



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

La investigación criminal sobre el domicilio:
entrada y registro

Autor:

Esther Nogueras Inés

Director:

Ángel Bonet Navarro

Facultad de Derecho

Año 2015

Declaración de originalidad.

Yo, Esther Nogueras Inés, con DNI 17457894-C, alumna de 5º curso del Doble Grado en Derecho y ADE, declaro solemnemente que asumo la autoría y originalidad del presente Trabajo Fin de Grado y que todas las fuentes bibliográficas y jurisprudenciales utilizadas para su realización, se encuentran debidamente identificadas y referenciadas tanto en las notas a pie de página como en la bibliografía.

Firma:

ESTHER N.

ÍNDICE

	<u>Página</u>
INTRODUCCIÓN.....	6
I. DOMICILIO.....	8
1. Concepto constitucional de domicilio.....	10
2. Ampliación jurisprudencial del concepto.....	12
II. INVIOLABILIDAD DE DOMICILIO.....	15
III. EXCEPCIONES CONSTITUCIONALES AL DERECHO DE INVIOLABILIDAD DOMICILIARIA.....	17
IV. DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO EN DOMICILIO EN LA LECRIM.....	19
1. Requisitos para la constitucionalidad.....	20
1.1. Consentimiento del titular.....	21
A) Concepto.....	21
B) Forma.....	23
1.2. Resolución judicial.....	24
1.3. Flagrancia delictiva.....	27
2. Prueba ilícita.....	30
3. Requisitos para la regularidad procesal.....	33
3.1. Presencia de secretario judicial.....	34
3.2. Asistencia de letrado.....	38
3.3. Presencia del interesado.....	39
3.4. Hallazgos casuales.....	42
4. Consecuencias de irregularidad.....	45
V. REQUISITOS EXCEPCIONALES EN EL DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO.....	47

1. Introducción de las medidas.....	47
2. Actuación de bandas armadas o elementos terroristas.....	48
VI. EFECTOS DE LA DILIGENCIA.....	50
1. Sumario.....	50
2. Juicio oral.....	51
CONCLUSIÓN.....	53
BIBLIOGRAFÍA.....	55

ABREVIATURAS

AAP.	Auto de la Audiencia Provincial.
ATC.	Auto del Tribunal Constitucional.
Cc.	Código Civil.
CE.	Constitución Española.
Cfr.	Confróntese.
CP.	Código Penal.
F.J.	Fundamento Jurídico.
LECrim.	Ley de enjuiciamiento criminal.
LGT.	Ley General Tributaria.
LO.	Ley Orgánica.
LOPJ.	Ley Orgánica del Poder Judicial.
RD.	Real Decreto.
SAN.	Sentencia de la Audiencia Nacional.
SAP.	Sentencia de la Audiencia Provincial.
STC.	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS.	Sentencia del Tribunal Supremo.
TC.	Tribunal Constitucional.
TEDH.	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TS.	Tribunal Supremo.

INTRODUCCIÓN

El desarrollo del trabajo se centra en el estudio de la diligencia de entrada y registro en domicilio. La primera cuestión que debe ser abordada es la delimitación del concepto de domicilio a efectos de protección constitucional porque el art. 18.2 CE desarrolla el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria pero no delimita el concepto de domicilio. Ha sido la jurisprudencia la que ha desarrollado qué se entiende por domicilio constitucional y posteriormente la doctrina matizó esta concepción.

La diligencia de entrada y registro en domicilio resulta ser una medida limitadora de los derechos fundamentales. La CE ha enumerado las excepciones al derecho de inviolabilidad domiciliaria: consentimiento del titular, resolución judicial habilitante y delito flagrante. Así se han hecho constar en la propia LECrim al desarrollar la diligencia de entrada y registro.

La LECrim también ha regulado el procedimiento que se debe seguir en la práctica de la diligencia. Estos requisitos se encuentran en el marco de la legalidad ordinaria por lo que no se puede cuestionar la ilicitud de la diligencia ante la inobservancia de los mismos. A pesar de ello, se ha planteado una gran discusión jurisprudencial y doctrinal para determinar los efectos que derivan de la ejecución de la diligencia sin cumplir los requisitos legales que se consideran esenciales.

También se ha hecho referencia en un apartado del trabajo a las habilidades excepcionales que el legislador ha otorgado a los agentes policiales en circunstancias de especial gravedad, en concreto en delitos calificados como cometidos por delincuencia organizada.

Finalmente, en el último apartado se realiza un estudio de los efectos que tiene la ejecución de la diligencia en el proceso penal, diferenciando entre el sumario y el juicio oral.

He elegido este tema para desarrollar mi trabajo fin de grado porque lo considero de gran interés. Nos encontramos ante una sociedad donde se cometen numerosos delitos en relación al tráfico de drogas, estafas, apropiaciones indebidas... y para la investigación de los mismos una de las diligencias más utilizadas y de mayor eficacia es la diligencia de entrada y registro en domicilio. Durante el estudio de la asignatura de

Derecho Procesal Penal ya me surgieron diversas inquietudes en torno al tema tratado. Por ello, he considerado que la mejor opción para abordar en profundidad el estudio de la diligencia, así como los efectos de la misma y la naturaleza de prueba preconstituida, era seleccionar esta cuestión como tema de mi trabajo fin de grado.

Para desarrollar el trabajo he comenzado con el estudio de la jurisprudencia en relación al concepto constitucional de domicilio, las excepcionales constitucionales a la inviolabilidad domiciliaria y la problemática surgida en relación al cumplimiento de los artículos 545 y ss. LECrim. Principalmente he utilizado la jurisprudencia del TC y TS. Posteriormente, me he centrado en el estudio de artículos de revistas y libros donde se aborda la diligencia de entrada y registro y sus efectos. Con todos estos recursos he podido extraer la doctrina y la jurisprudencia para diferenciarlas a lo largo del trabajo, así como sus respectivas corrientes.

I. DOMICILIO

En nuestro ordenamiento jurídico aparecen distintas definiciones de domicilio según cada una de las ramas del derecho; esto hace que el alcance y contenido de esta palabra difiera de una a otra. A los efectos del estudio del domicilio como objeto en la investigación criminal resulta imprescindible determinar el concepto de domicilio como fruto de protección constitucional. La Carta Magna establece que existe un derecho fundamental de inviolabilidad de domicilio, por lo que nadie podrá entrar en domicilio ajeno si no posee el consentimiento del titular, existe una resolución judicial habilitante o nos encontramos ante un supuesto de delito flagrante. Esta es la referencia a domicilio inviolable que se reconoce en el artículo 18.2 CE.

Ahora bien, la CE no ha dispuesto propiamente un concepto constitucional de domicilio; y esto hace necesario que haya sido la jurisprudencia del TC y TS la que lo desarrolle y delimite su alcance.

De acuerdo con lo dispuesto por la jurisprudencia, se puede considerar domicilio de un particular el espacio físico cerrado donde una persona puede desarrollar su vida privada¹. Resulta irrelevante la ubicación del mismo, el carácter mueble o inmueble, la configuración física, el título jurídico que habilita el uso del domicilio, así como el carácter temporal, permanente o accidental que se le atribuya².

Este es el espacio protegido constitucionalmente. La inviolabilidad de domicilio se concibe en nuestro ordenamiento como un derecho fundamental reconocido a todo particular, cuyo contenido es impedir la entrada de personas ajenas, sean o no autoridades públicas, al espacio físico protegido.

El derecho fundamental de inviolabilidad de domicilio se encuentra plenamente unido al derecho de intimidad regulado en el apartado 1º del art. 18 CE. Por eso, el TC ha dotado de carácter instrumental al derecho de inviolabilidad de domicilio respecto de la intimidad personal y familiar. El domicilio es el lugar donde se desarrolla la vida personal más privada del individuo y por ello al instituir la protección del domicilio constitucional se establece simultáneamente la base para proteger los actos más íntimos

¹ STC 22/1984, de 17 de Febrero (RTC 1984, 22), F.J. 2º.

² STC 10/2002, de 17 de Enero (RTC 2002, 10), F.J. 7º.

del individuo: todo lo que deriva de su esfera personal³. De ahí que con el art. 18 CE no sólo se proteja el espacio físico que constituye domicilio propiamente dicho, sino también todo lo que aparece en él y que emana de la persona considerada titular del domicilio. Podríamos decir que proteger la vida privada concebida como sinónimo de intimidad es la finalidad de la CE, y esto se logra a través del derecho a la inviolabilidad domiciliaria.

El TC reiteradamente ha hecho constar que la titularidad del derecho a la inviolabilidad domiciliaria no sólo se circumscribe a las personas físicas. La protección constitucional debe interpretarse como un concepto extensivo de domicilio donde se incluyan los espacios físicos necesarios para que una persona jurídica pueda llevar a cabo su actividad sin intromisiones ajenas⁴.

La protección constitucional de domicilio de personas jurídicas no se identifica con el concepto de domicilio a efectos de la legislación mercantil. El domicilio amparado por la CE de acuerdo a la jurisprudencia del TC se extiende a «los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad, sin intromisiones ajenas, por constituir el 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»⁵.

Esta definición de domicilio constitucional de personas jurídicas ha quedado plasmada en el art. 554.4º LECrime introducido por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

Algunos autores han criticado esta concepción extensiva de domicilio constitucional porque consideran que no se puede reconocer a una persona jurídica la protección constitucional que tiene como fundamento la dignidad de una persona⁶. Sin embargo, el

³ STC 22/1984, de 17 de Febrero (RTC 1984, 22), F.J. 5º: «A través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de la esfera privada de ella».

⁴ STS de 23 de Abril de 2010 (RJ 2010, 4721), F.J. 6º.

⁵ STC 69/1999, de 26 de Abril (RTC 1999, 69), F.J. 2º.

⁶ CUCHI, F. M. y BASOLS, C., «El domicilio como objeto de la diligencia de entrada y registro: su concepto y casuística», en *Revista General de Derecho Procesal*, nº. 28, 2012, pp. 17-18, citando a GONZALEZ SOLER, O. E., «Aspectos constitucionales de algunas diligencias sumariales que afectan a los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones: entradas domiciliarias. Comunicaciones postales y telefónicas», en *Constitución y garantías penales. Cuadernos de Derecho Judicial*, nº. XV, 2003, p.126.

TC ha reconocido la titularidad del derecho de inviolabilidad domiciliaria a las personas jurídicas, aunque es necesario diferenciar la intensidad de protección del domicilio de personas físicas frente a personas jurídicas. La matización se materializará en el juicio de proporcionalidad que debe realizarse para conocer si es posible conceder una resolución judicial habilitante que permite la entrada y registro de domicilio.

Recientemente el TS ha advertido de la posible revisión de la interpretación del domicilio de personas jurídicas, tendiendo favorablemente a la ampliación del mismo, como consecuencia del reconocimiento de responsabilidad penal a personas jurídicas, ya que podría resultar favorable un cambio de criterio porque hasta ahora ha sido muy restrictivo⁷.

1. CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE DOMICILIO.

Ya hemos dicho anteriormente que la CE prohíbe simplemente la injerencia ajena en la morada de un particular; reconoce un derecho de contenido negativo, pero no desarrolla el concepto de domicilio como lo han plasmado otras vertientes del Derecho en cuerpos legales.

Matizando esta técnica instrumental, la doctrina jurisprudencial⁸ y científica⁹ ha desarrollado el concepto de domicilio a efectos constitucionales. Ha establecido que será objeto de protección la morada estable o transitoria de un sujeto en la que desarrolla la vida privada, incluyéndose las habitaciones de hotel, pensiones, caravanas y roulettes.

El estudio de la amplia casuística afrontada por las resoluciones jurisprudenciales permite extraer las siguientes características del domicilio para que sea objeto de protección constitucional:

1. Espacio físico cerrado.
2. En el que individuo titular del derecho vive de forma estable o transitoria.
3. Apto para el desarrollo de la vida privada.

⁷ STS de 27 de Diciembre de 2010 (RJ 2011, 1341), F.J. 1º.

⁸ STS de 16 de Marzo de 2001 (RJ 2001, 1903), F.J. 2º.

⁹ CUCHI, F. M. y BASOLS, C., «El domicilio como objeto de la diligencia de entrada y registro: su concepto y casuística», *op. cit.*, p. 12, citando a GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J., *La inviolabilidad del domicilio*, Tecnos, Madrid, 1992, p.136, HINOJOSA SEVILLA, R., *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal*, Edersa, Madrid, 1996, pp. 23-34, entre otros.

4. En él se despliega su libertad más íntima.

5. Presenta ánimo de exclusión de terceros.

Existe un triángulo garantista del derecho a la inviolabilidad domiciliaria. Es la ley fundamental de nuestro ordenamiento jurídico la que lo formula en el art. 18.2. Pero se requiere de regulación ordinaria donde se establezca cómo y en qué casos se podrá practicar la diligencia de entrada y registro en domicilio ajeno a través de autoridades públicas, esta es una cuestión procesal que ha dispuesto de manera expresa nuestro legislador en los arts. 545 y ss LECrim. Este tratamiento jurídico del derecho al domicilio busca una réplica en la protección del derecho por la vía constitucional y ordinaria. Todo incumplimiento de un precepto jurídico debe desencadenar una consecuencia jurídica de carácter sancionador civil o penal. En el presente supuesto se pone de manifiesto a través de dos sanciones reguladas en el CP, como consecuencia del establecimiento de un ilícito penal. En concreto, los arts. 202 y 203 CP regulan la sanción derivada del delito de allanamiento de morada cuando el derecho de inviolabilidad domiciliaria sea quebrantado por particulares, distinguiendo el primero cuando el domicilio quebrantado es el de una persona física y el segundo cuando nos encontramos ante personas jurídicas. El art. 204 CP regula la sanción correspondiente cuando el autor de los hechos constitutivos de delito sea un funcionario público.

En nuestro ordenamiento jurídico encontramos diversas definiciones del concepto de domicilio cuyo contenido y alcance difiere de una materia a otra. El concepto de domicilio en derecho civil hace referencia a la residencia habitual y se regula en el art. 40 Cc¹⁰. El domicilio a efectos fiscales se concibe como el lugar de residencia habitual para las personas físicas, y como el domicilio social o el lugar donde se llevará a cabo la efectiva dirección y gestión de los negocios de la persona jurídica si éste no coincide con el domicilio social (art. 48 LGT)¹¹.

