videos de actos grabados en sala).

No obstante, no debe de preocupar excesivamente el uso de este menú “HISTÓRICO” en cuanto a la posible modificación del acta, por cuanto el letrado de la Administración de Justicia realmente da fe pública judicial del acta aquí elaborada, remitida al órgano y posteriormente firmada digitalmente, incorporándose así al sistema de gestión procesal.

Los inconvenientes que podría tener esta aplicación son, a su vez, mucho menores aún que la del acta digital a través de procesador de texto antes expuesta:

En caso de que el documento PDF fuese excesivamente grande, la propia aplicación podría proceder a su división en tantas partes como necesitara para que fuese factible su posterior envío por correo electrónico.

En cuanto a la duración de la batería del dispositivo, la solución sería idéntica (batería externa de carga o, subsidiariamente, el propio cargador del dispositivo, sin necesidad de suspender el registro mientras el mismo se carga lo suficiente).

Y finalmente, en cuanto al límite propio de toda plantilla o aplicación al que hemos hecho referencia, como podemos observar existe un registro de "INCIDENCIAS" en el que se puede reflejar lo que se quiera hacer constar que salga de lo contenido en la aplicación. Pero, a mayor abundamiento, incluso dentro de la habitación o ubicación en la que nos hallemos, a modo de texto (escrito o dictado) es posible reseñar cualquier incidencia, apareciendo posteriormente en el acta (que determinará incluso automáticamente la hora en la que surgió la incidencia reflejada).

El resultado final es similar al ya expuesto anteriormente en la elaboración del acta realizada con procesador de textos de móviles o tabletas, ya que cada uno de los campos rellenados en la aplicación pasa automáticamente a su correspondiente espacio reservado para ello en el documento de texto mediante un sistema de marcas, conformando el acta del registro realizado.

3. Otros usos del acta digital

Como anteriormente adelantamos, el acta digital puede tener otros usos, expuestos en el menú principal de la aplicación mostrada, y que a continuación desarrollo.

En primer lugar analizaremos la posibilidad de incorporar imágenes por medios de diligencias de constancia.

Es usual que perjudicados, o incluso investigados, pretendan como prueba que mensajes de whatsapp consten en el procedimiento a efectos de prueba. Así lo hacen ver en su declaración y mediante la fe pública judicial del letrado de la Administración de Justicia, éstos pueden quedar incorporados.

Los citados mensajes pueden ser aportados transcritos por la parte, correspondiendo al letrado de la Administración de Justicia su adveración con el dispositivo original. No obstante, no es lo frecuente. Quien en su declaración manifiesta tener tales mensajes, los enseña en ese momento y lo cierto es que mediante el uso de dispositivos electrónicos en mano del letrado de la Administración de Justicia, éstos pueden incorporarse al procedimiento. Los mensajes incorporados constituirán fuente de prueba cuando no sean impugnados, cuando sean confrontados directamente desde el dispositivo original o bien, subsidiariamente, mediante pericial³⁹⁰.

³⁹⁰ El letrado de la Administración de Justicia da fe pública judicial sobre su correspondencia con lo aportado, no obstante, el mismo pudo ser manipulado.

Sobre la definición de estas nuevas fuentes probatorias, vid. FUENTES SORIANO, O., "El valor probatorio de los correos electrónicos", *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, ed. Tirant lo Blanch, 2017, p. 187, las conceptúa como pertenecientes "a una realidad virtual, que están en las ondas, que no se sabe con certeza cómo han llegado hasta

Para entender su uso, lo mejor un ejemplo práctico: Se intercepta un paquete postal que contiene droga. La persona que va a recoger ese paquete postal es la principal investigada, junto con el remitente del mismo. No obstante, en declaración judicial, el investigado manifiesta que no es el real destinatario del mismo, sino mero intermediario. Para acreditarlo permite que se acceda voluntariamente a su aplicación de móvil (whatsapp), donde aparece conversación con el que dice ser el destinatario real del paquete postal interceptado.

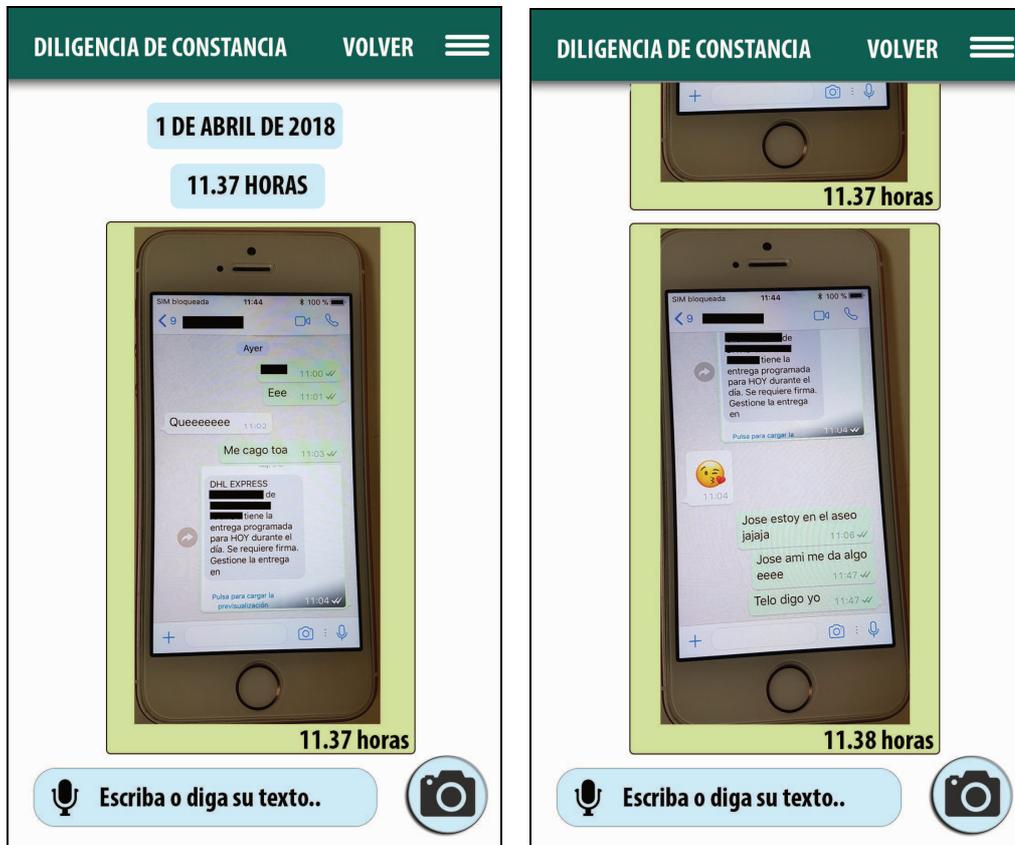
El letrado de la Administración de Justicia da fe del contenido de los mensajes de la aplicación de móvil. ¿Cabe pensar en una mejor forma de incorporar al proceso dicho contenido que mediante una fotografía directa de lo contenido en su móvil?

allí, de dónde proceden, si son totalmente creíbles o si están total o parcialmente manipuladas; fuentes, en suma, con un alcance probatorio a priori cuestionable o limitado".

Sobre su valor probatorio, vid. FUENTES SORIANO, O., "Medios de investigación tecnológica y problemas probatorios. Comunicaciones telemáticas: práctica y valoración de la prueba", *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, ed. Tirant lo Blanch, 2017, que expone la posibilidad de que la parte interesada aporte de este modo al proceso la copia (fotocopia o impresión) de un correo electrónico o una conversación de internet o la mera captura de pantalla sin tener que dar, a priori, muestras de la autenticidad y originalidad del documento. En caso de no ser impugnado se entenderá válido. Será cuando la otra parte lo impugne cuando deba acreditar su autenticidad la parte que lo presenta, si bien en virtud del principio de libre valoración de la prueba, podría acreditarse lo que dicho medio recoge bien pericialmente o bien mediante cualquier otra prueba que lleve al juez al convencimiento de lo contenido en ella.

DELGADO MARTÍN, J., "La prueba del whatsapp", *Diario La Ley*, nº 8605, Sección Tribuna, 15 de septiembre de 2015, ref. D-331, ed. La Ley (LA LEY 5350/2015), destaca la dificultad que supone el hecho de que su contenido no quede alojado en servidores externos, a fin de poder ser rescatado judicialmente, por lo que el terminal es necesario para acreditar su autenticidad.

Así pues, el cotejo directo por el letrado de la Administración de Justicia sobre el terminal y aplicación original podrá ser valorado en su medida por el Tribunal, más allá que una mera fotocopia o impresión del texto aportado por la parte.



Por supuesto, a dichas fotografías, incorporadas por diligencia de constancia al procedimiento, se añade otra más que incluye los datos de contacto del interlocutor de dicho mensaje.

Como cabe entender, este sistema también ha sido empleado para dejar constancia gráfica de objetos, ropas, tatuajes o lesiones que constaban en los atestados y sobre cuya identificación se considera por el juez que instruye la causa relevantes para la misma.