También encontramos en el artículo 554 LECrim el concepto de domicilio a efectos de la diligencia de entrada y registro, en esta concepción se establece que tendrá la consideración de domicilio los Palacios Reales, el edificio o lugar cerrado destinado a la habitación de cualquier español o extranjero, los buques nacionales mercantes y el

¹⁰ Cfr. PARRA LUCÁN, M.A., «Nombre y domicilio», en *Derecho Privado. Derecho de la Persona*, DE PABLO CONTRERAS, P. (Coor), 4^a edic., Colex, Madrid, 2011, pp. 365-366.

¹¹ Cfr. CAZORLA PRIETO, L.M., *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, 14^a edic., Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 249-250.

centro de dirección o los lugares que soporten documentos de la vida diaria reservados al conocimiento de terceros cuando nos encontremos ante personas jurídicas.

A partir de la enumeración anterior se puede constatar que el concepto jurídico-privado o jurídico-público de domicilio es más restrictivo que el concepto constitucional desarrollado jurisprudencialmente. La CE no se limita a proteger un espacio físico, sino que pretende evitar toda injerencia en la vida privada, familiar y doméstica¹².

2. AMPLIACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO.

Tanto el TC como el TS han entendido que para alcanzar la protección que la Constitución quiere otorgar a la inviolabilidad domiciliaria es necesario interpretar el concepto domicilio de modo amplio y flexible, sin ceñirse estrictamente al lugar que utiliza como morada habitual el individuo. Extiende el concepto a los ámbitos en los que una persona desarrolla la vida privada, debiendo intensificar al máximo la protección a la dignidad e intimidad personal¹³.

Se ha planteado una gran problemática jurídica¹⁴ respecto a la extensión o no a determinados espacios el concepto recogido de manera implícita en el art. 18.2 CE. Ha sido la jurisprudencia la que ha ido perfilando a lo largo del tiempo esta concepción.

Existe unanimidad al considerar excluidos del art. 18.2 CE aquellos espacios físicos abiertos donde por sus propias características imposibilitan el desarrollo de la vida privada. También se excluyen de protección constitucional aquellos lugares destinados a la realización de diversas actividades en los cuáles no se desarrolla la intimidad o la esfera privada del titular, aunque sean espacios cerrados y para entrar en ellos se

¹² STC 173/2011, de 7 de Noviembre (RTC 2011, 173), F.J. 2º: «El derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana [...] confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido».

¹³ STS de 4 de Noviembre de 2002 (RJ 2002, 10007), F.J. 2º.

¹⁴ El TC y el TS han desarrollado el concepto de domicilio a efectos constitucionales. Esto no ha sido una labor sencilla. No cabe duda de que la morada donde el individuo desarrolla la vida privada de forma permanente y estable deba considerarse domicilio protegido constitucionalmente. Sin embargo, los supuestos donde una persona puede desarrollar actos personalísimos de forma temporal o esporádica y la aparición de ciertos lugares cerrados con características peculiares, hacen que el Tribunal pueda dudar sobre si merece o no otorgar la calificación de domicilio en estos casos. La diversa casuística contemplada pone de manifiesto los problemas a los que se enfrentan los tribunales en este ámbito. De ahí que podamos encontrar jurisprudencia donde se aprecia cambio de criterio con el paso del tiempo.

requiera autorización, como es el caso de almacenes, fábricas, oficinas y locales comerciales¹⁵.

También quedan excluidas las viviendas deshabitadas o edificaciones deterioradas que imposibiliten la vida en ellas. Sin embargo, si en ellas se desarrollara la vida privada, quedarían protegidas dentro del concepto de domicilio aunque sus condiciones fueran precarias, tal y como ocurre con las chabolas¹⁶.

Inicialmente la jurisprudencia no consideraba domicilio las habitaciones de hoteles y de fondas cuando la residencia en las mismas tuviera carácter accidental o temporal. Sin embargo, la tendencia jurisprudencial se modificó y pasó a considerarlas domicilio a efectos constitucionales porque las características que revisten estos espacios permiten que la persona que contrata la habitación pueda ejercer su libertad más íntima, independientemente de que esta situación concreta sea temporal o accidental¹⁷.

También se han incluido dentro del concepto constitucional de domicilio las tiendas de campaña, caravanas y *roulettes* en las que se desarrolle la privacidad de la persona, los baños, lavabos y aseos de establecimientos públicos y el dormitorio común de un acuartelamiento militar¹⁸.

Un vehículo no tiene la condición de domicilio a efectos constitucionales porque en su habitáculo no se pueden desarrollar actos típicos de la vida privada del titular, pero el hecho de que no vulnere ningún derecho fundamental no implica que los agentes policiales no tengan que practicar el registro con las debidas garantías¹⁹. Ahora bien, la cabina de un camión con habitáculo para descanso del conductor es una cuestión controvertida para la cual la jurisprudencia ha establecido que no se puede aportar una

¹⁵ STS de 27 de Junio de 1994 (RJ 1994, 5034), F.J. 4º: «Existen locales que no gozan de cobertura constitucional limitándose su amparo a la exigencia de las formalidades legales que no pueden ser soslayadas por los encargados de aplicar las normas procesales. En el caso de los despachos de profesionales de la Abogacía se deben extremar las garantías en cuanto que se puede poner en peligro el secreto profesional que constituye el núcleo esencial de la actuación de los letrados, por lo que el Estatuto de la Abogacía exige que la diligencia se ponga en conocimiento del Decano del Colegio de Abogados para que pueda estar presente o delegar en algún colegiado».

¹⁶ SAP de Zamora (Secc. 1ª) de 23 de Junio de 2011 (ARP 2011, 1032), F.J. 1º.

¹⁷ STS de 7 de Julio de 1995 (RJ 1995, 5437), F.J. 2º: «Las habitaciones de los hoteles, pensiones y establecimientos similares, legítimamente ocupados, constituyen, a efectos constitucionales, domicilio de quienes en ellas residan, aunque sea temporal o accidentalmente, con la obligada consecuencia de que para llevar a cabo en las mismas las diligencias de entrada y registro, a falta de consentimiento de sus titulares es precisa la previa autorización judicial».

¹⁸ STS de 16 de Septiembre de 1993 (RJ 1993, 6734), F.J. 1º (RJ 1993, 6734); STS de 19 de Septiembre de 1994 (RJ 1994, 6996), F.J. 2º y STC 189/2004, de 2 de Noviembre (RTC 2004, 189), F.J. 2º.

¹⁹ STS de 15 de Abril de 2013 (RJ 2013, 4391), F. J. 1º.

solución única, por lo que será necesario realizar un análisis de las características que reviste cada supuesto (uso al que está destinado, frecuencia, características del habitáculo...) para determinar si el conductor ejerce ámbitos de su privacidad y queda inmune de injerencias externas²⁰.

La jurisprudencia ha incluido como objeto de protección constitucional ciertas zonas de los barcos reservadas al ejercicio de la intimidad personal, como son los camarotes. Pero excluye de protección las demás áreas del barco destinadas a la realización de otras actividades²¹.

Los garajes, cobertizos y trasteros no se han considerado domicilio de acuerdo a la jurisprudencia. Pero, en algunos supuestos se determinó que cuando éstos se hallaren anexos a la vivienda serán fruto de protección constitucional de acuerdo al art. 18.2 CE porque se extenderá el concepto de domicilio a los mismos²². Sin embargo, también encontramos jurisprudencia contradictoria en la que se declara que no es necesaria la autorización judicial para el registro de un vehículo hallado en el garaje de la vivienda, ni para el registro de la concreta dependencia²³.

Finalmente, cabe hacer alusión a un supuesto cuestionado como son las celdas penitenciarias. Un recluso por su propia condición encuentra restringidos ciertos derechos, por lo que el TC ha considerado que la celda no puede ser considerada domicilio a efectos del art. 18.2 CE. En el ámbito penitenciario cabe reconocer el derecho a la intimidad de los internos para garantizar el desarrollo de la personalidad y el aseguramiento de una vida digna. Pero este derecho constitucional será reconocido de forma reducida por las propias cuestiones de organización y seguridad penitenciarias. El TC ha considerado que el recluso deberá ser informado del registro realizado en la celda, estar presente durante su práctica y una posterior comunicación de los resultados obtenidos. Si no se cumplen las previsiones expuestas se considerará que se ha producido una limitación del derecho a la intimidad pero no a la inviolabilidad de domicilio²⁴.

²⁰ STS de 19 de Marzo de 2001 (RJ 2001,3559), F.J. 15º.

²¹ STS de 9 de Octubre de 1998 (RJ 1998, 8287), F.J. 5º.

²² STS de 27 de Septiembre de 1999 (RTC 1999, 171), F.J. 9º.

²³ STS de 22 de Noviembre de 1994 (RJ 1994, 9286), F.J. 4º.

²⁴ STC 89/2006, de 27 de Marzo (RTC 2006, 89), F.J. 2º.

II. INVOLABILIDAD DE DOMICILIO.

La Carta Magna de nuestro ordenamiento jurídico ha manifestado la protección del domicilio a través de un derecho fundamental, «la inviolabilidad domiciliaria». El citado derecho se ha hecho constar en el art. 18.2 CE, incluido en el catálogo referido a derechos fundamentales y libertades públicas que se regula en el Título I, Capítulo II, Sección 1^a.

La inviolabilidad domiciliaria también se ha consagrado como derecho fundamental en otros cuerpos legales: art. 12 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York y art. 8.1 Convenio de Roma de 1950.

Con la protección domiciliaria se pretende evitar injerencias externas en el domicilio constitucionalmente protegido, por tratarse de un espacio físico donde una persona desarrolla vivencias y actos más íntimos. Esta protección se encuentra íntimamente ligada a la diligencia de entrada y registro en domicilio que se regula en la LECrim. Ante la parca regulación constitucional del domicilio y de la diligencia de entrada y registro, se ha precisado de la interpretación doctrinal y jurisprudencial del TC y TS. Muchas han sido las ocasiones en la que se ha puesto de manifiesto la necesaria modificación de la LECrim ante la diligencia que estamos tratando, como consecuencia de la inseguridad que crean los preceptos legales al agente policial en el momento de efectuarla²⁵. Así como de las consecuencias que derivan de la ejecución de la diligencia sin la observancia de los requisitos constitucionales. La necesidad de acudir a la jurisprudencia para que solucione las lagunas legales no es la mejor opción, ya que en muchos aspectos hemos encontrado soluciones contradictorias que se abordarán más adelante.

Aunque se trate de un derecho fundamental al que se reconocen plenas garantías, no se le puede dotar de un contenido ilimitado. Resulta necesario determinar el alcance del mismo y las excepciones a la regla general. El citado derecho no puede poseer carácter absoluto porque en ciertas ocasiones entrará en contradicción con otros derechos

²⁵ MAGRO SERVET, V., «Aspectos prácticos de la ejecución de las diligencias de investigación policial de intervención telefónica y entrada y registro», en *La ley penal*, nº. 65, 2009, p. 6.

fundamentales y habrá que solucionar el conflicto optando por el cumplimiento de uno de ellos, en detrimento del otro.

En concreto, la CE reconoce el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, pero también se hace presente el derecho del Estado a perseguir hechos delictivos.

Como todo derecho fundamental, goza de especial protección derivada del art. 53 CE. El contenido esencial de los derechos fundamentales vinculará a los poderes públicos. Ante un incumplimiento de un derecho fundamental el ciudadano no sólo podrá recabar tutela judicial a través del procedimiento ordinario basado en sumariedad y preferencia, sino también será posible la interposición de un recurso de amparo formulado ante el Tribunal Constitucional.

III. EXCEPCIONES CONSTITUCIONALES AL DERECHO DE INVOLABILIDAD DOMICILIARIA.

La Constitución Española en el artículo 18.2 al regular la inviolabilidad domiciliaria establece tres supuestos que permiten ejecutar la entrada y registro domiciliario. Las tres excepciones que la CE hace constar de manera expresa son:

- Consentimiento del titular del domicilio.
- Resolución judicial habilitante.
- Delito flagrante.

Se requiere que la autoridad pública que vaya a ejecutar la diligencia de entrada y registro cuente con una resolución judicial debidamente motivada en la el juez competente para conocer del asunto considere que existen indicios suficientes y proporcionales para que la diligencia se materialice. No se puede obviar la importancia de la diligencia de la que estamos tratando. En ella está presente un derecho fundamental que puede ser violado si no hay un juez que estime oportuno concederla, atendiendo a la gravedad de los hechos que están siendo investigados y a los intereses públicos de persecución de hechos punibles²⁶.

Este trámite legal no se requiere cuando, es el propio titular del domicilio fruto de la diligencia, quien otorga consentimiento a la entrada y registro de domicilio.

Tampoco se precisará de resolución judicial en los supuestos de flagrancia delictiva. A estos efectos se considera delito flagrante el hecho delictivo que se estuviere cometiendo o se acabara de cometer cuando el delincuente fuera sorprendido en el acto. La LECrim con anterioridad a su reforma recogía un concepto de flagrancia delictiva, pero actualmente ante la falta de regulación legal es la propia jurisprudencia la que nos ha desarrollado los requisitos que deben presentarse para entender que nos encontramos ante un supuesto de tales características.

A pesar de que estos tres son los únicos supuestos recogidos expresamente en la Constitución Española, podemos añadir otras tres excepciones en el art. 553 LECrim:

²⁶STC 167/2002, de 18 de Septiembre (RTC 2002, 167), F.J. 2º, STS de 2 de Noviembre de 2004 (RJ 2004, 7830), F.J. 3º, AAP de Madrid (Secc. 23ª) de 16 de Noviembre de 2011 (JUR 2012, 28231), F.J. 1º

-Cuando exista mandamiento de prisión de una persona. Los autores consideran que la propia resolución judicial de mandato de prisión incluye la diligencia de entrada para que la captura de la persona pueda verse satisfecha²⁷.

-Cuando una persona inmediatamente perseguida por la policía se oculte o se refugie en alguna casa. Podría considerarse un supuesto de flagrancia delictiva con ciertas peculiaridades como abordaremos más adelante, por lo que dicha excepción se hace manifiesta en el art. 18.2 CE²⁸.

-Cuando se trate de la persecución de delitos cometidos por bandas armadas o elementos terroristas. Para este supuesto, la propia CE establece en el art. 55.2 que podrán quedar suspendidos ciertos derechos fundamentales (entre ellos, derecho a la inviolabilidad domiciliaria) cuando intervengan bandas armadas y elementos terroristas, atendiendo al procedimiento de actuación manifestado en una ley orgánica²⁹.

El art. 13.2 a) LO 4/1981, de 1 de junio, establece de manera excepcional la posibilidad de llevar a cabo la diligencia de entrada y registro domiciliario sin precisar de autorización judicial durante los estados de alarma excepción y sitio. La ley orgánica que plantea la excepción manifestada se ha hecho posible por la habilitación constitucional presente en el art. 55.1 CE.

También podemos contemplar como una excepción al derecho de inviolabilidad domiciliaria aquellas conductas limitativas de derechos fundamentales (en este supuesto del art. 18.2 CE) que se amparan en el estado de necesidad como causa justificativa³⁰.

²⁷ 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)», en *La ley penal*, nº. 88, 2011, pp. 32-33.

MORALES MUÑOZ, E., «Diligencias de investigación: Registro domiciliario. Cuestiones generales y consentimiento titular. Situaciones de fragancia», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº. 2036, 2007, p. 1856.

²⁸ MOLINA PÉREZ, T., «La entrada y registro practicada por la policía en el supuesto de flagrancia y la posesión de drogas en domicilio particular», en *Anuario Jurídico y Económico escurialense*, XXXVII, 2004, p.149.

²⁹ HERRERO HERRERO, C., *op. cit.*, p. 26.

³⁰ STC 22/1984, de 17 de febrero (RTC 1984, 22), F.J. 5º.

IV. DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO EN DOMICILIO EN LA LECRIM.

La diligencia de entrada y registro en domicilio es una de las diligencias procesales de investigación propias del sumario (en procedimiento ordinario) o de las diligencias previas (en procedimiento abreviado). Se regula en los artículos 545 a 572 LECrim. Para ponerla en práctica debemos atender a las previsiones constitucionales, además del procedimiento legal desarrollado en la LECrim.

Puede reconocerse como una medida limitadora de los derechos fundamentales, en concreto del art. 18.2 CE. Este hecho desencadena que las consecuencias derivadas del incumplimiento de las previsiones constitucionales desarrolladas por la jurisprudencia española excedan de la mera irregularidad procesal, tal y como se desarrollará más adelante.

Aunque de la concepción del cuerpo legal se puede extraer de forma errónea que la diligencia es única, en realidad nos encontramos con dos diligencias separadas. Por un lado, la diligencia de entrada en domicilio con la finalidad de buscar a alguien o algo que previamente se encuentra localizado. Y por otro lado, la diligencia de registro domiciliario que pretende localizar a alguien o algo. En la práctica son diligencias que aparecen unidas porque generalmente la entrada en domicilio se realiza para registrar la morada e investigar sobre un presunto hecho delictivo.

La diligencia procesal de entrada y registro en domicilio se puede definir como la penetración en un espacio físico cerrado por un agente policial para buscar y recoger fuentes de prueba para la investigación procesal o a la propia persona procesada. Tiene por objeto averiguar y hacer constar la perpetración del delito con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, así como la culpabilidad del delincuente, asegurando su persona en el proceso.

Además de la finalidad investigadora de la diligencia, muchas son las ocasiones en las que el resultado obtenido de la misma se convierte en prueba preconstituida con plenos efectos en el juicio oral. Deberá cumplir los requisitos constitucionales y los previstos

por las normas de legalidad ordinaria para que los resultados que de ella se deriven se puedan utilizar en el juicio como una prueba que contiene plenas garantías³¹.

Si en la práctica de la diligencia no se observan los requisitos constitucionales, se considerará que ha sido practicada vulnerando el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, por lo que será calificada como prueba ilícita y de ella derivarán los efectos establecidos en el art. 11.1 LOPJ³².

Sin embargo, si la diligencia no vulnera el derecho fundamental pero su práctica se ha ejecutado sin cumplir las previsiones legales ordinarias, se considerará que la prueba es irregular pero los resultados que de ella deriven podrán ser llevados al juicio oral por otros medios para que en éste se garantice el principio de contradicción presente en nuestro proceso.

En definitiva, la finalidad penal de la diligencia es la comprobación del hecho punible y la incorporación de la misma al proceso penal a través de la concepción de prueba preconstituida o de los medios pertinentes para fijar los hechos en el juicio³³.

1. REQUISITOS PARA LA CONSTITUCIONALIDAD.

La CE ha establecido expresamente en el propio artículo 18.2 tres excepciones a la inviolabilidad domiciliaria: consentimiento del titular, resolución judicial habilitante y delito flagrante.

Estos mismos supuestos han sido reproducidos en la LECrim. El art. 546 LECrim establece que la autoridad judicial podrá decretar la entrada y registro en edificios y lugares públicos cuando existieran indicios de que se encontrase allí el procesado o efectos o instrumentos del delito. El juez instructor habilitará la práctica de la diligencia a través de un auto motivado (art. 550 LECrim). Sin embargo, se establece que no se precisará de resolución judicial en aquellos supuestos donde existiera consentimiento del titular del domicilio³⁴.

³¹ Cfr. STS de 30 de Marzo de 2011 (RJ 2011, 5722), F.J. 10º.

³² Cfr. STS de 15 de Julio de 2002 (RJ 2002, 7458), F.J. 1º.

Cfr. FIGUEROA NAVARRO, C., «La obtención de pruebas mediante la entrada y registro en domicilio», en *La ley penal*, nº. 91, 2012, pp. 5-6.

³³ Cfr. MESTRE DELGADO, E., «Entrada y registro en domicilios», en *La ley penal*, nº. 65, 2009, pp. 39-54.

³⁴ Cfr. STS de 11 de Marzo de 1998 (RJ 1998, 2579), F.J. 1º.

Finalmente, es el art. 553 LECrime el que regula las facultades excepcionales de los agentes policiales para llevar a cabo la entrada y registro en domicilio en situaciones de flagrancia delictiva.

Los tres requisitos enunciados para que la diligencia se practique sin vulneración del derecho constitucional de inviolabilidad domiciliaria son alternativos. Es decir, en el momento que se cuenta con la existencia de uno de ellos, consentimiento del titular, resolución judicial o flagrancia delictiva, se están salvaguardando las garantías constitucionales.

1.1. CONSENTIMIENTO DEL TITULAR.

A) CONCEPTO

Puede considerarse como uno de los límites al derecho a la inviolabilidad domiciliaria. Es inconcebible la vulneración del citado derecho fundamental cuando el propio titular del domicilio afectado otorga el consentimiento de entrada a un tercero.

El consentimiento deberá ser otorgado por el titular del domicilio, con independencia del título legítimo civilmente que habilite su disposición. Con el derecho de inviolabilidad de domicilio no se pretende proteger el derecho de propiedad, sino la personalidad, por lo que resulta indiferente que el interesado se asiente como propietario, usufructuario o arrendatario³⁵.

Distinguiendo en este asunto debemos afirmar que no se exige que el propietario de la vivienda consienta la entrada y registro o esté presente en la misma, porque sólo ostenta el título de dominio del bien objeto de registro pero no se considera interesado a efectos de la práctica de la diligencia, ni tampoco titular del derecho de inviolabilidad domiciliaria si en este espacio no desarrolla la vida privada³⁶.

Resulta de interés conocer el tratamiento que a este respecto ha dado la jurisprudencia a la intervención de los comoradores. En los supuestos de consentimiento efectuado por los titulares de la vivienda, el TS ha establecido que: «la convivencia supone una relación de confianza recíproca que implica la aceptación de que aquél con quien se

³⁵ SAP de Barcelona (Secc. 6^a) de 4 de Marzo de 1997 (ARP 1997, 541), F. J. 1º.

³⁶ SAP de Sevilla (Secc. 4^a) de 12 de Noviembre de 2009 (JUR 2010, 63182), F. J. 1º, SAP de Vizcaya (Secc. 2º) de 17 de Septiembre de 2010 (ARP 2010, 1370), F. J. 1º.

convive pueda llevar a cabo actuaciones respecto del domicilio común, del que es cotitular, y que en modo alguno determinan la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio»³⁷. Por lo tanto, cualquier cotitular de la vivienda podrá ejercer su derecho y permitir la entrada y registro del domicilio común.

Sin embargo, el TC ha matizado esta concepción estableciendo que resultará suficiente la autorización de uno de los habitantes del lugar afectado siempre que la persona que otorgue el consentimiento no sea parte acusadora en el proceso o exista contraposición de intereses entre las partes³⁸.

El TC ha realizado una distinción entre el titular del derecho a la inviolabilidad domiciliaria y el titular para la autorización a la entrada y registro. La jurisprudencia ha considerado que toda la persona que viva en el domicilio fruto de la diligencia podrá otorgar consentimiento a la entrada y registro. Sin embargo, el derecho a la inviolabilidad domiciliaria es un derecho propio que corresponde a cada uno de los moradores³⁹. Esto nos lleva a una situación paradójica a través de la cual nos podemos encontrar en un supuesto en el que con el consentimiento de un único morador se enerva la funcionalidad del derecho a la inviolabilidad domiciliaria que tutela la vida privada de otros comoradores, que también se ven afectados por la diligencia.

Nos encontramos ante una peculiaridad en el supuesto de comorador precario, es decir, por concesión graciosa del titular del domicilio. Esta situación peculiar lleva al TC a considerar que no se podrá limitar por el comorador precario el derecho del titular originario a autorizar las entradas y salidas de su domicilio, para que éste pueda desarrollar de modo normal su vida personal. Sin embargo, encontramos una excepción a esta regla general que se aplicará a los supuestos en los que la entrada y registro afecte los intereses del nuevo morador en precario y el titular originario haya autorizado la entrada⁴⁰. El TC considera que se debe realizar una ponderación de intereses, decantándose definitivamente por el interés de exclusión del morador en precario

³⁷ SAP de Córdoba (Secc. 1^a) de 10 de Julio de 2013 (JUR 2013 303330), F. J. 1º que remite a STS 6002/2010, de 4 de Noviembre (ROJ: STS 6002/2010).

³⁸ STC 22/2003, de 10 de Febrero (RTC 2003, 22), F. J. 1º.

³⁹ STC 22/2003, de 10 de Febrero (RTC 2003, 22), F.J. 7º, STC 209/2007, 24 de Septiembre (RTC 2007, 209), F.J. 3º.

⁴⁰ STC 209/2007, de 24 de Septiembre (RTC 2007, 209), F.J. 4º.

porque pese a su peculiar situación posesoria, está desarrollando su personalidad en ese domicilio y la protección de ésta deberá prevalecer⁴¹.

B) FORMA

El consentimiento prestado por el titular del domicilio podrá ser expreso o tácito. El propio art. 551 LECrime establece que se entenderá que presta consentimiento cuando «ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que pueda tener efecto».

La LECrime admite la existencia de consentimiento tácito pero la doctrina se encuentra divida⁴². Encontramos un sector doctrinal⁴³ que no admite el consentimiento tácito estableciendo que éste deberá otorgarse por el ciudadano una vez haya sido informado de los derechos que le corresponden y principalmente del derecho a no consentir la entrada y registro domiciliaria.

El TS ha interpretado el precepto legal de forma restrictiva, considera que es válido el consentimiento tácito pero deberá quedar acreditado de forma inequívoca que soporta, permite, tolera que el acto se produzca. Se puede tratar como una aprobación, asentimiento, aquiescencia, licencia o venia⁴⁴. Resulta necesario atender al comportamiento del titular del domicilio anterior, coetáneo y posterior a la práctica de la diligencia.

La jurisprudencia del TS ha enumerado una serie de requisitos que deberá cumplir el consentimiento otorgado para que sea válido⁴⁵:

a) Deberá ser otorgado por una persona capaz⁴⁶. Una persona cuenta con capacidad para otorgar consentimiento cuando haya alcanzado la mayoría de edad civil y no existan restricciones en su capacidad de obrar. En los supuestos en los que la persona se

⁴¹ Cfr. HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., «Supuestos constitucionales que posibilitan la entrada y registro en domicilio», en *Revista Derecho Penal*, nº 36, 2012, p. 104.

⁴² Cfr. 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)», en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº. 2, 2011, p. 18 y LUZÓN CUESTA, J. M., *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario*, Colex, Madrid, 2000, p.41. Ambos autores admiten el consentimiento presunto.

⁴³ FIGUEROA NAVARRO, M.A., *Entrada y registro en domicilio*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 15.

⁴⁴ Cfr. STS de 4 de Marzo de 1999 (RJ 1999,1951), F.J. 4º.

⁴⁵ Cfr. STS de 4 de Noviembre de 2002 (RJ 2002,10007), F.J. 2º.

⁴⁶ Cfr. STS de 9 de Noviembre de 1994 (RJ 1994, 8803), F.J. 1º.

encuentre con minusvalía psíquica aparente, independientemente de que se encuentre incapacitado judicialmente o no, no se considerará que posee pleno discernimiento para otorgar el consentimiento.

- b) Otorgado consciente y libremente. Sin que exista error, violencia o intimidación (art. 1265 Cc). Tampoco puede encontrarse condicionado a promesas de cualquier actuación policial. Si la persona que otorga el consentimiento se encuentra detenida deberá contar con asistencia de Letrado para que el consentimiento sea válido⁴⁷.
- c) Podrá otorgarse tanto oralmente o por escrito pero siempre deberá quedar reflejado documentalmente para dejar constancia del mismo⁴⁸.
- d) El consentimiento se entiende otorgado para un asunto concreto, del que posea conocimiento quien lo preste, sin que pueda aprovecharse para otros fines distintos⁴⁹.

1.2. RESOLUCIÓN JUDICIAL.

La propia CE establece en el art. 18.2 como excepción a la inviolabilidad domiciliaria los supuestos en los que existe resolución judicial habilitante. Todo derecho fundamental está limitado y no puede concebirse de un modo absoluto. Podemos limitarlo con la inclusión de ciertas excepciones, entre ellas la autorización del juez competente.

La LECrim reproduce esta excepción en el art. 550. Se establece que el juez competente podrá autorizar la diligencia de entrada y registro en domicilio a través de un auto motivado que se notificará al interesado de forma inmediata o en un plazo de 24 horas.

Para evitar incurrir en violación del derecho fundamental resulta imprescindible la motivación del auto habilitante. Esta obligación de motivar los autos no sólo deriva de los artículos 550 y 558 LECrim y 248.2 LOPJ donde se hace referencia a la necesidad de un auto fundado, sino que subyace de la propia CE. El art. 24 CE hace referencia al derecho de toda persona a disponer de un proceso con plenas garantías, estas garantías no se van a dar si no existe motivación de las resoluciones judiciales, por lo que

⁴⁷Cfr. STS de 2 de Diciembre de 1998 (RJ 1998, 10077), F.J. 1º, STS de 17 de Marzo de 1993 (RJ 1993, 2323), F.J. 2º.