A modo ejemplificativo, el supuesto en el que un investigado había sido reconocido por los tatuajes de los brazos en cámara de seguridad, y en su declaración en calidad de investigado se hizo acta de constancia gráfica de los mismos, siendo incorporado al procedimiento y

ulteriormente, teniendo su reflejo en la indubitada identificación del investigado en la sentencia condenatoria.

Similar circunstancia se produjo al llegar atestado en el que un testigo describía la ropa que llevaba la investigada en el momento de comisión de los hechos. Ante tal circunstancia, y habiendo sido detenida poco tiempo después de haber sido vista por el testigo, la misma llevaba la misma ropa puesta y en declaración en sede judicial se hizo reseña fotográfica (y, lógicamente, en color) de la prenda que portaba.

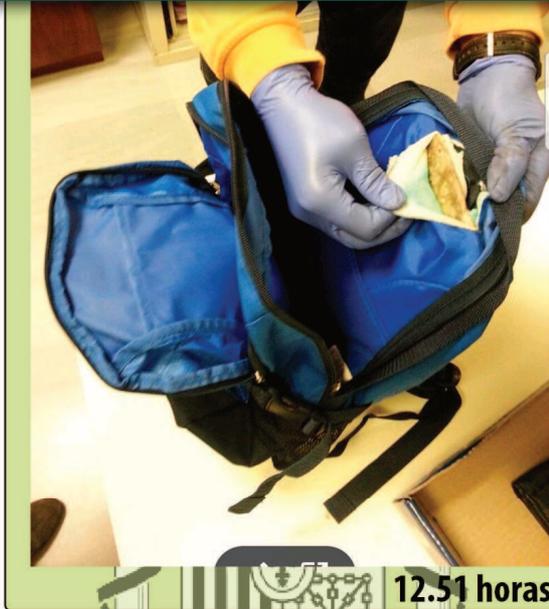
En conclusión, del mismo modo que redactamos un acta de entrada y registro, la aplicación puede contener las plantillas necesarias para la redacción de un acta de levantamiento de cadáver, una reconstrucción de hechos, una inspección ocular, una apertura de correspondencia y una diligencia de constancia, entre otras actuaciones.

Con carácter meramente ejemplificativo, expongo a continuación una diligencia de apertura de paquete postal, en el cual las imágenes se acompañan del texto del que se desea dejar constancia en el procedimiento, registrándose automáticamente a su vez el periodo temporal en que la misma se lleva a cabo.

He determinado no poner otros ejemplos gráficos reales del resto de diligencias citadas, al tratarse de material sensible, incluso con la supresión de los datos identificativos del supuesto concreto. A pesar de ello, considero queda de este modo expuesta la amplia utilidad de la aplicación presentada.

APERTURA PAQUETE POSTAL

VOLVER



Tras hacer un corte en la zona de la espalda de la mochila se halla una sustancia marrón solidificada. Se procede a su extracción para prueba de drogas. 12.52 horas



Escriba o diga su texto..



4. La era digital, una realidad necesaria

El art. 230 de la LOPJ dispone en su párrafo 1º que “los Juzgados y Tribunales y las Fiscalías están obligados a utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, puestos a su disposición para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establecen el Capítulo I bis de este Título, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y las demás leyes que resulten de aplicación”, añadiendo en su párrafo 2º que “los documentos emitidos por los medios anteriores, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales”.

Finalmente el párrafo 6º del citado artículo concluye que “los programas y aplicaciones informáticos que se utilicen en la Administración de Justicia deberán ser previamente informados por el Consejo General del Poder Judicial. Los sistemas informáticos que se utilicen en la Administración de Justicia deberán ser compatibles entre sí para facilitar su comunicación e integración, en los términos que determine el Comité Técnico Estatal de la Administración de Justicia Electrónica”³⁹¹.

BAÑON GONZALEZ es el espejo en el que reflejarme. De modo previo a su regulación legal, pero con un procedimiento que otorgaba

³⁹¹ Art. 230 de la LOPJ, redactado por el apartado treinta y dos del artículo único de la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

plenas garantías, seguridad y publicidad, “desde el mes de marzo de 2006, comienza a celebrar subastas en las que se permite la participación de postores a través de Internet, a través de un servicio de edición y publicación de weblogs de prestigio mundial en la dirección <http://www.blogger.com>”. A partir del 26 de noviembre de 2008, los blogs fueron sustituidos por el Portal oficial de Subastas Judiciales del Ministerio de Justicia³⁹², y su cobertura legal fue aún posterior por el art. 649.2 de la Ley de enjuiciamiento civil, en la redacción dada por la Ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial³⁹³.

Destaca VALERO CANALES que “el derecho a la tutela judicial efectiva que late en el propio concepto del proceso judicial, debe permitir articular un conjunto ordenado, sistemático y completo de normas que permita a los ciudadanos y a los profesionales e intervinientes en el proceso ejercitar sus derechos con total garantía jurídica, con indiferencia del soporte que le sirvan de base.

³⁹² BAÑÓN GONZALEZ, J.L. “Las subastas electrónicas”, *Scire: Representación y Organización del Conocimiento*, vol 18, n.1, Ed. Universidad de Zaragoza, 2012. Este servicio hacía posible que el secretario judicial creara weblogs específicos para cada subasta, permitiendo que sólo él y aquellos usuarios que él admitiera pudieran participar, insertando sus propias pujas y comentarios. Inicialmente estas subastas se celebraban a través de la creación para cada una de unos blogs específicos que servían para facilitar toda la información posible y permitir la participación de postores a través de Internet, permitiendo acceder a su contenido y al desarrollo en vivo de su celebración.

³⁹³ en la redacción dada por la Ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, que establecía que “de existir medios técnicos y con el objeto de lograr la mejor realización, en el acto de la subasta podrán realizarse pujas electrónicas bajo la dirección del secretario judicial”. Ulteriormente fue modificado por el apartado sesenta y seis del artículo único de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que le dio una nueva redacción al art. 648 y 649, denominando al primero de ellos “subasta electrónica”.

Ello obliga a afrontar una adecuación y sintonía entre los medios tecnológicos disponibles a la hora de configurar el expediente judicial electrónico, y los medios normativos que sirven de soporte legal a los mismos. Es una realidad que preceptos legales existentes no pueden ser llevados a efecto por la inexistencia de herramientas informáticas adecuadas”³⁹⁴.

Iniciando por fin la Administración de Justicia el expediente judicial electrónico, aún es más marcada la necesidad de una herramienta que permita al letrado de la Administración de Justicia elaborar un acta digitalizada, teniendo en cuenta, como hemos analizado, que la regulación legal existente ya lo ampara.

El acta digitalizada que actualmente redacto es plenamente válida, pues es redactada con un procesador de textos (al igual que los que la Administración de Justicia nos instala en nuestros Pc’s de sobremesa), convertida a fichero pdf y firmada electrónicamente en sede judicial para su unión como auténtico al expediente judicial electrónico, conteniendo la totalidad de requisitos legales que para un acta son exigidos. Pero dicha elaboración es dificultosa al requerir de específica destreza en el uso del procesador de textos de móvil, modificación de campos, encuadres e incorporación de las fotografías al acta... a fin de que su presentación concluya del modo que ha sido expuesta.

Consciente de ello, y a través de la presente publicación, pretendo hacer llegar al CGPJ la necesidad que tenemos los letrados de la Administración de Justicia de que la tecnología llegue más allá de las

³⁹⁴ VALERO CANALES, A.L., “El proceso judicial electrónico. Requisitos para su formación. Comunicaciones y plazos”, *Práctica de Tribunales*, nº 131, marzo-abril 2018, Ed. Wolters Kluwer (LA LEY 2175/2018).

fronteras de la sede judicial en el pleno ejercicio de la fe pública judicial. Porque a diario en toda España se realizan multitud de actuaciones que son MANUSCRITAS ante la falta de medios para elaborarlas DIGITALIZADAS, y nunca un texto redactado puede ser más fiel que una imagen.

En juego en ello se encuentran afectados el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio, el derecho fundamental del investigado a un proceso con todas las garantías y el uso de los medios de reproducción de imagen que la actualidad nos permite.

La aplicación para móvil o tablet que aquí presento sí considero que requiere de su homologación por el CGPJ para ser empleada, y así la haré llegar partiendo del depósito y publicación de esta tesis, con el claro objetivo de que la misma pueda ser una realidad, por cuanto además considero que es una necesidad en el ejercicio por el letrado de la Administración de Justicia de la fe pública judicial.

CONCLUSIONES

I

La normativa que actualmente regula la diligencia de entrada y registro domiciliario es anacrónica en muchos puntos y, por ello, deficiente. Ante tal circunstancia, las lagunas existentes han sido suplidas por la doctrina jurisprudencial sentada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo que, sin embargo, al no ser uniforme en algunos puntos, no cumple con el objetivo de dotar de certidumbre a los operadores jurídicos en una materia tan sensible como la que nos ocupa.

II

En todo caso, siendo necesario que se dicte una resolución judicial en forma de auto para que quede autorizada la entrada y registro de un domicilio, cobra máxima relevancia la determinación de la competencia para dictarlo, así como su contenido. La regulación legal no es absolutamente clara y completa. No obstante, de la misma podemos concluir que sólo el juez que conoce de la causa tendrá competencia para dictar dicho auto y, sólo si la causa no se encuentra aún judicializada, será competente un juez de instrucción distinto como diligencias a prevención.

Con todo, existiendo ya un juez competente para, en su caso, acordarla, si concurren razones de urgencia que así lo aconsejen, podrá ordenarla, con carácter excepcional, el juez que se encuentre de guardia. Dicha urgencia debe estar suficientemente acreditada, ya que, de lo contrario, al no haber autorizado la diligencia el competente para ello, se incurriría en causa de nulidad.

A pesar de dicha afirmación, del estudio de la jurisprudencia acogida tanto por nuestro Tribunal Constitucional como por la Sala Segunda del Tribunal Supremo se deduce que lo relevante, a efectos de no incurrir en nulidad en virtud del principio al juez ordinario predeterminado por Ley, es que el juez que dice el auto esté revestido de jurisdicción para ello, sin que, en ningún caso, el mero incumplimiento de las normas de reparto puede conllevar la nulidad del acto.

En este punto creo pertinente hacer notar que lo expuesto anteriormente conlleva dar validez a una posible práctica que se me antoja intolerable: la de que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado puedan esperar a que se encuentre de guardia el juez que tenga un criterio menos restrictivo en esta materia, incluso cuando anteriormente se hubiese denegado la diligencia por otro juez, del mismo o distinto partido judicial.

III

Por otra parte, el juez que acuerde el registro debe tener en cuenta que el auto ha de cumplir los requisitos jurisprudencialmente detallados (ya que no existe texto legal que los disponga), no siendo válida una mera remisión genérica al oficio policial en un “auto modelo” que no contenga fundamento relativo al asunto concreto que se instruye.

Constituyen elementos esenciales del auto que autoriza el registro su concreción y motivación. No obstante, en este momento procesal la investigación es incipiente, por lo que, aunque no estén perfectamente identificados los sujetos que pueden ver limitado su derecho a la

inviolabilidad domiciliaria, podrá procederse a la entrada en la vivienda y a su registro, llevándose a cabo su identificación durante la práctica de la diligencia o, en su caso, a su finalización.

Además, la medida ha de ser proporcional, considerando que lo es si es idónea para la obtención del fin perseguido. Debe concebirse como necesaria para la protección de los derechos y libertades de los demás, y del interés público, teniendo carácter subsidiario, por lo que no procede adoptarla si puede conseguirse el mismo objetivo con otra menos invasiva de los derechos fundamentales. Como es lógico, dicha proporcionalidad debe ponerse en relación con la gravedad del delito a investigar y con la concurrencia de otros legítimos intereses que tendrán que ponderarse en cada caso concreto.

IV

No existe una doctrina jurisprudencial unánime sobre la relevancia jurídica que tiene el que no se haga constar en el auto que autoriza la diligencia el intervalo de tiempo en que ha de realizarse el registro. Ello es especialmente grave cuando no se menciona desde qué hora puede iniciarse y se refiere únicamente a que ha de tener lugar en horas diurnas, o cuando no habilita para su realización para horas nocturnas, debiendo suspenderse previo aseguramiento, para continuar al día siguiente.

No existe un único criterio jurisprudencial sobre qué debe entenderse por horas diurnas y nocturnas, con las correspondientes consecuencias jurídicas que dicha imprecisión comporta, lo que añade mayor incertidumbre. Corresponde al legislador poner fin a este

problema, y así pareció asumirse en el último borrador de anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal conocido, que finalmente no fue discutido por las Cortes Generales.

Constando la hora de inicio en el auto habilitante, considero que éste es un elemento tan relevante como cualquiera de los ya expuestos, por cuanto el auto permitirá la entrada y registro a partir de una fecha y hora concreta de inicio, sin que pueda practicarse, por tanto, en fecha y hora anterior a las señaladas en la mentada decisión judicial.

No se establece nunca la fecha de finalización, por cuanto la misma siempre será indeterminada en función de las circunstancias del registro, pero sí se prevé que el auto pueda acordar su extensión durante horas nocturnas, siempre y cuando se justifique su necesidad. En tal caso, habrá que tener en cuenta que la duración del registro podría justificar incluso su suspensión, con el correspondiente aseguramiento del lugar a registrar para su continuación en momento posterior. La finalidad de dicha posibilidad no es otra que la de garantizar que el registro pueda realizarse con las mayores garantías, evitando en lo posible el agotamiento del interesado que se halle presente (como así se fija expresamente en los interrogatorios de larga duración). No obstante, considero que la ley debería fijar de forma precisa qué se entiende por horas nocturnas.

V

El auto que autorice la entrada y registro domiciliario también debe detallar, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, quiénes son los funcionarios encargados de practicar esta diligencia, ya

que actúan por delegación del juez. No obstante, en la misma línea que la jurisprudencial, considero que es suficiente con que tal delegación se haga genéricamente al cuerpo actuante, sin que sea necesario identificar a los concretos funcionarios que llevarán a cabo dichas operaciones, toda vez que, en muchas ocasiones, por razones de urgencia y de organización del trabajo, no será posible su identificación previa para su inclusión en el auto autorizante.

Tal identificación cobra su mayor relevancia en la redacción del acta, por cuanto pudieran ser llamados a juicio como testigos de lo allí actuado.

Por otro lado, dicha resolución podrá contener que la misma sirva de mandamiento a los integrantes del Cuerpo actuante para la práctica de la entrada y registro domiciliario, evitando de este modo tener que dictar mandamiento aparte para su ejecución.

VI

Otro requisito esencial del auto que acuerda la práctica de esta diligencia es que esté firmado por juez competente para poder ordenarla. No obstante, una reciente corriente jurisprudencial, la cual personalmente considero acertada, determina que de los actos posteriores acreditados, como pueden constituir la firma por el juez en el mandamiento a las fuerzas actuantes para su realización, así como la notificación del auto por el letrado de la Administración de Justicia o la mención en el acta al juez que lo acordó en ejercicio de la fe pública judicial, subsanan el defecto inicial.

La ausencia de firma del letrado de la Administración de Justicia, ya sea en el auto habilitante o en el acta redactada, constituye una mera irregularidad formal, que no determina en modo alguno la nulidad de lo actuado, al no determinar una vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio.

VII

La jurisprudencia ha admitido la posibilidad de que, el juez que haya autorizado la diligencia, pueda ampliar su resolución, incluso oralmente y durante la realización del registro, en los casos en que se encuentren lo que se denomina “hallazgos casuales”, haciéndose constar tal extremo en el acta por el letrado de la Administración de Justicia. Todo ello sin perjuicio de que, en su caso, dicha ampliación del auto inicial deba quedar documentada por escrito en un momento posterior.

VIII

Por lo que respecta a la presencia física del juez en la diligencia de entrada y registro, ésta no es legalmente exigible por cuanto puede delegar la misma en los funcionarios actuantes y la finalidad del registro es la mera obtención e intervención de efectos probatorios, actividad que es meramente objetiva y de cuyo contenido quedará reflejo en el acta del letrado de la Administración de Justicia. Considero acertado en este punto la disposición legal por cuanto la diligencia de entrada y registro no

conculca el principio de inmediación, que sí se verá afectado en la posterior declaración del investigado en sede judicial.

IX

En cuanto a la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en las diligencias de entrada y registro autorizadas judicialmente cobra su importancia la distinción jurisprudencial entre los conceptos de entrada domiciliaria y de registro domiciliario.

Se permite la entrada domiciliaria y aseguramiento a los miembros de tales cuerpos, con la finalidad tanto de garantía para la comisión judicial y para el resto de intervinientes que participarán del registro, como para evitar que los interesados puedan deshacerse de la prueba existente en el domicilio. Una vez practicada la entrada y aseguramiento, se procederá al registro domiciliario, en presencia del fedatario público judicial.

Por otra parte, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado podrán por sí mismas, y de conformidad con su propia regulación, realizar los registros en vehículos, garajes, trasteros y anejos, así como naves industriales, toda vez que los mismos no son constitutivos de morada.

X

Las Fuerzas actuantes recabarán del registro la prueba necesaria para completar el atestado judicial, y su pericia cobra especial sentido en

los delitos cometidos a través de medios informáticos, especialmente los relativos a pornografía infantil, delitos contables o relativos al blanqueo de capitales. Si bien se podrá realizar en el propio domicilio un examen previo y superficial de los equipos informáticos en búsqueda de la información investigada, la actuación debe llevarse a cabo de modo que no cause perjuicio mayor a los moradores, procediéndose a la intervención de los equipos indispensables para la investigación, de los cuales se podrá solicitar su posterior clonado y análisis tanto por peritos judiciales, como de parte, si así se solicitase.