⁴⁸Cfr. FIGUEROA NAVARRO, M.C., *Entrada y registro...*, op. cit., p. 16 que cita a LÓPEZ BARJA DE QUIROGA.

⁴⁹Cfr. STS de 6 de Junio de 2001 (RJ 2001, 7347), F.J. 3º.

podemos considerar que la motivación del auto es una exigencia que deriva de la tutela judicial efectiva⁵⁰. Además conviene hacer alusión a la jurisprudencia del TC que ha reconocido que la obligación de motivar sentencias que deriva del art. 120.3 CE debe extenderse también a las resoluciones judiciales que revistan forma de auto, atendiendo a su estricta relación con la tutela judicial efectiva como derecho reconocido a los intervenientes en el proceso (art. 24.1 CE)⁵¹.

La jurisprudencia del TC y TS ha aceptado la motivación del auto a través de una remisión a la solicitud policial en la que se incluyan las razones que precisen la necesidad de practicar la diligencia. Esto es debido a que el auto del juzgado es la contestación a una solicitud policial que queda completado por el contenido de esta última⁵².

Para que el juez competente acuerde la práctica de la diligencia de entrada y registro deberá basarla en sospechas fundadas. No caben simples indicios para limitar un derecho fundamental como es el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad domiciliaria, pero tampoco se necesitan los indicios racionales exigibles para el procesamiento. Las sospechas que se precisan para habilitar la diligencia deberán fundarse en datos objetivos, hechos fácticos que determinen una base real de la que se pueda inferir que se ha cometido o se vaya a cometer un hecho delictivo⁵³.

Las meras sospechas de una actividad delictiva y las confidencias no resultan suficientes para conceder la autorización judicial. Deberán acompañarse de una investigación policial para constatar la verosimilitud de los hechos⁵⁴. No se puede exigir al juez contrastar la veracidad de la información suministrada por la policía para conceder el auto habilitante, dado el carácter de urgencia y necesidad que derivan de estas diligencias.

⁵⁰ Cfr. STS de 5 de Octubre de 1998 (RJ 1998, 8320), F.J. 2º.

⁵¹ Cfr. STC 122/1991, de 3 de Junio (RTC 1991, 122), F.J. 2º.

⁵² STS de 22 de Marzo de 1996 (RJ 1996, 1924), F.J. 1º: «La resolución que el juez adopte ha de reunir el requisito de ser motivada, [...] teniendo en cuenta, además que la medida se adopta antes del descubrimiento de un delito por lo que la expresión y descripción de las sospechas policiales será suficiente para fundar la decisión de entrada y registro y la remisión en el auto al oficio policial contenido las razones para pedir la autorización habilitante se ha de estimar como una incorporación del contenido del oficio a la motivación de la decisión judicial».

⁵³ STS de 4 de Marzo de 1999 (RJ 1999, 1951), F.J. 8º y 9.

⁵⁴ STC 8/2000, de 17 de Enero (RTC 2000, 8), F. J. 4º.

La Sala 2^a del TS ha establecido que para conceder la autorización judicial deberán concurrir cuatro principios básicos⁵⁵:

-Proporcionalidad. El TC⁵⁶ ha precisado la estructura del juicio de proporcionalidad atendiendo a los siguientes parámetros: fines perseguidos, medida adoptada y derecho fundamental afectado. La medida limitativa de un derecho fundamental sólo podrá acordarse dada la gravedad de los hechos investigados. El juez deberá decantarse a favor de uno de los intereses contrapuestos, optar por la necesidad de persecución de los delitos, así como investigar quienes son los autores y las circunstancias en las que se cometieron, o decantarse por la protección del derecho de inviolabilidad domiciliaria⁵⁷.

-Necesidad⁵⁸. El juez autorizará la diligencia de entrada y registro siempre que no existan otras medidas menos gravosas e igualmente útiles para la investigación criminal.

-Especialidad. Se requiere la existencia de sospechas fundadas que determinen la comisión de hechos delictivos concretos. Nunca podrá acordarse como actuación prospectiva para averiguar el delito que hubiera podido cometer una persona⁵⁹.

-Motivación. El juez deberá detallar las razones que derivan del juicio interno realizado para optar por la concesión de la medida⁶⁰.

La motivación del auto no resulta incompatible con la economía de razonamientos, ni con una motivación escueta, concisa y sucinta. El razonamiento necesario para entender que el auto está fundado, no implica una determinada extensión, retórica o lógica argumentativa⁶¹.

El auto deberá concretar el edificio o lugar cerrado donde deberá practicarse la diligencia, si se realizará por el día o excepcionalmente de noche y la autoridad o funcionario que la vaya a practicar. El contenido imprescindible del auto queda regulado en el art. 558 LECrim.

⁵⁵Cfr. STS de 23 de Noviembre de 2001 (RJ 2002, 1282), F.J. 2º.

⁵⁶Cfr. STC 69/1999, de 26 de Abril (RTC 1999, 69), F.J. 4º.

⁵⁷Cfr. SAP de Asturias (Secc. 8^a) de 14 de Junio de 2004 (JUR 2004, 244895), F.J. 2º.

⁵⁸Cfr. STS de 1 de Diciembre de 2004 (RJ 2004, 8022), F.J. 1º.

⁵⁹Cfr. STS de 15 de Septiembre de 2010 (RJ 2010, 7823), F.J. 6º.

⁶⁰Cfr. STC 167/2002, de 18 de Septiembre (RTC 2002, 167), F.J. 2º.

⁶¹STS de 30 de Abril de 1996 (RJ 1996, 3218), F.J. 8º.

Este artículo ha sido interpretado por el TC⁶² y el TS⁶³ determinando que en el auto deberá hacerse mención necesaria a los siguientes aspectos:

1. Naturaleza y gravedad de los hechos investigados en relación con la persona afectada por la medida. Deberá hacerse alusión a si la medida ha sido adoptada en un proceso judicial en curso o encuentra su origen en una solicitud policial fruto de diligencias policiales de investigación que desencadenarán la apertura de un proceso judicial.
2. Deberá hacerse alusión a la existencia de sospechas fundadas de que pudieran encontrarse pruebas inherentes a la comisión de hechos delictivos o al presunto autor del delito.

La diligencia deberá aparecer como la medida estrictamente necesaria al no existir la posibilidad de obtener resultados similares con otra que grave en menor medida los derechos fundamentales.

3. En el auto deberá referenciarse la necesidad de practicar la diligencia ante la posibilidad de que las pruebas que allí se encuentran podrían ser destruidas o incluso la desaparición del presunto autor del delito si se localiza en el espacio fruto de la diligencia. Esto dañaría el interés constitucional de persecución de delitos.

Atendiendo a las cuestiones que se deben hacer constar en el auto habilitante de la diligencia de entrada y registro, resulta imposible considerar que éste podría suplirse por una autorización verbal procedente del órgano jurisdiccional competente.

1.3. FLAGRANCIA DELICTIVA.

La última de las excepciones al derecho de inviolabilidad domiciliaria contemplada por la Constitución Española en el art. 18.2 hace referencia al denominado delito flagrante. La LECrim en el marco del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos precisa el concepto de delito flagrante. Es el art. 795.1.1^a LECrim el que determina que el delito flagrante es: «el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto». Sorprendido en el acto no sólo es el delincuente detenido en el momento de perpetración del delito, también el perseguido inmediatamente después de su comisión.

⁶²STC 171/1999, de 27 de Septiembre (RTC 1999, 171), F.J. 10º.

⁶³STS de 10 de Enero de 2005 (RJ 2005, 1612), F.J. 5º.

Atendiendo a esta concepción de delito fragrante, se puede hacer alusión al art. 553 LECrim. Este precepto habilita a los agentes policiales, como facultad excepcional, a la entrada en domicilio en el que el delincuente perseguido se oculte o refugie con posterioridad a la comisión de un delito. Los supuestos de diligencia de entrada en domicilio como consecuencia de la comisión de un delito flagrante, hacen referencia a la comisión de un delito en el interior de un espacio físico cerrado, ante la evidencia delictiva, los agentes policiales proceden a la entrada en domicilio para proceder a la detención del delincuente y para preservar las pruebas que indican la comisión del delito. Sin embargo, estos últimos supuestos de estudio también contemplados en el art. 553 LECrim se diferencian del delito flagrante. Éstos pueden haberse cometido fuera de un lugar cerrado e inmediatamente después de su comisión, el delincuente huye a refugiarse y ocultarse en un lugar cerrado, siendo perseguido por los agentes policiales. Pero también engloba el supuesto de la persecución inmediata del delincuente después de la comisión de un delito en un lugar cerrado y decide huir y esconderse en otro lugar cerrado distinto⁶⁴.

Ante el vacío legal de nuestra Norma Suprema, se precisa de la delimitación jurisprudencial de los requisitos que tienen que concurrir para considerar que nos encontramos ante un supuesto de flagrancia delictiva. El TC establece que sólo podemos considerar que nos encontramos ante un delito flagrante cuando exista evidencia delictiva y urgencia en la intervención policial. Por lo tanto, la flagrancia resultará evidente cuando los hechos delictivos se contemplan sensorialmente en el momento de su comisión o en circunstancias inmediatas a su perpetración⁶⁵.

Algunos autores⁶⁶ han apuntado que la doctrina del TC ha matizado el concepto de evidencia delictiva. Consideran que no sólo nos encontramos con evidencia delictiva cuando ésta se percibe a través de los sentidos, sino que también se podrá concluir la existencia de delito flagrante cuando la aplicación de la razón y la deducción lógica a

⁶⁴ HERRERO HERRERO, C., *op. cit.*, pp. 33-35.

⁶⁵ STC 341/1993, de 18 de Noviembre (RTC 1993,341), F.J. 8º: «A los efectos constitucionales que aquí importan no procede asumir o reconocer como definitiva ninguna de las varias formulaciones legales, doctrinales o jurisprudenciales, que de la flagrancia se han dado en nuestro ordenamiento, pero lo que sí resulta inexcusable -y suficiente, a nuestro propósito es reconocer la arraigada imagen de la flagrancia como situación fáctica en la que el delincuente es «sorprendido» -visto directamente o percibido de otro modo- en el momento de delinuir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito».

⁶⁶ LUZÓN CUESTA, J. M., *op. cit.*, p.55 que cita a LÓPEZ REQUENA, I., «La “evidencia” del “delito flagrante” en la jurisprudencia constitucional sobre la inviolabilidad del domicilio (STC 94/1996, de 28 de mayo)», *A.J. Aranzadi*, nº 255, 1996.

datos objetivos nos lleven a determinar que existe conocimiento evidente de la perpetración del delito. En esta línea, la STC núm. 94/1996, de 28 de mayo, establecía que los agentes de policía adquieran un conocimiento evidente sobre la comisión de un delito a través de la existencia de indicios racionales y vehementes de carácter objetivo, sin tratarse de meras conjeturas o sospechas⁶⁷.

La delimitación del concepto de flagrancia delictiva ha resultado de gran importancia porque supone una excepción a un derecho fundamental. Esto llevó a cuestionar el art. 21.2 de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana que permitía la diligencia de entrada y registro en domicilio a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado sin necesidad de autorización judicial, alegando como base el conocimiento fundado de perpetración delictiva. Este artículo supuso una gran discusión doctrinal, generaba inseguridad jurídica al permitir la entrada y registro en domicilio sin requerir habilitación judicial. La clave de la cuestión era determinar si la existencia de conocimiento fundado era equivalente a las notas definitorias de flagrancia delictiva. El TS consideró que el conocimiento fundado resultaba insuficiente para aplicar la excepción constitucional de flagrancia delictiva porque rebasa sus límites (evidencia del delito y urgencia de actuación), y con base en ello declaró la inconstitucionalidad del precepto⁶⁸.

El TC⁶⁹ y TS⁷⁰ han definido de forma unánime los requisitos para justificar la diligencia de entrada y registro en domicilio ante la comisión de un delito flagrante:

1º Inmediatez temporal: se precisa que el delincuente haya sido sorprendido por los agentes policiales durante la comisión del delito o instantes después de su comisión con objetos o instrumentos que prueban su participación.

2º Inmediatez personal: el delincuente debe encontrarse presente en ese momento, en relación con los objetos o instrumentos que prueben su participación en el delito.

⁶⁷ STC 94/1996, de 28 de mayo (RTC 1996,94), F.J. 5º.

⁶⁸ STC 341/1993, de 18 de Noviembre (RTC 1993,341), F.J. 8º, STS de 10 de Diciembre de 1993 (RJ 1993, 9277), F.J. 3º.

⁶⁹ Cfr. STC 22/2003, de 10 de Febrero (RTC 2003, 22), F.J. 5º.

⁷⁰ Cfr. STS de 24 de Febrero de 1998 (RJ 1998,1480), F.J. 4º.

3º Necesidad urgente de intervención: la actuación del agente policial resulta necesaria y urgente para cesar la comisión del delito, proceder a la detención del delincuente y/o asegurar las fuentes de prueba para evitar su desaparición.

El delito flagrante en su acepción como excepción constitucional a la inviolabilidad domiciliaria y la regulación en el art. 553 LECrim como supuesto de facultades excepcionales reconocidas a los agentes policiales en el procedimiento para la ejecución de la diligencia de entrada y registro, nace con la finalidad de evitar la frustración policial en la ejecución de las funciones que tienen encomendadas. En concreto, con esta excepción se pretende que en los supuestos donde la perpetración del delito resulta evidente para el agente policial porque lo ha presenciado directa o indirectamente, se permita la práctica de la diligencia sin la necesidad de solicitar una resolución judicial habilitante porque las circunstancias que revisten los hechos, implican actuación policial inmediata para cesar o prevenir la comisión del delito, detener al delincuente o evitar la desaparición de fuentes de prueba. Sin embargo, si en un supuesto concreto no aparece la nota de urgencia de actuación policial, deberá solicitarse autorización judicial habilitante para la práctica de la diligencia.

2. PRUEBA ILÍCITA.

La consecuencia inmediata de la obtención de una prueba derivada de la vulneración de un derecho fundamental es la consideración de prueba ilícita a los efectos del art. 11.1 LOPJ.