Para los supuestos en que deba realizarse el clonado de discos duros, equipos informáticos o telemáticos, no será necesaria la presencia del letrado de la Administración de Justicia en tal actuación, ya que la línea jurisprudencial actual considera que su presencia no aporta nada a dicho acto, toda vez que no tiene por qué tener conocimientos técnicos e informáticos sobre dicho proceso y por cuanto la duración de los mismos podría suponer, de exigirse su presencia, que el Letrado de la Administración pasase horas sin poder moverse de lugar donde el mismo se esté realizando sin aportar nada a dicha prueba. El original siempre estará a disposición de la parte a fin de que pueda ser nuevamente clonado y peritado por la misma.

La cadena de custodia de los originales es suficiente garantía para el investigado, por cuanto cualquier actuación que haya podido modificar el original dejará señal en el mismo, pudiendo ser puesta de manifiesto, en su caso, por el perito judicial o de parte.

XI

En lo que respecta al interesado, constituye regla general que ha de estar presente en la práctica de la diligencia analizada, aun cuando existen numerosos supuestos en los que puede llevarse a cabo sin su presencia. En estos casos, existiendo auto que autorice el registro, podrá discutirse la validez de la prueba y la relevancia de lo descubierto con ella en el pertinente juicio oral.

XII

Siendo menor de edad el investigado, la instrucción estará a cargo de fiscalía de Menores, que solicitará del juez de Menores auto para la práctica del correspondiente registro. El consentimiento del mayor de edad, representante legal del menor investigado, no es relevante, requiriéndose auto del juez de Menores para la práctica del registro domiciliario en la habitación de éste, dado que el estatus que confiere el hecho de que una investigación penal se dirija contra un individuo es personalísimo, por lo que nadie podrá consentir por él.

En caso de que sean investigados mayores y menores de edad, la legislación vigente determina una duplicidad de procesos con distinto régimen competencial y procedimental, circunstancia que debería ser resuelta por el legislador, a fin de evitar fases y tiempos distintos en la instrucción de un mismo hecho e, incluso, dar origen a resoluciones que pudieran ser incluso contradictorias.

XIII

Tratándose de personas jurídicas, como regla general, la práctica del registro deberá entenderse con el representante legal de la empresa. Con todo, en el caso de grandes empresas pueden existir dudas en relación con la persona que puede concurrir al registro, sobre todo, cuando pueda concurrir conflicto de intereses entre un investigado que sea directivo, administrador, representante o socio de la empresa y la propia persona jurídica investigada.

XIV

El abogado no tiene necesariamente que estar presente en el acto del registro, más aún si éste se realiza en caso de flagrante delito o previa prestación del consentimiento del interesado aún no detenido. En el caso de que se encuentre detenido, para que el consentimiento se considere válidamente emitido la jurisprudencia requiere que esté previamente asistido de abogado.

En caso de que el registro se lleve a cabo judicialmente, no será necesaria la intervención del abogado, por cuanto la diligencia se ejecuta con todas las garantías con la presencia del letrado de la Administración de Justicia. No obstante, se debe precisar que el borrador de anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal referido fijó el carácter preceptivo de su intervención en el registro judicialmente acordado, si bien, como he manifestado, considero que la misma no aporta ninguna garantía especial al interesado y puede ocasionar importantes dilaciones en la práctica de éstas actuaciones.

XV

En lo que respecta a la intervención de testigos en la diligencia de entrada y registro, la misma está legalmente prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para aquellos supuestos en los que no concurra el interesado. No obstante, la regulación posterior prevista en el art. 453 de la LOPJ y al Reglamento Orgánico del Cuerpo de secretarios Judiciales, permite, muy acertadamente, que el letrado de la Administración de Justicia actúe, en ejercicio de la fe pública judicial, sin necesidad de testigos en los actos en los que el mismo intervenga.

Al acto podrán concurrir peritos, si así se considerara pertinente, en atención a la especialidad de la materia objeto de registro, por cuanto hay determinados delitos, como pudieran ser los de blanqueo de capitales, contra la hacienda pública o contra el medio ambiente, en los que serán éstos los que podrán determinar qué documentos, efectos o muestras pueden ser relevantes para el proceso, y que por tanto son los que habrá que intervenir para su extracción, conservación y posterior análisis y contradicción. En caso que deban concurrir peritos para el buen fin del registro, al tratarse de expertos en la materia que es objeto de investigación, así deberá venir establecido en auto.

La intervención de intérpretes será imprescindible si el interesado concurre al registro y éste no entiende el idioma castellano. No obstante, dicha intervención no conlleva irremediablemente su presencia en el acto. Si alguno de los asistentes conoce el idioma del interesado, la LEC prevé que el letrado de la Administración de Justicia lo habilite, previo juramento o promesa de fiel traducción, haciendo válida la diligencia. Si ninguno de los asistentes conociese el idioma y no hubiese presencia de

intérprete, esta labor se podría hacerse incluso telefónicamente, ya que lo importante en ello es el fin, es decir, que el interesado conozca el contenido de la actuación que se va a realizar y que no se vea mermado en sus derechos.

XVI

En cuanto al ministerio fiscal, si bien podría solicitar del juez la realización de un registro, lo cierto es que su posición en el proceso hace difícil que el impulso parta de su iniciativa. La entrada y registro es una actuación que tiene lugar al inicio del proceso, mayoritariamente al inicio de su judicialización (salvo que la causa se haya judicializado previamente para la solicitud de escuchas telefónicas o la práctica de otras diligencias de investigación que requieran auto del juez). Por tanto, realmente quien está en posición de solicitarlas será la policía judicial, y no el ministerio fiscal. Tampoco prevé la Ley expresamente el visado de esta actuación. Por tanto su labor se limitará a aquellos supuestos en los que concurren investigados menores de edad.

El último borrador de anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal referido determina que sean los Fiscales los encargados de la instrucción y que, previo auto del juez de Garantías, sean ellos incluso los que puedan (o deban, dependiendo de cómo se regule finalmente, si llega a ver la luz éste u otro proyecto similar) asistir al registro o, en todo caso, dar cauce a la previa solicitud de policía judicial. Con todo, al afectar la medida a derechos fundamentales, se configura como imprescindible que el llamado juez de Garantías dicte con anterioridad el pertinente auto habilitante.

Por mi parte, y por los mismos motivos expuestos respecto a la innecesaria presencia del juez en el acto de registro, considero que la presencia de ministerio fiscal en estos casos no aporta ningún plus de garantía a la práctica de la diligencia.

XVII

Por el contrario, sí considero imprescindible la presencia del letrado de la Administración de Justicia, habida cuenta las funciones que, como fedatario público, tiene encomendadas, configurando prueba preconstituida.

En la actualidad, las entradas y registros domiciliarias que se llevan a cabo sin la intervención del letrado de la Administración de Justicia no tienen efecto de prueba preconstituida. Sin embargo, existiendo auto autorizante, el registro no es nulo, sino irregular, lo que priva al acta del valor de prueba privilegiada, sin perjuicio de que su contenido pueda ser contrastado en juicio oral, haciendo prueba junto a otras existentes, como pudiera ser la declaración del propio interesado que mostrase su conformidad con la misma o la de testigos que hubiesen intervenido en el acto, incluidos los propios agentes que la practicaron.

XVIII

Por lo que respecta al régimen de sustituciones del letrado de la Administración de Justicia, únicamente caben las legalmente previstas, si bien considero que no tiene justificación alguna mantener la habilitación de Gestores para realizar registros en el único supuesto excepcional previsto en el párrafo 3º del art. 451 LOPJ. Si los mismos no pueden otorgar fe pública judicial, no tiene sentido alguno que se mantenga el referido supuesto legal.

XIX

La ausencia de firma de los intervinientes, sin perjuicio de que sea un requisito legalmente previsto, no tendrá efecto alguno, por cuando la mera presencia en ejercicio de la fe pública judicial del letrado de la Administración de Justicia será prueba suficiente de lo actuado y de los que participaron en el registro domiciliario.

XX

Durante la práctica de la entrada y registro se debe proceder con el uso de la mínima fuerza imprescindible, intentando causar el menor daño y evitando toda vejación al interesado, bajo apercibimiento de poder incurrir en responsabilidad penal. Se debe evitar cualquier intervención y depósito de efectos que no estén contemplados en el auto que autorice el registro, así como la de todos aquellos bienes o soportes que puedan

causar un grave perjuicio a su titular, si fuese posible su obtención de otro modo.

No cabe la intervención de efectos con los meros fines de cubrir ulteriores responsabilidades pecuniarias.

De todo ello velará el letrado de la Administración de Justicia en el ejercicio de su función de policía de vistas, interviniendo en el acto con carácter de Autoridad y pudiendo dar las instrucciones precisas para el cumplimiento de lo dispuesto en el auto con plenas garantías constitucionales.

XXI

Finalmente, concluye el presente estudio con la realización del acta. Si bien en la actualidad las mismas se redactan manualmente, considero que pensar en su digitalización es una cuestión de especial relevancia ya que la utilización de medios informáticos y de captación de imágenes sirve de garantía tanto al interesado como al proceso. No existe mayor identificación de los efectos intervenidos o del estado en que se encuentran las cosas que su propia imagen incorporada al acta.

Uno de los problemas básicos de la Administración de Justicia es la carencia de medios para el desarrollo de las tareas que la misma requiere. Dicha carencia puede observarse a través de la tardía utilización de los medios informáticos en el uso de las tareas que se llevan a cabo, así como la falta de uniformidad de las mismas, como consecuencia de la asunción

de competencias de medios personales y materiales por las Comunidades Autónomas.

En los últimos años se está procediendo a realizar una verdadera informatización de la Justicia, desarrollándose tanto los sistemas de gestión procesal como la integración de las aplicaciones del Consejo General del Poder Judicial a través del Punto Neutro Judicial, con el fin de dar mayor celeridad a los procedimientos, y permitiendo a las Oficinas Judiciales acceder a datos de modo inmediato, cuando años atrás se requería la tramitación de pluralidad de Oficios, con la dilatación que su cumplimentación suponía. En este sentido, si bien se parte con el problema de origen que supone el retraso ya acumulado en los órganos judiciales, es de preveer que las actuaciones que se están realizando agilizarán la justicia de modo notable.

La justicia actual se encamina al expediente judicial electrónico, donde la totalidad de actuaciones se encuentran informatizadas, siendo así fácilmente accesibles por los interesados (no sólo para jueces, Fiscales, letrados de la Administración de Justicia y demás personal de la Oficina Judicial, sino también para abogados, Procuradores y particulares, entre otros).

No obstante, esa informatización judicial no se lleva a cabo de igual forma en todos los ámbitos, y para ello, no hay más que observar el tema objeto de estudio en la presente obra. La informatización o digitalización de las actas de entrada y registro se ve aún muy lejana en el tiempo por cuanto la misma no ha sido abordada, especialmente a través de las partidas presupuestarias que la misma requiere.

La importancia que supone la realización de una prueba preconstituida, como es el acta de entrada y registro, que a su vez constituye la limitación de un derecho fundamental del interesado, debería ser suficiente para abordar con mayor precisión las garantías con las que tiene que realizarse el mismo. Pero no todo concluye en las garantías del interesado, sino que la propia validez del acta no se vería puesta en duda (como actualmente se observa de la pluralidad de recursos interpuestos ante las Audiencias Provinciales y Tribunal Supremo) si su regulación y forma de proceder estuviera perfectamente definida. La informatización de las actas de entrada y registro supondría mayores garantías tanto para el buen fin del procedimiento y, a su vez, mayores garantías para el interesado.

Con la regulación actual estudiada, no se contempla expresamente pero se permite el uso de los medios informáticos y audiovisuales para la realización del registro domiciliario. Incluso se establece el deber de los letrados de la Administración de Justicia de usar los medios tecnológicos a su alcance. En la digitalización de las actas sólo existen ventajas, no apreciándose inconveniente alguno, siempre y cuando se proceda de modo que se garantice la autenticidad del acta y de su contenido. Será por tanto en este ámbito donde deben centrarse todos los esfuerzos legales y, sobretodo, materiales a realizar.

Una fe pública judicial plenamente digitalizada es posible, y en la presente tesis así ha quedado expuesto.

BIBLIOGRAFÍA

ABELLA LÓPEZ, J., “Entrada y registro en el domicilio del menor infractor: solicitud, tramitación y competencia”, *La Ley Penal*, nº 100, enero-febrero 2013, ed. Wolters Kluwer (LA LEY 1119/2013).

AGUSTINA, J. R., “Interrogantes en torno a las diligencias preliminares ante la ciberdelincuencia. Sobre la garantía del derecho a la intimidad en el registro del ordenador (A propósito de la STC 173/2011)”, *La Ley Penal*, Nº 98/99, Sección Comentarios a Jurisprudencia, noviembre 2012, ed. Wolters Kluwer (LA LEY 18898/2012).

AIGE MUT, M. B., “La nueva diligencia de registro de dispositivos de almacenamiento masivo”, *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, ed. Tirant lo Blanch. 2017.

ALONSO PEREZ, F., “Formalidades en la práctica de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado”, *Diario La Ley*, nº 5643, 2002 (LA LEY 2664/2002).

ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., “Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje* nº 2, 2011.

ANGOSTO AGUDO, R.M., “La diligencia de entrada y registro como acto documentado. Su introducción en el juicio oral”, *Diario La Ley*, sección doctrina, 1996, ref. D-221, tomo 4 (LA LEY 22584/2001).

ARAGONES MARTÍNEZ, S., *Derecho procesal penal*, ed. Universitaria Ramón Areces, 8ª edición, 2007.

ASENCIO MELLADO, J.M., *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, ed. Tirant lo Blanch. 2017.

BAÑON GONZALEZ, J. L. "Las subastas electrónicas", *Scire: Representación y Organización del Conocimiento*, vol 18, n.1, Ed. Universidad de Zaragoza, 2012.

BELTRAN NUÑEZ, A., "Entrada y registro en lugar cerrado e intervención de libros, papeles y comunicaciones", *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, Tomo II, Secretaria General Técnica del Ministerio de Defensa, Madrid, 1995.

BERNAL MARTIN, L. F., "Intervinientes en las entradas y registros domiciliarios no voluntarios y consecuencias de su ausencia", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 780, 2009.

BUENO DE MATA, F., "Comentarios al proyecto de Ley reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia", *Diario La Ley*, Nº 7659, Sección Doctrina, 24 de junio de 2011, Año XXXII, Ref. D-262, Ed. LA LEY (LA LEY 12142/2011).

CASANOVA MARTÍ, R., "Nueva regulación de las intervenciones telefónicas: especial atención a la utilización del resultado de esta diligencia en un proceso penal distinto". *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, ed. Tirant lo Blanch. 2017.

CASTILLEJO MANZANARES, R., "Medios probatorios", *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, ed. La Ley, Madrid, octubre 2010 (LA LEY 14956/2010).

CASTILLO RIGABERT, F., “Derechos fundamentales e investigación en las diligencias previas (estudio de la reciente jurisprudencia de la Sala del Tribunal Supremo)”, *Anales de derecho*, nº 13, 1995.

CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS, “La posición del Fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Diario La Ley*, Nº 6266, Sección Crónica, 2 de junio de 2005, Ref. D-131, Ed. LA LEY (1453/2005),

CLIMENT DURAN, C., “Sobre la intervención del secretario judicial en el registro domiciliario”, *Revista del Poder Judicial*, 1993.

CUCHI DENIA, J.M., “La diligencia judicial de entrada y registro: presupuestos constitucionales a la luz de la jurisprudencia”. *Diario La Ley*, nº 7354, sección doctrina, 3 de marzo de 2010, año XXXI, ref. D-68, ed. La Ley (LA LEY 339/2010).

DELGADO MARTÍN, J., “Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por LO 13/2015”, *Diario La Ley*, Nº 8693, Sección Doctrina, 2 de febrero de 2016, ref. D-48, ed. La Ley (LA LEY 229/2016).

DELGADO MARTÍN, J., “La prueba del whatsapp”, *Diario La Ley*, nº 8605, Sección Tribuna, 15 de septiembre de 2015, ref. D-331, ed. La Ley (LA LEY 5350/2015).

DELGADO MARTÍN, J., “La resolución judicial de entrada y registro en lugar cerrado”, *Actualidad Penal*, nº 47, Sección Doctrina, 2001, Ref. XLVII, p. 1125, tomo 3, ed. LA LEY (LA LEY 3374/2001).

DÍAZ CABIALE, J. A. y MARTÍN MORALES, R., “La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida”, editorial Civitas, 2001.

DURÁN SILVA, C., “La diligencia de entrada y registro: su necesaria adaptación a la realidad actual”, *La reforma del proceso penal*, Ed. La Ley, Madrid, abril 2011 (LA LEY 15981/2011).

ECHARRI CASI, F.J., “Prueba ilícita: conexión de antijuricidad y hallazgos casuales”, *Revista del Poder Judicial* nº 69, 2003.

ENCINAR DEL POZO, M. A. y VILLEGAS GARCIA, M. A., “Validez de medios de prueba tecnológicos”, *Diario La Ley*, nº 9005, Sección Dossier, 21 de junio de 2017, Ed. Wolters Kluwer (LA LEY 6753/2017).

FIGUEROA NAVARRO, C., “La obtención de pruebas mediante la entrada y registro en domicilio”, editorial La Ley, nº 91, sección estudios, marzo 2012 (LA LEY 2913/2012).

FUENTES SORIANO, O., *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*. Ed. Tirant lo Blanch. 2017.

FUENTES SORIANO, O., "El valor probatorio de los correos electrónicos", *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, ed. Tirant lo Blanch, 2017.