Los tres requisitos enunciados con anterioridad, consentimiento, resolución judicial y delito flagrante, son las tres excepciones constitucionales que habilitan la práctica de la diligencia sin incurrir en la violación del derecho fundamental del art. 18.2 CE. Estos tres requisitos no son acumulativos sino alternativos, por lo que si el agente policial accede al interior de un domicilio alegando la existencia de una de las excepciones anteriores, deberá cumplir todos los requisitos que derivan de ésta.

Nos encontramos ante una diligencia limitadora de los derechos fundamentales. Si se produce la entrada y registro en un domicilio y se han obviado los requisitos excepcionales reconocidos en la CE y desarrollados por la jurisprudencia del TC y TS, la consecuencia jurídica será la declaración de la ilicitud de la diligencia. La declaración de ilicitud supone que todas las pruebas obtenidas serán nulas de pleno derecho y no

podrán ser utilizadas en el proceso como prueba de cargo para fundamentar la condena del imputado o enervar la presunción de inocencia. Éstos son los efectos que la LOPJ reconoce en el art. 11.1 a los actos ilícitos⁷¹.

Asunto relacionado con éste es la doctrina de los frutos del árbol envenenado que consiste en la extensión de nulidad a todas las pruebas que procedan de otra precedente que adolece de ilicitud. En estos supuestos no sólo será nulo el registro y las pruebas que de él derivan, sino también aquellas pruebas que indirectamente deriven del conocimiento obtenido a través del medio de investigación declarado ilícito⁷². Son los efectos indirectos o reflejos que desarrolla la doctrina de los frutos del árbol envenenado que encuentra su origen en el razonamiento de la Corte estadounidense⁷³.

Los hechos conocidos a través de una diligencia que vulnera un derecho fundamental no dejan de existir, pero el conocimiento y las pruebas derivadas de la misma no pueden utilizarse en el proceso porque no son pruebas obtenidas con plenas garantías⁷⁴. Como ya sabemos, de acuerdo al art. 24 CE toda persona tiene derecho a un proceso con plenas garantías, así los jueces y tribunales preservarán este derecho y velarán por evitar cualquier indefensión que pudiera producirse⁷⁵.

Sólo podrán ser admitidas en el proceso aquellas pruebas desvinculadas del acto ilícito, es decir, los hechos y pruebas conocidos a partir de otro medio de investigación que no esté conectado con el declarado ilícito.

En consonancia a esta argumentación, el juez podrá admitir la declaración del imputado reconociendo los hechos constitutivos de delito aunque la diligencia de entrada y registro practicada por los agentes policiales hubiere sido declarada ilícita.

Cuando nos encontramos ante un caso donde se practica la diligencia de entrada y registro y no existe autorización judicial, delito flagrante o consentimiento del titular del domicilio, se produce una perturbación del derecho de inviolabilidad domiciliaria, y la

⁷¹ Ver por todas la STS de 26 de Noviembre (RJ 2003, 9491), F.J. 10º.

⁷²STS de 15 de Abril de 2001 (RJ 2002, 6833), F.J. 1º: «La prohibición del art. 11.1 LOPJ alcanza tanto a las pruebas en cuya obtención se ha vulnerado un derecho fundamental, como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de una anterior, ilícita».

⁷³SALAS CALERO, L., «Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio: problemas probatorios, prueba ilícita y procesos penales socialmente relevantes. La exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas en el Derecho Procesal de los Estados Unidos», en *Revista Poder Judicial*, nº. 66, 2012, p. 371.

⁷⁴STC 8/2000, de 17 de Enero (RTC 2000,8), F.J.3º.

⁷⁵STC 239/1999, de 20 de Diciembre (RTC 1999, 239), F.J. 4º.

consecuencia inmediata es la declaración de un acto ilícito y nulo, así como las pruebas emanadas de él. En cambio, en los supuestos donde concurre una resolución judicial, flagrancia delictiva o consentimiento del titular del domicilio, cada requisito esencial de forma independiente actúa como legitimador de la práctica de la diligencia, por lo que no se produce una lesión grave del derecho fundamental. Pero si en la realización del acto se incumplen normas procesales reguladoras del procedimiento, la consecuencia jurídica se materializa en la declaración de un acto irregular que no tiene efecto probatorio pero que podrá ser convalidado con diligencias posteriores o acreditar los hechos por otros medios⁷⁶.

La mayoría de los problemas planteados ante los tribunales derivan de la resolución judicial para la práctica de la diligencia. Son los tribunales los competentes para determinar si el auto habilitante está suficientemente motivado. En los supuestos donde el auto no contiene una adecuada fundamentación para determinar que se encuentra correctamente motivado, la consecuencia inmediata será la declaración de vulneración de un derecho fundamental (art. 18.2 CE) y la ilicitud de la entrada y registro practicada⁷⁷.

También es variada la casuística jurisprudencial en la que se produce la legitimación de la entrada y registro en domicilio a través del consentimiento del titular. En muchos de estos supuestos el consentimiento no se ha otorgado de forma consciente y libre, por lo que se constata que se incurre en vicio del consentimiento y si no existe una autorización judicial o delito flagrante, la entrada será ilícita y las pruebas obtenidas se considerarán nulas⁷⁸.

⁷⁶ STS de 4 de Marzo de 1999 (RJ 1999, 1951), F.J. 6º.

⁷⁷ STS de 27 de Octubre de 2000 (RJ 2000, 9278), F.J. 2º.

⁷⁸ SAP de Valencia (Secc. 3ª) de 23 de Octubre de 1997 (ARP 1997, 1905), F.J.1º: «De las declaraciones de los testigos se desprende que no informaron correctamente a los ocupantes de la vivienda del motivo de la entrada en la misma, de lo que se proponían hacer ni de los derechos que les asistían a negarse a la misma, teniendo en cuenta además que el Juez de Paz llevaba una carpeta azul que exhibía pretendiendo hacerles creer que en su interior se hallaba el mandamiento de entrada y registro, tal y como manifestó en su declaración en el acto de juicio oral, por lo que, en caso de que prestaran su consentimiento, dicho consentimiento estaría viciado, no siendo por tanto válido por no haber sido prestado de forma consciente y libre, suponiendo la diligencia de entrada y registro practicada en su día una clara lesión al derecho fundamental de inviolabilidad del domicilio, determinando la directa aplicación del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual, no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

3. REQUISITOS PARA LA REGULARIDAD PROCESAL.

Distinto de la licitud que radica en el cumplimiento de los requisitos constitucionales, se encuentra la regularidad que se basa en el cumplimiento de los preceptos legales que marcan la ejecución de la diligencia procesal de entrada y registro. El procedimiento de la diligencia de entrada y registro se regula en los arts. 569 y ss LECrim. El cumplimiento de las previsiones dispuestas legalmente, se mueven en torno a la denominada legalidad ordinaria. Es decir, la LECrim acota cómo se debe desarrollar la práctica de la diligencia y si no se siguen todos los trámites establecidos la diligencia se podrá calificar de irregular pero no se producirán los efectos del art. 11.1 LOPJ, siempre que los derechos fundamentales no se vean afectados.

Muchas han sido las ocasiones en las que se ha solicitado una regulación adecuada de las diligencias limitativas de derechos fundamentales ante la deficiente regulación existente y la problemática suscitada. En un Estado de Derecho resulta necesario aclarar cómo debe proceder el agente policial encargado de practicar la diligencia para no incurrir en defectos procesales. Se requiere dotar a las medidas limitativas de derechos fundamentales de seguridad jurídica para evitar posibles actuaciones que deriven en ilicitud del acto y la correspondiente nulidad de pleno derecho de las pruebas que emanen de él.

Ha sido la jurisprudencia del TC y TS la que ha subsanado las lagunas o deficiencias legales, pero esto no es suficiente porque atender a criterios jurisprudenciales que no sean resueltos por el legislador nos llevan en la práctica a situaciones con soluciones contradictorias.

De forma reiterada el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha denunciado la deficiente redacción de los arts. 569 y ss LECrim⁷⁹. Los citados artículos deberían adaptarse a la realidad, para poder ofrecer una solución a la variedad casuística resultante de la práctica sin tener que recurrir a cambiantes criterios jurisprudenciales⁸⁰.

Con la práctica de la diligencia de entrada y registro se pretende obtener una prueba de cargo en el acto de juicio oral que permita desvirtuar la presunción de inocencia derivada del art. 24 CE. Para ello deberán ser respetados los límites constitucionales

⁷⁹ MAGRO SERVET, V., *op. cit.*, p. 6.

⁸⁰ Cfr. STEDH (Secc. 2^a) de 17 de Enero de 1995 (JUR 2011, 205641), F.J. 3º.

presentes en el art. 18.2 CE y las previsiones legales que marcan la actuación de los agentes policiales. También será necesario atender a los pronunciamientos jurisprudenciales más recientes.

A continuación voy a desarrollar los defectos procesales que han suscitado una mayor problemática. De ellos han derivado varias corrientes doctrinales en sentido contrapuesto y no existe una jurisprudencia unánime que resuelva los supuestos.

3.1. PRESENCIA DE SECRETARIO JUDICIAL.

La presencia del secretario judicial en la práctica de la diligencia de entrada y registro ha sido una de las cuestiones más controvertidas que ha dado lugar a dos reformas del artículo 569.4 LECrim. Con la presencia del Secretario Judicial no sólo se está cumpliendo una exigencia legal, sino que se está garantizando la veracidad y autenticidad de la diligencia practicada. El Secretario se convierte en el garante del proceso debido, asegura que el desarrollo de la diligencia se realice atendiendo a las previsiones legales.

El TC ha sido unánime al considerar en numerosas ocasiones que la falta de presencia de Secretario Judicial en la diligencia de entrada y registro no afecta al derecho fundamental del art. 18.2 ni al art. 24 CE⁸¹. El incumplimiento de las disposiciones legales (LECrim) no afecta al derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio ni a la tutela judicial efectiva. Esta afirmación nos lleva a determinar que la prueba ilícita derivada del imperativo del art. 11.1 LOPJ no será el efecto aplicable al incumplimiento de la previsión legal relativa a la presencia del Secretario Judicial durante la entrada y registro en domicilio.

La regulación anterior a la reforma del año 92 establecía que el registro se practicaría siempre en presencia del Secretario Judicial. Esta previsión generó bastante confusión por lo que la jurisprudencia de este período no resultó unánime. Podemos presenciar la existencia de tres corrientes que califican de distinto modo la ausencia del Secretario Judicial durante la práctica de la diligencia, así como los efectos que se derivan de ésta.

⁸¹ ATC 349/1988, de 16 de Marzo (RTC 1988, 349 AUTO), F.J. 1º, STS de 9 de Abril de 1993 (1993, 3315), F.J. 3º, SAP de Zaragoza de 12 de Mayo de 1995 (ARP 1995, 649), F.J. 1º, STS de 10 de Noviembre de 1997 (RJ 1997, 8565), F.J. 5º.

En un primer periodo, el TS determinaba que la diligencia practicada a través de la policía judicial en posesión del mandamiento otorgado por el juez no constituye quebrantamiento del derecho fundamental de inviolabilidad domiciliaria, ni tampoco del art. 24 CE que manifiesta el derecho a un proceso con todas las garantías. Esta Sala también estima conveniente aclarar que la actuación policial queda justificada a través de una resolución motivada por el juez donde se habilita a practicar la diligencia. Por este motivo la ausencia del Secretario Judicial no supone una infracción del precepto adjetivo determinado por la LECrim. Al encontrarnos ante una actuación sumarial donde los policías realizan las pertinentes actuaciones para investigar los acaecidos, no se requiere la presencia del Secretario, sólo resultaría necesaria si la diligencia fuera practicada personalmente por la Autoridad Judicial⁸².

Con posterioridad aparecen dos corrientes jurisprudenciales que coexisten y originan calificaciones y efectos distintos:

-La primera corriente califica la ausencia del Secretario Judicial durante el desarrollo del registro domiciliario como una irregularidad procesal que no afecta a los derechos fundamentales proclamados constitucionalmente. La ausencia de esta figura implica la falta de comprobación de veracidad otorgada a través de la fe pública, esto requiere que la diligencia sea corroborada a través de pruebas complementarias entre las que se admite la declaración de los funcionarios intervenientes en la práctica de la diligencia⁸³.

-La segunda corriente opta por calificar la diligencia como nula. El TS considera que queda salvaguardado el derecho fundamental de inviolabilidad domiciliaria a través de la resolución judicial habilitante para la práctica de la diligencia. Sin embargo, la ausencia de Secretario Judicial durante el registro supone una infracción de una exigencia legal esencial por lo que deberá ser calificada de acuerdo al art. 238.3 LOPJ como nula. El hecho de que se permitiera la subsanación de la diligencia a través de la intervención del funcionario policial infractor del precepto legal esencial implicaría la indefensión del acusado. Por lo tanto, los policías no podrán comparecer en el juicio para ratificar la diligencia; han sido ellos con sus actuaciones incorrectas los que han provocado la nulidad del acto, están tachados de parcialidad objetiva. Por el contrario, la

⁸² STS de 23 de Septiembre de 1989 (RJ 1989, 6782), F.J. 1º y 2º.

⁸³ STS de 16 de Octubre de 1991(RJ 1991, 7279), F.J. 6º, STS de 27 de Enero de 1992 (RJ 1992, 457), F.J. 4º.

diligencia nula podrá ser ratificada en el juicio oral a través del testimonio del propio acusado o de los testigos que estuvieran presentes⁸⁴. Esta doctrina se consolidó en 1993 en contradicción a la expuesta con anterioridad.

Como podemos observar, la doctrina ha evolucionado en el tiempo, no de forma contradictoria pero sí de forma complementaria.

La inseguridad jurídica derivada de otorgar calificaciones distintas a un mismo defecto procesal suscitó una gran polémica a partir de los años 90. Se decidió dar una nueva redacción al art. 569.4 LECrim por la Ley 10/1992, de 30 de Abril, de medidas urgentes de reforma procesal. El artículo quedó redactado en los siguientes términos: «el registro se practicará en 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». Esto implicaba que si nada se decía en el auto, la presencia del Secretario Judicial resultaba preceptiva tal y como se establecía en la anterior regulación. Sin embargo, se concedía al juez la facultad de encomendar la tarea de registro a cualquier Autoridad o Agente de la Policía Judicial.