FUENTES SORIANO, O., “Medios de investigación tecnológica y problemas probatorios. Comunicaciones telemáticas: práctica y valoración de la prueba”, *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, ed. Tirant lo Blanch, 2017.

GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El proceso penal de menores. Funciones del ministerio fiscal, del juez en la instrucción, el periodo intermedio y las medidas cautelares*, ed. Aranzadi, Navarra, 2007.

GARCIA SAN MARTÍN, J., “El hallazgo casual o descubrimiento ocasional en el ámbito de la investigación penal”, *La Ley Penal*, nº 109, Sección Derecho Procesal Penal, julio-agosto 2014, ed. Wolters Kluwer (LA LEY 4917/2014).

GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal penal*, ed. Colex, Madrid, 2005.

GIMENO SENDRA, V., *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, ed. Colex, Madrid, 2007.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., “Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos”, *Diario La Ley*, Nº 6142, Sección Doctrina, 7 de diciembre de 2004, año XXV, ref. D-247, editorial LA LEY (LA LEY 2528/2004).

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. *La proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, ed. Colex, Madrid, 1990.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “El proceso penal ante la regulación del letrado de la Administración de Justicia y la oficina judicial en la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre”, *Revista General de Derecho Procesal*, ISSN-e 1696-9642, nº 6, 2005.

GUILLÉN SORIA, J. M., “Entrada y registro sin secretario judicial”, *Actualidad Aranzadi*, núm. 128, 1993.

GUTIERREZ ROMERO, F. M., “¿Es necesario la presencia del letrado en la diligencia de entrada y registro?: Análisis Jurisprudencial.”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 729, 2007.

HERRERO HERRERO, C., “Competencias excepcionales de los agentes de policía en materia de entrada, detención y registro en lugar cerrado. Potenciales conexiones con la denominada prueba ilícita (I)”, *Diario La Ley*, nº 88, sección estudios, diciembre 2001 (LA LEY 19945/2011).

JIMENEZ CONDE, F., *Manual de derecho procesal penal. Esquemas y Lecciones*, ed. Diego Marín. Murcia, 2014.

JIMENEZ CONDE, F., “La apreciación de la prueba legal y su impugnación”, *Publicaciones del departamento de derecho procesal de la Universidad de Salamanca*, 1978.

JIMENEZ SEGADO, C., “La presencia del letrado en la entrada y registro del domicilio del detenido”, *Diario La Ley*, nº 7260, sección práctica forense, 12, año XXX, octubre 2009 (LA LEY 17997/2009).

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., “*Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*”, ed. Colex, Madrid, 1990.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo II*, ed. Aranzadi, 2012.

LUDEÑA BENITEZ, O. D., "Presencia y ausencia del secretario judicial en la entrada y registro en el domicilio: historia de una polémica jurisprudencial", *Noticias Jurídicas*, julio 2009.

[http://noticias.juridicas.com/articulos/65-](http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho%20Procesal%20Penal/200907-78563210259864.html)

[Derecho%20Procesal%20Penal/200907-78563210259864.html](http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho%20Procesal%20Penal/200907-78563210259864.html)

(31.03.2018).

LUZÓN CUESTA, J.M., "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", *Poder Judicial*, ISSN 0211-8815, nº 24, 1991.

MAGRO SERVET, V., "Aspectos prácticos de la ejecución de las diligencias de investigación policial de intervención telefónica y entrada y registro", *Diario La Ley*, nº 65, sección estudios, noviembre 2009 (LA LEY 19958/2009).

MAGRO SERVET, V., "El expediente judicial electrónico: hacia el objetivo del «papel 0»", *Práctica de Tribunales*, nº 92, Sección Práctica Procesal, enero 2012, ed. Wolters Kluwer (LA LEY 4282/2012).

MAGRO SERVET, V., "Problemas y soluciones ante la determinación del juez competente para acordar una entrada y registro cuando concurren dos partidos judiciales", ed. *El Derecho. Boletín de jurisprudencia*. Octubre de 2010.

MARTÍNEZ PARDO, V. J., “La entrada y registro domiciliario. Documentación del acto”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, número 12, Aranzadi, 2001.

MARTÍNEZ PARDO, V. J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista internauta de práctica jurídica*, número 22, 2011.

MOLINA PÉREZ, T., “La diligencia de entrada y registro practicada en la instrucción”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIII, ISSN: 1133-3677, 2010.

MORALES MUÑOZ, E., “*Diligencias de investigación en el proceso penal. La diligencia de entrada y registro. Tercer supuesto: autorización judicial. Procedimiento para su práctica. Efectos de las entradas y registros domiciliarios inconstitucionales*”, Boletín del Ministerio de Justicia, ISSN-e 0211-4267, año 61, nº 2037, 2007.

PEDRAZ PENALVA, E. y ORTEGA BENITO, V., “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura alemana especializada”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 17, marzo 1990.

POLO RODRIGUEZ, J. J. y HUELAMO BUENDÍA, A. J., “La nueva Ley penal del menor”, ed. Colex, Madrid, 3ª edición actualizada a la LO 8/06, 2007.

RIVES SEVA, A. P., “La diligencia de entrada y registro domiciliario”, ed. Bosch. Marzo, 2004.

RODRIGUEZ LAINZ, J. L., “El aseguramiento policial de la entrada en el transcurso de un registro domiciliario”, *Diario La Ley*, nº 7683, sección doctrina, 28 de julio de 2011, año XXXII, ref. D-317 (LA LEY 12237/2011).

SIGÜENZA LÓPEZ, J., *Sistema judicial español*, 7ª edición, ed. Laborum, 2019.

VALERO CANALES, A. L., “El Derecho Fundamental a la inviolabilidad del domicilio: un estudio crítico desde la perspectiva teórico-práctica”, Universidad Católica de Murcia, 2016. <http://repositorio.ucam.edu/handle/10952/1695> (30.07.2018)

VALERO CANALES, A. L., “El proceso judicial electrónico. Requisitos para su formación. Comunicaciones y plazos”, *Práctica de Tribunales*, nº 131, marzo-abril 2018, Ed. Wolters Kluwer (LA LEY 2175/2018).

VALERO CANALES, A. L., “La práctica de la prueba electrónica. Metodología”, *Práctica de Tribunales*, nº 130, enero-febrero 2018, Ed. Wolters Kluwer (LA LEY 367/2018).

VALIÑO CES, A., “La actuación del agente encubierto en los delitos informáticos tras la Ley Orgánica 13/2015”, *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Ed. Tirant lo Blanch. 2017.

VILLAR FUENTES, I. M., “Reflexiones sobre el agente encubierto informático”, *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Ed. Tirant lo Blanch, 2017.

ÍNDICE LEGISLATIVO

-
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

 - Real Decreto de 24 de julio de 1889, aprobatorio del Código Civil.

 - Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948.

 - Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

 - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Instrumento de Ratificación de España de 13 de abril de 1977.

 - Constitución Española de 1978.

 - Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del ministerio fiscal.

 - Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

 - Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

 - Ordenanza Procesal Penal alemana, de 7 de abril de 1987.

- Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Código de Procedimiento Penal italiano, de 22 de septiembre de 1988.
- Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal.
- Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley 22/1995, de 17 de julio, mediante la que se garantiza la presencia judicial en los registros domiciliarios.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley Orgánica 15/ 1999 de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
- Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

-
- Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.
 - Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de secretarios Judiciales.
 - Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
 - Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.
 - Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales.
 - Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.
 - Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.
 - Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

-
- Borrador de anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal presentada por la Comisión Institucional para la elaboración de un texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, constituida por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012 y presentada el 25 de febrero de 2013.
http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292427271972?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_REFORMA_LECRIM_-_CM_5-12-2014_WEB.PDF.PDF
(01.01.2016)
 - Circular 3/2015, de 6 de octubre, sobre buenas prácticas en materia de ejercicio de la fe pública en la investigación penal, dictada por el Ilmo. Sr. secretario de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, D. Francisco J. García Rivas.
 - Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
 - Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial.
 - Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

- Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH de 6 de septiembre de 1978 (LA LEY 75/1978)

STEDH de 15 de junio de 1992 (LA LEY 8833/1992)

STEDH de 16 de abril de 2002 (LA LEY 73533/2002)

2. Tribunal Constitucional

STC 31/1981, de 28 de julio (LA LEY 224/1981)

STC 62/1982, de 15 de octubre (LA LEY 7232-JF/0000)

STC 75/1982, de 13 de diciembre (LA LEY 106-TC/1983)

STC 47/1983, de 31 de mayo (LA LEY 7926-JF/0000)

STC 22/1984, de 17 de febrero (LA LEY 8565-JF/0000)

STC 43/1984, de 26 de marzo (LA LEY 292-TC/1984)

STC 101/1984, de 8 de noviembre (LA LEY 349-TC/1985)

STC 13/1985, de 31 de enero (LA LEY 9639-JF/0000)

ATC 272/1985, de 24 de abril (LA LEY 481/1985)