Cuando el Juez no opta por la facultad de encomendar la tarea de registro domiciliario a la Autoridad o Agente de la Policía Judicial, la presencia del Secretario resulta obligatoria. Por ello, el TS⁸⁵ siguió manteniendo el criterio de declarar nula la diligencia pero subsanable a través de la intervención de los presentes en la misma, exceptuando a los policías que la han practicado prescindiendo de un requisito esencial contemplado en la LECrim.

El Juez de conformidad con la reforma de 1992 puede sustituir al Secretario Judicial por un Policía Judicial o por otro funcionario que haga sus veces. En estos supuestos no se requiere que se expresen las circunstancias personales del sustituto para dotar de validez a la delegación, pero la ausencia del Secretario Judicial implica la falta de garantía de fe pública que sólo éste puede constatar⁸⁶. El TS establece que los agentes que practiquen la diligencia deberán ratificar ante el juez el contenido del acta para que los hallazgos

⁸⁴Cfr. STS de 3 de Diciembre de 1991 (RJ 1991, 8968), F.J. 1º, STS de 31 de Marzo de 1992 (RJ 1992, 2537), F.J.2º.

⁸⁵Cfr. STS de 7 de Abril de 1992 (RJ 1992, 2864), F.J.4º.

⁸⁶STS de 11 de Febrero de 1997 (RJ 1997, 722), F.J.4º.

derivados de ésta, una vez sometidos a contradicción en el juicio oral, pudieran ser considerados prueba de cargo⁸⁷.

La segunda reforma del art. 569.4 LECrim se produce con la Ley 22/1995, de 17 de Julio, mediante la que se garantiza la presencia judicial en los registros domiciliarios. La regulación fruto de la reforma se mantiene en la actualidad y considera necesaria la presencia de Secretario Judicial para practicar la diligencia, pudiendo éste ser sustituido de acuerdo a la LOPJ.

Las discrepancias aparecen respecto a la determinación de los efectos que derivan de la irregularidad procesal consecuencia de la práctica de la diligencia de entrada y registro sin la presencia del Secretario Judicial. La jurisprudencia del TS ha determinado que en ningún caso podrá adquirir la naturaleza de prueba preconstituida porque el Secretario Judicial es el único funcionario público que otorga fe con plenitud de efectos⁸⁸.

Los pronunciamientos mayoritarios más recientes del TS declaran que la ausencia de Secretario Judicial en la práctica de la entrada y registro domiciliario no supone vulneración de un derecho fundamental, por lo que no cabe la calificación del acto como ilícito. Por lo tanto, sus efectos no contagian el resto de actuaciones. La inobservancia del precepto procesal produce la irregularidad de la diligencia, privándole del valor de prueba preconstituida y debiendo ser introducida en el juicio oral a través de otra actividad probatoria, se admite un medio de ratificación complementario⁸⁹. La STS de 31 de diciembre de 2002 admite como medio de ratificación las declaraciones de los funcionarios intervinientes en el registro⁹⁰. Aunque no debemos olvidar que otros pronunciamientos jurisprudenciales permiten la utilización de medios complementarios pero no la declaración de los funcionarios infractores del precepto legal tal y como se ha hecho constar anteriormente⁹¹.

⁸⁷ STS de 22 de Abril de 1994 (RJ 1994, 3157), F.J.2º.

⁸⁸Cfr. STS de 1 de Junio de 1993 (1993, 4693), F.J. 5º, STS de 5 de Julio de 2002 (RJ 2002, 7444), F.J.1º, STS de 28 de Enero de 2014 (RJ 2013, 7718), F.J. 7º

⁸⁹ STS de 4 de Marzo de 1999 (RJ 1999, 1951), F.J. 6º.

⁹⁰ STS de 11 de Mayo de 1998 (RJ 1998, 4356), F.J. 8º, STS de 31 de Diciembre de 2002 (ROJ: STS 8974/2002), F.J. 1º.

⁹¹ STS de 31 de Marzo de 1992 (RJ 1992, 2537), F.J. 2º.

Sin embargo, todavía se mantiene la problemática jurídica que se pone de manifiesto a través de posiciones contrapuestas del TS y de la doctrina⁹². Una cuestión controvertida deriva de los supuestos donde la entrada de los agentes de policía es anterior a la del Secretario Judicial, alegando motivos de seguridad y operatividad. Una vez que los agentes policiales aseguran que en el interior del domicilio no existe riesgo que pudiera atentar contra la integridad física de la Comisión Judicial, se procede a la entrada en el domicilio por parte de Secretario Judicial y a continuación comienza el registro. Aunque la entrada de los policías sólo pretende cerciorarse de la inexistencia de riesgos que pudieran atentar contra la Comisión Judicial, ciertos pronunciamientos del TS han considerado que esta actuación irregular atenta contra las garantías constitucionales. Es un modo de proceder que debe cesar, por lo que declara radicalmente ilícita la obtención de pruebas. Sólo podría fundamentar la pretensión de condena en una prueba desconectada de la diligencia de entrada y registro declarada nula. Esta es la línea argumentativa que ha seguido la STS de 15 de Noviembre de 2007⁹³.

3.2. ASISTENCIA DE LETRADO.

El art. 17.3 CE regula el derecho de todo detenido de disfrutar de asistencia letrada. Este precepto ha sido desarrollado para la cuestión que nos interesa tratar en el art. 520.2 c) LECrim reconociendo «el derecho a designar abogado y 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». Sin embargo, varios han sido los pronunciamientos de los tribunales los que han hecho constar que el derecho a la defensa a través de abogado no se materializa en la intervención de éste en todas las diligencias de instrucción⁹⁴.

En numerosas ocasiones se ha planteado ante los tribunales si resulta necesaria la presencia de abogado en la práctica de la diligencia de entrada y registro. Esta cuestión ha sido resuelta por nuestra jurisprudencia de forma contundente.

⁹² MOLINA PÉREZ, T., «La diligencia de entrada y registro practicada en la instrucción», en *Anuario Jurídico y Económico escurialense*, XLIII, 2010, pp. 136-142.

⁹³ STS de 15 de Noviembre de 2007 (RJ 2007, 7316), F.J. 1º: «Si se da carta de naturaleza a esta anormal forma de proceder, se está modificando la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se propicia un modo de actuar absolutamente ilegal y contrario al mandato constitucional. [...]En consecuencia, la obtención de las pruebas es radicalmente ilícita y vicia el contenido de la sentencia que debe ser anulada con la consiguiente declaración de inocencia de las procesadas».

⁹⁴ SAP de Toledo (Secc. 2ª) de 16 de Abril de 2002 (JUR 2002, 155135), F.J. 1º.

La jurisprudencia ha precisado la diferenciación de tres situaciones:

1. Si el titular del domicilio fruto de la diligencia de entrada y registro se encuentra detenido se requerirá de la presencia de abogado para que el consentimiento otorgado por el detenido resulte válido. Nos encontramos ante un supuesto donde la situación en la que se encuentra el titular del domicilio requiere la operatividad de las garantías constitucionales, en concreto del derecho de defensa proclamado en el art. 24.2 CE⁹⁵. La ausencia de letrado en estos supuestos produce la nulidad de las pruebas obtenidas porque el consentimiento otorgado por el titular que habilitaba la práctica de la diligencia no es válido.
2. Si se otorga consentimiento por el titular del domicilio para que se practique la diligencia de entrada y registro y éste no se encuentra detenido, se dota de validez a la diligencia⁹⁶. El TC también se ha pronunciado al respecto determinando que el art. 17.3 y 24.2 CE garantiza la asistencia letrada en las diligencias policiales y judiciales pero esto no significa que se deba extender la protección obligando la participación del abogado en todas las prácticas sumariales⁹⁷.
3. Durante el desarrollo de la diligencia de entrada y registro tampoco se requiere de la presencia de Letrado⁹⁸. El art. 520.2 c) LECrim prevé el derecho del detenido a designar letrado que le asista para las diligencias policiales y judiciales de declaración y para los reconocimientos de identidad de que fuera objeto, pero nada se hace constar en relación a la diligencia de entrada y registro. La falta de existencia de precepto legal que determine la obligatoriedad de la presencia de letrado durante el registro permite constatar que ésta no resultará necesaria.

3.3. PRESENCIA DEL INTERESADO.

Otro de los requisitos de regularidad procesal que considero de interés destacar es la presencia del interesado durante la práctica de la diligencia de entrada y registro en domicilio. El art. 569 LECrim ha regulado este requisito procedimental haciendo

⁹⁵ STS de 4 de Marzo de 1999 (RJ 1999, 1951), F.J. 10º.

⁹⁶ STS de 18 de Diciembre de 1997 (RJ 1997, 8797), F.J. 3º.

⁹⁷ STC 206/1991, de 30 de Octubre (RTC 1991, 206), F.J.2º.

⁹⁸ STS de 23 de Diciembre de 2014 (RJ 2014, 6827), F.J. 1º.

constar expresamente un régimen de sustitución para los supuestos en que el interesado no pueda o no quiera presenciar la diligencia⁹⁹.

Desde esta perspectiva resulta imprescindible determinar el concepto de interesado distinguiendo entre titular del domicilio e imputado. Será interesado el titular del domicilio fruto de la diligencia con independencia del título que legitime su posesión. Se considera interesado porque la diligencia de la entrada y registro transgrede su intimidad. Pero el concepto de interesado a efectos de aplicación del art. 569 LECrim también incluye al imputado. Esto es debido a que los resultados obtenidos de la diligencia autorizada judicialmente se convertirán en una prueba de cargo en el proceso cuando ésta se desarrolle atendiendo a las previsiones constitucionales y legales para adquirir la naturaleza de prueba preconstituida. Por lo tanto, la presencia del imputado en la diligencia resulta necesaria para garantizar el principio de contradicción y dotar de validez probatoria el resultado derivado de la entrada y registro¹⁰⁰.

Una vez dictada la resolución judicial que autoriza la entrada y registro domiciliario se considera satisfecho el contenido del art. 18.2 CE. De acuerdo a ello, la ausencia del interesado en la práctica de la diligencia adquirirá la consideración de irregularidad procesal y no producirá los efectos derivados de la vulneración de un derecho fundamental (art. 11.1 LOPJ). En estos supuestos el contenido de la diligencia podrá introducirse al proceso a través de la declaración de agentes policiales o testigos que hayan presenciado la entrada y registro, pero nunca como prueba preconstituida¹⁰¹.

La presencia del interesado durante la práctica de la diligencia pretende reforzar el derecho a la intimidad proclamado constitucionalmente, que se verá afectado por la entrada y registro en domicilio. Si el interesado se encuentra imputado en el proceso

⁹⁹ Art. 569 LECrim: «El registro se hará a presencia del interesado, o de la persona que legítimamente le represente. Si aquél no fuere habido o no quisiere concurrir ni nombrar representante, se practicará a presencia de un individuo de su familia, mayor de edad. Si no le hubiere, se hará a presencia de dos testigos, vecinos del mismo pueblo».

¹⁰⁰ STS de 11 de Febrero de 2000 (RJ 2000, 943), F.J. 2º.

¹⁰¹ STS de 27 de Enero de 2009 (RJ 2009, 1390), F.J. 3º: «En caso de imposibilidad de traslado del detenido, de ausencia o negativa del titular del domicilio, se procederá como prevé el citado artículo 569. Sin embargo, desde la perspectiva del derecho a la contradicción, o del principio de contradicción, en la medida en que está vigente en la fase de instrucción, interesado es también el imputado. Pero su ausencia en la práctica de la diligencia no determina la nulidad de la misma, sino que impide que pueda ser valorada como prueba preconstituida por déficit de contradicción. Es decir, no será suficiente para valorar el resultado de la entrada y registro el examen o lectura del acta de la diligencia, sino que será preciso que comparezcan en el juicio oral a prestar declaración sobre ese particular los agentes u otras personas que hayan presenciado su práctica».

penal su presencia en la diligencia garantiza el principio de contradicción reconocido en la CE.

En consonancia con lo dispuesto con anterioridad resulta evidente que la protección otorgada al interesado deberá incrementarse en mayor medida si éste estuviera detenido. La jurisprudencia no ha sido unánime en la determinación de las consecuencias derivadas de la práctica de la diligencia de entrada y registro sin la presencia del detenido. El TS en la mayoría de estos supuestos ha considerado que deberá declararse la nulidad absoluta de la diligencia atendiendo al art. 238.3 LOPJ. La argumentación del tribunal se basa en que la situación del detenido debe quedar especialmente protegida, ya que los resultados de la diligencia poseerán un evidente carácter incriminatorio, siendo utilizados en el acto de juicio como prueba de cargo con la finalidad de constatar la comisión de los hechos delictivos. La ausencia del detenido durante la práctica de la diligencia genera una indefensión en virtud del art. 24.2 CE por lo que la entrada y registro deberá considerarse nula de pleno derecho. Sólo se podrá fundamentar su condena en pruebas de cargo desconectadas de todo resultado o conocimiento derivado de la diligencia de carácter nulo. También se establece que el principio de contradicción al que deberá estar sometida toda diligencia probatoria no podrá suplirse con la actividad contradictoria que resulta posible en el juicio oral. Como consecuencia de todo lo expuesto declara que la presencia del detenido resulta obligatoria en la diligencia de entrada y registro precisando que en estos casos no podrá aplicarse el régimen de sustitución derivado del párrafo 2º y 3º del art. 569 LEcrim¹⁰².

No obstante, en algunas sentencias el TS ha realizado ciertas matizaciones alegando que diversas circunstancias excepcionales contempladas en un supuesto pueden justificar la ausencia del detenido en la diligencia. Principalmente contemplan supuestos donde la diligencia deberá practicarse con urgencia y el detenido no puede presenciarla por encontrarse éste hospitalizado o a una distancia considerable del lugar de localización del domicilio. Pero también se ha contemplado la excepción cuando se producen registros simultáneos por razones de urgencia. Esto hace que el detenido sólo pueda presenciar uno de los registros aunque su derecho a la intimidad se vea afectado por varios. En los supuestos enunciados se considera que el registro ha sido lícito. Por lo

¹⁰² STS de 30 de Marzo de 2011 (RJ 2011, 5722), F.J. 10º, SAP de Córdoba (Secc. 1ª) de 10 de Julio de 2013 (JUR 2013, 303330), F.J.1º.

tanto, se ha legitimado la práctica de la diligencia cuando se pueda alegar una circunstancia excepcional que pueda justificar la ausencia del detenido¹⁰³.