STC 137/1985, de 17 de octubre (LA LEY 10408-JF/0000)

STC 43/1987, de 8 de abril (LA LEY 88644-NS/0000)

STC 74/1987, de 25 de mayo (LA LEY 794-TC/1987)

STC 131/1987, de 20 de julio (LA LEY 93342-NS/0000)

STC 148/1987, de 28 de septiembre (LA LEY 870-TC/1987)

- STC 199/1987, de 16 de diciembre (LA LEY 53413-JF/0000)
- ATC 349/1988, de 23 de mayo (LA LEY 953/1988)
- STC 95/1988, de 26 de mayo (LA LEY 1009-TC/1988)
- STC 37/1989, de 15 de febrero (LA LEY 116723-NS/0000)
- ATC 171/1989, de 3 de abril (LA LEY 1049/1989)
- STC 66/1989, de 17 de abril (LA LEY 119983-NS/0000)
- STC 4/1990, de 18 de enero (LA LEY 1402-TC/1990)
- STC 149/1991, de 4 de julio (LA LEY 58074-JF/0000)
- STC 160/1991, de 18 de julio (LA LEY 1771-TC/1991)
- STC 76/1992, de 14 de mayo (LA LEY 1939-TC/1992)
- STC 303/1993, de 25 de octubre (LA LEY 2390-TC/1993)
- STC 341/1993, de 18 de noviembre (LA LEY 2272-TC/1993)
- STC 39/1994, de 15 de febrero (LA LEY 2468-TC/1994)
- STC 181/1994, de 20 de junio (LA LEY 13516/1994)
- STC 262/1994, de 3 de octubre (LA LEY 13018/1994)
- STC 290/1994, de 27 de octubre (LA LEY 13046/1994)
- STC 309/1994, de 21 de noviembre (LA LEY 13065/1994)
- STC 50/1995, de 25 de febrero (LA LEY 13050/1995)
- STC 66/1995, de 8 de mayo (LA LEY 13067/1995)
- STC 126/1995, de 25 de julio (LA LEY 13113/1995)
- STC 128/1995, de 26 de julio (LA LEY 2588-TC/1995)
- STC 133/1995, de 25 de septiembre (LA LEY 2597-TC/1995)

STC 181/1995, de 11 de diciembre (LA LEY 724/1996)
STC 193/1996, de 26 de noviembre (LA LEY 204/1997)
STC 6/1997, de 13 de enero (LA LEY 1526/1997)
STC 123/1997, de 1 de julio (LA LEY 7874/1997)
STC 151/1997, de 29 de septiembre (LA LEY 10209/1997)
STC 175/1997, de 27 de octubre (LA LEY 11153/1997)
STC 200/1997, de 24 de noviembre (LA LEY 149/1998)
STC 228/1997, de 16 de diciembre (LA LEY 380/1998)
STC 8/1998, de 13 de enero (LA LEY 1394/1998)
ATC 30/1998, de 28 de enero (LA LEY 1773/1998)
STC 41/1998, de 24 de febrero (LA LEY 3497/1998)
STC 47/1998, de 2 de marzo (LA LEY 2816/1998)
STC 177/1998, de 14 de septiembre (LA LEY 9561/1998)
ATC 348/1988, de 6 de octubre (LA LEY 1903/1988)
STC 238/1998, de 15 de diciembre(LA LEY 641/1999)
STC 18/1999, de 22 de febrero (LA LEY 2883/1999)
STC 49/1999, de 5 de abril (LA LEY 4215/1999)
STC 69/1999, de 26 abril (LA LEY 5707/1999)
STC 94/1999, de 31 de mayo (LA LEY 8094/1999)
STC 171/1999, de 27 de septiembre (LA LEY 12124/1999)
STC 139/1999, de 22 de julio (LA LEY 9594/1999)
STC 183/1999, de 11 de octubre (LA LEY 284/2000)

STC 239/1999, de 20 de diciembre (LA LEY 3414/2000)

STC 25/2000, de 31 de enero (LA LEY 4148/2000)

STC 35/2000, de 14 de febrero (LA LEY 5701/2000)

STC 126/2000, de 26 de mayo (LA LEY 8955/2000)

STC 124/2001, de 4 de junio (LA LEY 6089/2001)

STC 10/2002, de 17 de enero (LA LEY 1655/2002)

STC 67/2002, de 18 de septiembre (LA LEY 7757/2002)

STC 70/2002, de 3 de abril (LA LEY 3534/2002)

STC 259/2005, de 24 de octubre (LA LEY 1969/2005)

STC 115/2006, de 24 de abril (LA LEY 57613/2006)

STC 219/2006 de 3 de julio (LA LEY 88159/2006)

STC 197/2009, de 28 de septiembre (LA LEY 184032/2009)

STC 220/2009, de 21 de diciembre (LA LEY 240120/2009)

STC 381/2010, de 27 de abril (LA LEY 41107/2010)

STC 173/2011, de 7 de noviembre (LA LEY 211654/2011)

3. Tribunal Supremo, Sala II

STS de 18 de octubre de 1990 (LA LEY 561/1991)

STS de 8 de marzo de 1991 (LA LEY 1875/1991)

STS de 12 de noviembre de 1991 (LA LEY 668/1992)

STS de 16 de diciembre de 1991 (LA LEY 2500-JF/0000)

STS de 14 de enero de 1992 (LA LEY 1133/1992)

STS de 27 de enero de 1992 (LA LEY 2375-JF/0000)

STS de 18 de marzo de 1992 (LA LEY 1709/1992)

STS de 24 de marzo de 1992 (LA LEY 14643-R/1992)

STS de 30 de marzo de 1992 (LA LEY 5575/1992)

STS de 31 de marzo de 1992 (LA LEY 14658-R/1992)

STS de 25 de mayo de 1992 (LA LEY 2193/1992)

STS de 5 de octubre de 1992 (LA LEY 1914-5/1993)

STS de 24 octubre 1992 (LA LEY 2072-5/1993)

STS de 30 de octubre de 1992 (LA LEY 15063-R/1993)

ATS de 30 de diciembre de 1992 (LA LEY 12350/1992)

STS de 2 de marzo de 1993 (LA LEY 2975-5/1993)

STS 17 de abril de 1993 (LA LEY 3337-5/1993)

STS de 14 junio de 1993 (LA LEY 3820-5/1993)

STS de 20 de septiembre de 1993 (LA LEY 1576/1994)

STS de 14 de octubre de 1993 (LA LEY 1737/1994)

STS de 22 de octubre de 1993 (LA LEY 1807/1994)

STS de 22 de diciembre de 1993 (LA LEY 2259/1994)

STS de 24 de enero de 1994 (LA LEY 2600/1994)

STS de 4 de marzo de 1994 (LA LEY 2854/1994)

STS de 8 de marzo de 1994 (LA LEY 41337-JF/0000)

STS de 13 de junio de 1994 (LA LEY 3490/1994)

STS de 8 de julio de 1994 (LA LEY 3657/1994)

STS de 8 julio de 1994 (LA LEY 3660/1994)

STS de 18 de julio de 1994 (LA LEY 3716/1994)

STS de 10 octubre de 1994 (LA LEY 1634/1995)

STS de 11 de octubre de 1994 (LA LEY 14156/1994)

STS de 15 de febrero de 1995 (LA LEY 2153/1995)

STS de 4 de marzo de 1995(LA LEY 2283/1995)

STS de 7 de abril de 1995 (LA LEY 2334/1995)

STS de 9 de mayo de 1995 (LA LEY 2510/1995)

STS de 10 de mayo de 1995 (LA LEY 2560/1995)

STS de 31 de octubre de 1995 (LA LEY 2791/1995)

STS de 26 de febrero de 1996 (LA LEY 3597/1996)

STS de 29 de febrero de 1996 (LA LEY 3886/1996)

STS de 12 de marzo de 1996 (LA LEY 3630/1996)

STS de 1 de abril de 1996 (LA LEY 4641/1996)

STS de 18 de abril de 1996 (LA LEY 4591/1996)

STS de 5 de julio de 1996 (LA LEY 8613/1996)

STS de 20 de septiembre de 1996 (LA LEY 8677/1996)

STS de 23 de septiembre de 1996 (LA LEY 9170/1996)

STS de 3 de diciembre de 1996 (LA LEY 712/1997)

STS de 31 de diciembre de 1996 (LA LEY 1366/1997)

STS de 17 de enero de 1997 (LA LEY 1429/1997)

STS de 24 de enero de 1997 (LA LEY 1519/1997)

STS de 15 de febrero de 1997 (LA LEY 3111/1997)

STS de 17 de febrero de 1997 (LA LEY 4874/1997)

STS de 4 de julio de 1997 (LA LEY 9520/1997)

STS de 21 de noviembre de 1997 (LA LEY 16581/1997)

STS de 2 de abril de 1998 (LA LEY 7512/1998)

STS 1522/1998, de 2 de diciembre (LA LEY 131442/1998)