Como ya se ha advertido con anterioridad la ausencia del detenido en el registro ha resultado una cuestión controvertida. Esta realidad se pone de manifiesto a través de la aparición de jurisprudencia del TS que resuelve cuestiones similares de forma contradictoria. Algunas resoluciones han considerado que la diligencia se desarrolla sin infracción del art. 569 LECrim cuando se encuentre presente en la misma la esposa, madre o cualquier otro cotitular del domicilio fruto de entrada y registro aunque el detenido se halle ausente. Además en estos supuestos el TS ha considerado que de haberse infringido el art. 569 LECrim nos encontraríamos ante un requisito de legalidad ordinaria que supondría la irregularidad procesal y la consiguiente necesidad de ratificar el contenido del acta donde se describe el desarrollo de la diligencia a través del testimonio de los presentes en la misma¹⁰⁴.

3.4. HALLAZGOS CASUALES.

Los hallazgos casuales consisten en la aparición de fuentes de prueba relativas a la comisión de ilícitos penales distintos del delito por el que se había concedido la habilitación judicial para desempeñar la entrada y registro en domicilio. En el auto motivado donde se establece la posibilidad de practicar la diligencia debe constar el objeto del proceso asociado a la comisión de un delito concreto. Como consecuencia de la ausencia de un precepto legal aclaratorio del carácter de los hallazgos casuales y ante la dificultad de determinar el valor que deberán ostentar tales hallazgos han surgido grandes controversias jurisprudenciales y doctrinales.

Inicialmente el TS consideró que la autorización judicial que había sido concedida para la investigación de un determinado delito no puede extenderse a los objetos encontrados durante la diligencia que se relacionan con la comisión de otros ilícitos penales. El Tribunal establece que el nuevo delito del que no se tenía constancia no ha sido objeto de estudio por el juez que ha dictado el auto. Como consecuencia de ello, no se ha tenido en cuenta si la medida vulneradora de los derechos fundamentales era

¹⁰³ STS de 26 de Septiembre de 2006 (RJ 2006, 6530), F.J. 3º, STS de 4 de Noviembre de 2010 (RJ 2010, 8208), F.J. 3º, STS de 12 de Abril de 2011(RJ 2011, 5725), F.J. 2º.

¹⁰⁴ STS de 18 de Abril de 1997 (RJ 1997, 4539), F.J. 11º, STS de 4 de Julio de 1997 (RJ 1997, 5690), F.J. 2º, STS de 18 de Julio de 1998 (RJ 1998, 7005), F.J. 5º.

proporcional a la gravedad del delito investigado. Así la prueba obtenida que determina la comisión de un delito distinto al que permitió la concesión de la autorización judicial será declarada nula y producirá los efectos que derivan de la prueba ilícita (art. 11.1 LOPJ)¹⁰⁵.

Junto a esta postura jurisprudencial aparece otro extremo totalmente contradictorio. El TS en esta corriente entiende que la existencia de mandamiento judicial previene el cumplimiento de las exigencias constitucionales, por lo que no se podrá considerar que se ha vulnerado el art. 18.2 CE. Además se establece que el mandamiento judicial dota de validez a todos los objetos y evidencias obtenidos en la diligencia¹⁰⁶.

También cabe destacar una posición intermedia a las citadas. El TS en estos pronunciamientos determina que los policías que practiquen la diligencia deberán suspender la práctica de la misma para comunicar al Juez los hallazgos encontrados y que éste determine si cabe extender o no el mandamiento judicial a la investigación de los nuevos ilícitos penales, salvo que por razones de urgencia resulte conveniente continuar con la diligencia¹⁰⁷.

La doctrina considera que no se había ponderado la medida restrictiva de derechos fundamentales respecto a los delitos relacionados con los hallazgos causales; esto suponía una infracción del art. 18.2 CE. Pero resulta necesario advertir que no siempre será así en los supuestos donde aparezcan delitos homogéneos a los que resultaron ser el objeto de la diligencia practicada; no producirán una vulneración de las garantías constitucionales sino que se entenderá que la resolución judicial habilitante se extiende a estos nuevos hallazgos¹⁰⁸.

El TS incorporó el criterio de la conexidad de delitos para calificar de lícitos o ilícitos los hallazgos casuales que subyacen de la diligencia de entrada y registro. Las sentencias que apoyan esta teoría justifican la validez de los objetos hallados a través de la conexidad de delitos. Determinan que la resolución judicial concedida para practicar la diligencia se puede extender a los delitos conexos porque no hay novación, sino una

¹⁰⁵ STS de 2 de Julio de 1993 (RJ 1993, 5703), F.J. 1º.

¹⁰⁶ STS de 18 de Octubre de 1993 (RJ 1993, 7539), F.J. 3º.

¹⁰⁷ STS de 4 de Mayo de 1994 (RJ 1994, 3656), F.J. 1º.

¹⁰⁸ Cfr. GARCÍA SAN MARTÍN, J., «El hallazgo casual o descubrimiento ocasional en el ámbito de la investigación penal», en *La ley penal*, nº. 109, 2014, p. 105 que cita a DIAZ CABIALE, J.A. y MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, p.190.

adicción, algo añadido al delito fruto de la concesión de la resolución judicial habilitante. Al tratarse de una mera adicción no se vulnera el principio de especialidad¹⁰⁹.

Esta concepción fue duramente criticada por algún autor¹¹⁰ que determinaba que la solución que aportaba el tribunal no solucionaba el problema de validez de los hallazgos casuales porque sólo nos aportaba la respuesta para un concreto supuesto, cuando los delitos hallados fueran conexos al delito por el que se concedió la resolución judicial de entrada y registro.

Posteriormente el TS incorporó el criterio de flagrancia para determinar la licitud de los hallazgos encontrados durante la práctica de la diligencia acordada inicialmente para otro fin¹¹¹. En estas resoluciones el TS dota de validez los objetos hallados que muestran la comisión de un delito al aparecer de forma inesperada durante el desarrollo de la diligencia. No se puede pedir a los agentes policiales que se pongan una venda en los ojos para evitar conocer la constitución de un nuevo delito, se encuentra dentro de sus funciones perseguir la comisión de hechos delictivos. En este sentido se pronunció el TC al establecer que la investigación de unos hechos delictivos no impide la investigación de otros acaecidos durante el proceso ya iniciado. Además no se debe olvidar que funcionarios de policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de lo que tuvieran conocimiento¹¹².

La posición citada con anterioridad fue duramente criticada por un sector doctrinal¹¹³, se consideraba que la licitud de los hallazgos casuales no podía ampararse en el concepto de flagrancia delictiva porque no reviste los presupuestos exigidos. También entienden que en estos supuestos no existen razones de urgencia que impidan suspender la

¹⁰⁹ STS de 3 de Octubre de 1996 (RJ 1996, 7563), F.J. 1º.

¹¹⁰ Cfr. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., *op. cit.*, p. 26 que cita a MARTIN GARCÍA, P., *Hallazgos casuales en la diligencia de entrada y registro. Prueba ilícita. En TSJ y AP: Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Provinciales y otros Tribunales*, Tomo V, Volumen V Aranzadi, 2000, p. 397.

¹¹¹ Cfr. STS de 4 de Marzo de 2003 (RJ 2003, 5151), F.J. 4º, STS de 24 de Febrero de 2010 (RJ 2010, 563), F.J. 3º, STS de 23 de Diciembre de 2010 (RJ 2011, 1336), F.J. 1º.

¹¹² STC 41/1998, de 24 de Febrero (RTC 1998, 41), F.J. 33º.

¹¹³ Cfr. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., *op. cit.*, p. 27 que cita a MARTIN GARCÍA, P., *Hallazgos casuales en la diligencia de entrada y registro. Prueba ilícita. En TSJ y AP: Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Provinciales y otros Tribunales*, Tomo V, Volumen V, Aranzadi, 2000, p. 398 y DIAZ CABIALE, J.A. y MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, p. 182.

diligencia para obtener la oportuna resolución judicial que acepte la continuidad y la extensión de la investigación a los nuevos delitos.

En contradicción, otro sector doctrinal¹¹⁴ otorga validez a los resultados derivados de los hallazgos casuales amparándose en la conexión y en el descubrimiento fortuito. Aunque considera que son válidos establece la necesidad de diferenciar los efectos en función de si nos encontramos ante un delito conexo o no. De acuerdo con ello determina que los descubrimientos casuales serán fuente de prueba cuando los delitos sean conexos (art. 17 LECrim). En los supuestos donde no se aprecie conexidad, los descubrimientos casuales actuarán como *noticia criminis* que permitirá la apertura de un nuevo proceso para investigar el nuevo hecho delictivo.

La reciente jurisprudencia del TS ha considerado que los hallazgos casuales indicativos de la comisión de un ilícito penal de gravedad suficiente adquirirán la condición de *noticia criminis* a partir de la cual se posibilita la apertura de un nuevo proceso para investigarlo¹¹⁵. Pero cuando los hallazgos descubiertos tengan conexión y sean considerados incluidos dentro del concepto de flagrancia tendrán validez probatoria dentro del proceso en el que se han obtenido¹¹⁶.

4. CONSECUENCIAS DE IRREGULARIDAD.

Una vez obtenido el mandamiento judicial que permita la práctica de la diligencia sin perturbar el derecho fundamental de inviolabilidad domiciliaria, se procederá a la entrada y registro domiciliario siguiendo los requisitos establecidos legalmente. Por regla general, el incumplimiento de alguno de los requisitos del procedimiento regulado en la LECrim provocará la mera irregularidad procesal que será subsanable con otros actos en el juicio oral.

La consecuencia principal que deriva del incumplimiento del procedimiento legal es que la prueba obtenida ya no tendrá carácter de preconstituida. El acta redactada por el Secretario Judicial, donde se recoge cómo se ha producido la diligencia y los hallazgos encontrados, no podrá ser reproducida en el juicio oral si no es complementada con otras pruebas, como podría ser la declaración del acusado, de los testigos de la

¹¹⁴ Cfr. GARCÍA SAN MARTÍN, J., *loc. cit.* que cita a LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, p.92.

¹¹⁵ STS de 30 de Marzo de 2011 (RJ 2011, 5722), F.J 2º.

¹¹⁶ STS de 24 de Febrero de 2015 (RJ 2015, 594), F.J. 5º.

diligencia o de los propios funcionarios policiales que han llevado a cabo la entrada y registro. Para que los efectos derivados de la diligencia de entrada y registro adquieran la condición de prueba preconstituida, no sólo deberá incluirse dentro de una de las excepciones previstas constitucionalmente, sino que también deberá cumplir las normas de legalidad ordinaria.

Sin embargo, no debemos olvidar que existen requisitos esenciales que forman parte del procedimiento establecido en la LECrim que pueden provocar la nulidad de pleno derecho de acuerdo con el art. 238 LOPJ con los efectos de prueba ilícita del art. 11.1 LOPJ. Para ello habrá que proceder al estudio de cada uno de los casos y atendiendo a las circunstancias, determinar si se ha producido o no indefensión en el interesado y las consecuencias que derivan del incumplimiento de un defecto procesal.

Para que un defecto procesal sea considerado causa de invalidez, deberá producir una disminución real de las garantías y una situación de indefensión al interesado, es decir, debe tratarse de un requisito formal indispensable para que el acto alcance su fin.

Aunque el régimen de nulidades se regula en la LOPJ, los límites entre un tipo y otro de nulidad no están claros y esto crea muchos problemas en la práctica, principalmente en los supuestos a los que me he referido con anterioridad.

V. REQUISITOS EXCEPCIONALES EN EL DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO.

En el art. 553 LECrim se regulan las facultades excepcionales atribuidas a los agentes policiales en la diligencia de entrada y registro cuando el supuesto reviste ciertas circunstancias.

La primera parte del citado artículo incluye tres supuestos donde se atribuye a la policía la facultad de actuar de propia autoridad y proceder a la entrada y registro domiciliario sin necesitar autorización judicial:

1. En los supuestos de flagrancia delictiva. Tal y como se ha desarrollado en el apartado relativo a requisitos constitucionales.
2. Cuando el delincuente ha sido perseguido inmediatamente después de haber cometido un delito flagrante y se introduce en un domicilio para refugiarse u ocultarse de los agentes que lo persiguen.
3. Si existe un mandamiento judicial de prisión¹¹⁷. En estos supuestos existe una orden judicial de prisión sobre una determinada persona y ésta ya ha sobrevenido. Se entiende que la orden de prisión formulada por el juez incluye en su contenido la entrada en el domicilio de la persona que debe ser detenida para entrar en prisión. Queda satisfecho el contenido del art. 18.2 CE porque se dispone de una resolución judicial habilitante. El legislador con el desarrollo de este artículo pretende asegurar la captura del procesado o condenado en aras de un correcto funcionamiento de la administración de justicia.

Pero principalmente pretendo destacar la segunda parte del artículo relativa a los supuestos relacionados con las bandas armadas o elementos terroristas.

1. INTRODUCCIÓN DE LAS MEDIDAS.

En los años 80 en España aparecían numerosos delitos calificados como cometidos por la denominada delincuencia organizada; principalmente eran destacables el terrorismo y los atracos. Para hacer frente a esta realidad social se precisó de una reforma legislativa que viene presidida por la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, referente a la actuación de bandas armadas y elementos terroristas. Posteriormente es la Ley Orgánica

¹¹⁷ STS de 4 de Marzo de 1994 (RJ 1994, 1694), F.J. 2º.

4/1988, seguida de la Ley Orgánica 5/1999 las que modifican la LECrim para reforzar la persecución de los delitos relacionados con organizaciones criminales. Es evidente que el panorama normativo puesto a disposición para un delito cometido por un particular resultará insuficiente en los supuestos en que intervengan bandas organizadas atendiendo a las características de estos delitos y a la peligrosidad de los grupos que los desarrollan. Las recomendaciones encomendadas por organismos internacionales fueron un gran impulso para reforzar las medidas legislativas de nuestro país. A través de la reforma de la LECrim en este ámbito se pretendía detectar la comisión de estos delitos y contar con los instrumentos suficientes para que su persecución y castigo fuera más eficaz.

2. ACTUACIÓN DE BANDAS ARMADAS O ELEMENTOS TERRORISTAS.

La segunda parte del art. 553 LECrim¹¹⁸ hace referencia a la facultad atribuida a los agentes policiales para proceder a la inmediata detención en casos de excepcional y urgente necesidad cuando los presuntos responsables de las acciones delictivas sean bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes. Se puede decir que los agentes policiales podrán proceder a la detención de los integrantes de una banda armada a través de la entrada en el domicilio en el que se oculten o refugien.

La incorporación de este artículo en la LECrim es consecuencia del desarrollo legislativo del art. 55.2 CE por medio de una ley orgánica donde se permite la suspensión de ciertos derechos fundamentales (entre ellos el art. 18.2 CE) en los supuestos donde intervengan bandas armadas o elementos terroristas.

Para poder aplicar el art. 553 LECrim resultará necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que las personas intervenientes en el hecho delictivo constituyan una banda armada. El concepto de banda armada ha sido desarrollado por la jurisprudencia. Nos encontraremos ante una banda armada cuando exista una pluralidad de miembros para poner en práctica el fin ilícito; la organización sea suficiente, adecuada y jerarquizada;

¹¹⁸ Art. 553 LECrim: «Los agentes de policía podrán proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas [...] en casos de excepcional y urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el art. 384 bis, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen».

la banda sea creada con vocación de permanencia, no puede reducirse a una mera decisión transitoria; la finalidad de su constitución debe ser esencialmente delictiva¹¹⁹.

Resulta necesario incluir la nota de asociación ilícita armada. Las armas utilizadas por la organización no son cualquier tipo de armas, sino armas de fuego, bombas, granadas, explosivos o similares. Además estas bandas u organizaciones criminales deben crear un temor generalizado en la sociedad, situación de alarma e inseguridad social. Estos fines delictivos pueden ser conseguidos por los denominados individuos rebeldes por lo que se ha ampliado la aplicación del art. 553 LECrim y por ello la suspensión del derecho fundamental regulado en el art. 18.2 a la actividad delictiva desempeñada por individuos rebeldes¹²⁰.

2. La actividad ilícita desarrollada debe estar tipificada en el CP como un delito cometido por bandas, individuos terroristas o rebeldes¹²¹.

3. Para que se proceda a la entrada en domicilio con el fin de detener a los individuos responsables de la comisión de un delito de banda armada se requiere que se encuentren presentes las circunstancias de urgente y extrema necesidad de acuerdo al art. 553 LECrim. Sabemos que esto es una medida excepcional y sólo podrá aplicarse cuando las circunstancias del supuesto aconsejen actuar con la mayor celeridad posible para evitar daños graves a los ciudadanos.

¹¹⁹ SAN de 1 de Abril de 2003 (JUR 2004, 262310), F.J. 1º.

¹²⁰ STC 199/1987, de 16 de Diciembre (RTC 1987, 199), F.J. 4º.

¹²¹ Deben ser delitos tipificados en el CP donde la autoría de los mismos se atribuya a bandas armadas, individuos terroristas o rebeldes. Estos delitos se regulan en los artículos 472, 473, 475 y 571 a 577 CP.

VI. EFECTOS DE LA DILIGENCIA.

1. SUMARIO.

En la fase de instrucción se desarrollan las diligencias reguladas en la LECrim como medios de investigación. Tienen la finalidad de esclarecer los hechos que presuntamente podrían obtener la calificación de delito, pero también determinar los presuntos responsables de la comisión de los mismos. La LECrim ha regulado expresamente un número determinado de diligencias sumariales que podrían verse ampliadas con otros medios de investigación que se adecuen al supuesto concreto aunque no se encuentren recogidos en la LECrim. Por lo tanto, se puede decir que el legislador no ha limitado el número de diligencias aplicables, no existe un *numerus clausus*.

Resulta necesario diferenciar los medios de investigación de los medios de prueba, tendentes éstos últimos a fijar los hechos trascendentales para la resolución judicial.

Con carácter general, las diligencias sumariales no constituyen pruebas de cargo que puedan ser utilizadas en el juicio oral para desvirtuar la presunción de inocencia. La función propia del sumario supone la necesidad de investigar los hechos acaecidos para determinar si son constitutivos de delito, así como a la persona que presuntamente los ha cometido. Una vez que se obtiene suficiente información, si se considera que los hechos son constitutivos de delitos y que la acusación está suficientemente fundada concluirá el sumario y se procederá a la apertura del juicio oral. Sin embargo, el propio TC¹²² ha considerado que ciertas diligencias sumariales podrán obtener la calificación de pruebas preconstituidas cuando sean de imposible reproducción en el juicio oral, siempre que se realicen siguiendo las garantías constitucionales.

La diligencia fruto de estudio no se regula dentro del Título V, del Libro II, dedicado a la comprobación del delito y a la averiguación del delincuente sino que aparece regulada en el Título VIII. Esto es debido a que se trata de una diligencia de comprobación y averiguación restrictiva de los derechos fundamentales. Las funciones que se atribuyen a esta diligencia en el sumario se limitan a ser consideradas como medio de investigación para el esclarecimiento de los hechos y para la determinación

¹²² Cfr. STC 148/2005, de 6 de Junio (RTC 2005, 148), F.J. 2º, STC 1/2006, de 16 de Enero (RTC 2006,1), F.J. 4º, STC 344/2006, de 11 de Diciembre (RTC 2006, 344), F.J. 4º.

del responsable de los mismos. Sin embargo, esta medida tiende a la obtención de elementos o datos que puedan ser utilizados en el juicio oral como prueba de cargo tal y como se abordará más adelante.

Al encontrarnos ante una diligencia que produce una limitación de derechos fundamentales para su puesta en práctica resulta imprescindible el cumplimiento de una serie de requisitos:

1. Legalidad. De acuerdo al art. 53.1 CE, será necesaria una ley que autorice la medida limitativa de los derechos fundamentales pero atendiendo al contenido esencial previsto en la CE que en ningún caso podrá verse vulnerado¹²³.
2. Proporcionalidad. Se deberá realizar una ponderación de los intereses en juego y sólo se adoptará la medida restrictiva de los derechos fundamentales cuando resulte necesaria y siempre que no exista un medio menos gravoso que nos lleve a la consecución del mismo fin¹²⁴.
3. Control judicial. La intromisión en un derecho fundamental como es el derecho a la inviolabilidad domiciliaria requiere de una resolución motivadora de los órganos judiciales donde se autorice la restricción del derecho, fundamentando las razones que llevan al tribunal a adoptar esta decisión para que el interesado adquiera conocimiento de las mismas¹²⁵.

Una vez cumplidas las garantías, la diligencia producirá plenos efectos como medio de investigación de los hechos punibles y de la determinación del presunto responsable.

2. JUICIO ORAL.

Si la diligencia de entrada y registro se ha desarrollado cumpliendo los requisitos constitucionales y los presupuestos ordinarios recogidos en la LECrim adquirirá el carácter de prueba preconstituida y gozará de valor probatorio. Es decir, los resultados de la diligencia se convertirán en una prueba de cargo que podrá contribuir a la fundamentación de la condena en el acto de juicio oral. Se introducirá en el mismo por

¹²³ Cfr. ATS de 15 de Septiembre de 2005 (JUR 2005, 227757), F.J. 2º.

¹²⁴ Cfr. SAP de Madrid (Secc. 23ª) de 26 de Marzo de 2004 (JUR 2004, 260214), F.J. 2º.

¹²⁵ Cfr. STC 239/1999, de 20 de Diciembre (RTC 1999, 239), F.J. 5º.

la vía del art. 730 LECrim a través de la lectura del acta elaborada por el Secretario Judicial donde se recogen los resultados derivados de la práctica de la diligencia.

Se trata de una diligencia que debe realizarse durante el sumario porque no puede demorarse hasta la apertura del juicio oral y se permite su acceso a la valoración judicial y a la fundamentación de la condena siempre que se haya realizado respetando las garantías de defensa del imputado y esté sometida a control judicial.

El TS ha precisado ciertos requisitos que debe cumplir la prueba sumarial preconstituida y anticipada para que pueda justificar una sentencia condenatoria¹²⁶:

-Requisitos materiales: debe resultar imposible su reproducción en el momento del juicio oral.

-Subjetivos: necesaria intervención del Juez de Instrucción para que se realice la diligencia atendiendo al control judicial pertinente.

-Objetivos: debe tratarse de una prueba sujeta a contradicción. Como ya hemos visto en apartados anteriores el incumplimiento de ciertos requisitos legales imposibilitan la valoración de la diligencia en el juicio oral.

-Formales: deberá introducirse en el juicio oral a través de la lectura del acta donde se describe la diligencia que viene a ser desarrollada por el Secretario Judicial.

¹²⁶ STS de 8 de Mayo de 2000 (RJ 2000, 3154), F.J. 1º.

CONCLUSIONES

La jurisprudencia ha desarrollado el concepto constitucional de domicilio. La casuística planteada ante los tribunales para delimitar qué se considera domicilio fue muy variada. El TC consideró que no sólo podía extenderse el concepto de domicilio a la morada, sino que todo lugar cerrado donde una persona desarrollara sus vivencias más íntimas tendría la consideración de domicilio constitucional. De acuerdo a esta argumentación el concepto de domicilio ha sido ampliado.

En cuanto a la diligencia de entrada y registro en domicilio se puede decir que ésta sólo será válida si existe consentimiento del titular del domicilio, resolución judicial habilitante o delito flagrante. Respecto al consentimiento del titular del domicilio la problemática se ha planteado en torno a quién debe otorgar el consentimiento. Esta cuestión ha sido resuelta determinando que la persona que deberá otorgar el consentimiento es el interesado, es decir, la persona que ve afectado su derecho a la intimidad y a la inviolabilidad domiciliaria como consecuencia de la diligencia practicada. Cuando el juez dicte un auto donde se acuerde la práctica de la diligencia, ésta podrá efectuarse porque nos encontramos ante uno de los supuestos excepcionales que se contemplan en el art. 18.2 CE. Han sido varios los requisitos que se exigen para que la resolución judicial se considere válida, principalmente se requiere que el auto contenga una exposición fundada de las razones por las que se considera idónea la práctica de la diligencia, así como la concreción del presunto delito que se pretende investigar. Y finalmente, el delito flagrante también permitirá la entrada y registro para detener la conducta delictiva observada por los agentes policiales o para evitar que desaparezcan las pruebas que demuestren la comisión de un determinado delito.

La inobservancia de estos tres requisitos constitucionales produce la calificación de la diligencia practicada como ilícita. Como consecuencia de ello se despliegan los efectos del art. 11.1 LOPJ. Sin embargo, si el incumplimiento deriva de los requisitos legales desarrollados en la LECrim, la diligencia se habrá practicado sin vulnerar el derecho fundamental y los efectos de la misma serán de ilícita o irregular, en función de si el requisito que se ha obviado es o no esencial.

La diligencia de entrada y registro en domicilio se practica en la fase de instrucción del proceso penal. Su finalidad no se limita a la investigación de los hechos y a la

determinación del culpable, sino que podría decirse que su importancia deriva de la naturaleza de prueba preconstituida haciendo que ésta sea utilizada en el juicio oral como prueba de cargo que permita enervar la presunción de inocencia. Para que la diligencia se convierta en prueba preconstituida no sólo debe cumplir los requisitos constitucionales sino que también deberá observar los requisitos de legalidad ordinaria.

BIBLIOGRAFÍA:

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)», en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº. 2, 2011.

ARAGONESES MARTINEZ, S., «El sumario II», en *Derecho Procesal Penal*, De la Oliva, A. *et al.* (dir.), 7^a edic., Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 330-375.

ARMENTA DEU, T., «La instrucción III: Medidas limitativas de Derechos Fundamentales», en *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 7^a edic., Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 146-151.

CALDERÓN, A. y CHOCLÁN, J.A., *Derecho Procesal Penal*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 213-227, 345-347, 354.

CAZORLA PRIETO, L.M., *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, 14^a edic., Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 249-250

CUCHI, F. M. y BASOLS, C., «El domicilio como objeto de la diligencia de entrada y registro: su concepto y casuística», en *Revista General de Derecho Procesal*, nº. 28, 2012.

FIGUEROA NAVARRO, M. C., *Entrada y registro en domicilio*, Tecnos, Madrid, 1994.

FIGUEROA NAVARRO, C., «La obtención de pruebas mediante la entrada y registro en domicilio», en *La ley penal*, nº. 91, 2012, pp. 5-16.

GARCÍA SAN MARTÍN, J., «El hallazgo casual o descubrimiento ocasional en el ámbito de la investigación penal», en *La Ley Penal*, nº. 109, 2014, pp. 104-109.

HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., «Supuestos constitucionales que posibilitan la entrada y registro en domicilio», en *Revista Derecho Penal*, nº 36, 2012, pp. 97-115.

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)», en *La ley penal*, nº. 88, 2011, pp. 23-40.

LUZÓN CUESTA, J. M., *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario*, Colex, Madrid, 2000.

MAGRO SERVET, V., «Casuística sobre el concepto penal de domicilio en la diligencia de entrada y registro», en *La Ley*, nº. 2, 2002, pp.1764-1771.

MAGRO SERVET, V., «Aspectos prácticos de la ejecución de las diligencias de investigación policial de intervención telefónica y entrada y registro», en *La ley penal*, nº. 65, 2009, pp. 4-18.

MESTRE DELGADO, E., «Entrada y registro en domicilios», en *La ley penal*, nº. 65, 2009, pp. 39-54.

MOLINA PÉREZ, T., «La entrada y registro practicada por la policía en el supuesto de flagrancia y la posesión de drogas en domicilio particular», en *Anuario Jurídico y Económico escurialense*, XXXVII, 2004, pp. 131-158.

MOLINA PÉREZ, T., «La diligencia de entrada y registro practicada en la instrucción», en *Anuario Jurídico y Económico escurialense*, XLIII, 2010, pp. 127-142.

MORALES MUÑOZ, E., «Diligencias de investigación: Registro domiciliario. Cuestiones generales y consentimiento titular. Situaciones de fragancia», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº. 2036, 2007, pp. 1841-1856.

PARRA LUCÁN, M.A., «Nombre y domicilio», en *Derecho Privado. Derecho de la Persona*, DE PABLO CONTRERAS, P. (Coor), 4^a edic., Colex, Madrid, 2011, pp. 365-366.

SALAS CALERO, L., «Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio: problemas probatorios, prueba ilícita y procesos penales socialmente relevantes. La exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas en el Derecho Procesal de los Estados Unidos», en *Revista Poder Judicial*, nº. 66, 2012, pp. 367-402.

LEGISLACIÓN:

Constitución Española.

RD de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LO 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución.

LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

LO 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

RD de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.

LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

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 ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves.

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.