STS de 13 de diciembre de 1998 (LA LEY 1658/1999)

STS de 15 de diciembre de 1998 (LA LEY 1659/1999)

STS de 4 de marzo de 1999 (LA LEY 3899/1999)

STS de 5 de julio de 1999 (LA LEY 10151/1999)

STS 171/1999, de 27 de septiembre (LA LEY 12124/99)

STS de 27 de octubre de 1999 (LA LEY 493/2000)

STS 1534/1999, de 16 de diciembre (LA LEY 184320/1999)

STS 227/2000, de 22 de febrero (LA LEY 6087/2000)

STS 455/2000, de 14 de marzo (LA LEY 8281/2000)

STS 403/2000, de 15 de marzo (LA LEY 5546/2000)

STS 831/2000, de 16 de mayo (LA LEY 9624/2000)

STS 1313/2000, de 21 de julio (LA LEY 151489/2000)

STS 1742/2000, de 14 de noviembre (LA LEY 11318/2000)

STS 84/2001, de 29 enero (LA LEY 3563/2001)

STS 265/2001, de 27 de febrero (LA LEY 4358/2001)

- STS 550/2001, de 3 de abril (LA LEY 7798/2001)
- STS 809/2001 de 10 de mayo de 2001 (LA LEY 6667/2001)
- STS 1782/2001, de 9 de octubre (LA LEY 8763/2001)
- STS 2384/2001, de 7 de diciembre (LA LEY 221432/2001)
- STS 130/2002, de 28 de enero (LA LEY 21440/2002)
- STS 415/2002, de 8 de marzo (LA LEY 6632/2002)
- STS 455/2002, de 13 de marzo (LA LEY 5530/2002)
- STS 1434/2002, de 18 de septiembre (LA LEY 7728/2002)
- STS 1940/2002, de 21 de noviembre (LA LEY 230/2003)
- STS 2183/2002, de 31 de diciembre (LA LEY 1756/2003)
- STS 2207/2002, de 3 de enero de 2003 (LA LEY 3124/2003)
- STS 637/2003, de 30 de abril (LA LEY 2010/2003)
- STS 561/2003, de 6 de mayo (LA LEY 13137/2003)
- STS 1019/2003, de 10 de julio (LA LEY 121699/3003)
- STS 1093/2003, de 24 de julio (LA LEY 130474/2003)
- STS 1189/2003, de 23 de septiembre (LA LEY 10127/2004)
- STS 39/2004, de 14 de enero (LA LEY 700/2004)
- STS 138/2004, de 20 de febrero (LA LEY 45046/2004)
- STS 999/2004, de 19 de septiembre (LA LEY 14043/2004)
- STS 1231/2004 de 22 de octubre (LA LEY 224782/2004)
- STS 1263/2004, de 2 de noviembre (LA LEY 10265/2005)
- STS 436/2005, de 8 de abril (LA LEY 12027/2005)

STS 638/2005 de 18 de mayo (LA LEY 12608/2005)

STS 1080/2005, de 29 de septiembre (LA LEY 14013/2005)

STS 1246/2005, de 31 de octubre (LA LEY 14113/2005)

STS 1393/2005 de 17 de noviembre (LA LEY 10478/2006)

STS 1505/2005, de 23 de febrero (LA LEY 11939/2005)

STS 1594/2005, de 23 de diciembre (LA LEY 317/2006)

STS 138/2006, de 31 de enero (LA LEY 11126/2006)

STS 198/2006, de 27 de febrero (LA LEY 20260/2006)

STS 408/2006, de 12 de abril (LA LEY 36047/2006)

STS 624/2006, de 13 de junio (LA LEY 70071/2006)

STS 707/2006, de 23 de junio (LA LEY 70347/2006)

STS 947/2006, de 26 de septiembre (LA LEY 112226/2006)

STS 1229/2006, de 12 de diciembre (LA LEY 160505/2006)

STS 155/2007, de 28 de febrero (LA LEY 8244/2007)

STS 171/2007, de 26 de febrero (LA LEY 6624/2007)

ATS 173/2007 de 25 de enero de 2007 (LA LEY 4187/2007)

STS 181/2007, de 7 de marzo (LA LEY 8974/2007)

STS 202/2007, de 20 de marzo (LA LEY 6814/2007)

STS 457/2007, de 29 de mayo (LA LEY 26741/2007)

STS 653/2007, de 2 de julio (LA LEY 132469/2007)

STS 991/2007, de 16 de noviembre (LA LEY 193640/2007)

STS 1047/2007, de 17 de diciembre (LA LEY 232462/2007)

- STS 25/2008, de 28 de enero (LA LEY 12947/2008)
- STS 256/2008, 14 de mayo (LA LEY 68710/2008)
- STS 319/2008, de 4 de junio (LA LEY 68706/2008)
- STS 402/2008, de 30 de junio (LA LEY 92719/2008)
- STS 5/2009, de 8 de enero (LA LEY 622/2009)
- STS 480/2009, 22 de mayo (LA LEY 67225/2009)
- STS 967/2009, de 7 de octubre (LA LEY 191987/2009)
- STS 58/2010, de 10 de febrero (LA LEY 1563/2010)
- STS 134/2010, de 2 de diciembre (LA LEY 27022/2010)
- STS 381/2010, de 27 de abril (LA LEY 41107/2010)
- STS 567/2010, de 31 de mayo de 2010 (LA LEY 110015/2010)
- STS 968/2010, de 4 de noviembre (LA LEY 199012/2010)
- STS 1110/2010, de 23 de diciembre (LA LEY 237235/2010)
- STS 402/2011, de 12 de abril (LA LEY 52246/2011)
- STS 539/2011, de 26 de mayo (LA LEY 90864/2011)
- STS 629/2011, de 23 de junio (LA LEY 98682/2011)
- STS 818/2011, de 21 de julio (LEY 119772/2011)
- STS 1308/2011, de 30 de noviembre (LA LEY 241460/11)
- STS 60/2012, de 8 de febrero (LA LEY 13094/2012)
- STS 697/2012, de 2 de octubre (LA LEY 151058/2012)
- STS 293/2013, de 25 de marzo (LA LEY 26759/2013)
- STS 342/2013, de 17 de abril (LA LEY 37037/2013)

STS 575/2013, de 28 de junio (LA LEY 99607/2013)

STS 125/2014, de 20 de febrero (LA LEY 14261/2014)

STS 158/2014, de 12 de marzo (LA LEY 23007/2014)

STS 420/2014, de 2 de junio (LA LEY 64261/2014)

ATS 418/2015, de 12 de marzo (LA LEY 37170/2015)

STS 193/2015, de 30 de marzo (LA LEY 37157/2015)

STS 237/2015, de 23 de abril (LA LEY 55080/2015)

STS 253/2015, de 24 de abril (LA LEY 55085/2015)

STS 300/2015, de 19 de mayo (LA LEY 57273/2015)

ATS 1166/2015, de 9 de julio (LA LEY 119626/2015)

STS 747/2015, de 19 de noviembre (LA LEY 185990/2015)

STS 745/2015, de 27 de noviembre (LA LEY 196139/2015)

ATS 136/2016, de 21 de enero (LA LEY 2193/2016)

STS 165/2016, de 2 de marzo (LA LEY 16506/2016)

STS 204/2016, de 10 de marzo (LA LEY 16520/2016)

ATS 1198/2016, de 30 de junio (LA LEY 109731/2016)

STS 116/2017, de 23 de febrero (LA LEY 4328/2017)

STS 250/2017, de 5 de abril (LA LEY 27339/2017)

ATS 930/2017, de 22 de junio (LA LEY 91171/2017)

STS 547/2017, de 12 de julio (LA LEY 96501/2017)

STS 583/2017, de 19 de julio (LA LEY 119518/2017)

ATS 1294/2017, de 27 de julio (LA LEY 146260/2017)

STS 845/2017, de 21 de diciembre (LA LEY 181935/2017)

STS 216/2018, de 8 de mayo (LA LEY 53395/18)

ATS 1181/2018, de 13 de septiembre (LA LEY 150535/2018)

4. Audiencia Nacional

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal 65/2007, de 31 de octubre (LA LEY 154276/2007)

5. Audiencias Provinciales

SAP de Murcia, Sección 5ª, 4/2004, de 26 de enero (LA LEY 21809/2004)

SAP de Murcia, Sección 5ª, 37/2006, de 10 de julio (LA LEY 117212/2006)

SAP de Murcia, Sección 5ª, 61/2006, de 20 de diciembre (LA LEY 295933/2006)

SAP de Murcia, Sección 5ª, 45/2007, de 29 de noviembre (LA LEY 330336/2007)

SAP de Murcia, Sección 5ª, 10/2009, de 11 de febrero (LA LEY 108365/2009)

SAP de Sevilla, Sección 3ª, 508/2011, de 20 de octubre de 2011 (LA LEY 188636/2011)

SAP de Sevilla, Sección 7ª, 1/2012, de 13 de enero (LA LEY 1/2012)