

LAS DILIGENCIAS DE ENTRADA Y REGISTRO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ESPAÑOL

The proceedings of entry and registration in the Spanish criminal procedure

Por Alfredo Martínez Guerrero

Letrado de la Administración de Justicia

altiro1964@gmail.com

Artículo recibido: 12/09/18 | Artículo aceptado: 08/11/18

RESUMEN

Este artículo es la elaboración última del trabajo realizado para las Jornadas Técnico Procesales y de Dirección de los Letrados de la Administración de Justicia celebradas en Comillas en septiembre de 2018. Se recogen en él los distintos aspectos que las diligencias de entrada y registro en un lugar cerrado plantean en la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal. Desde su concepto y regulación hasta la elaboración material del acta que la documenta. Se sistematizan en epígrafes independientes los numerosos problemas que estas diligencias instructoras plantean a los que intervienen en el proceso penal -ya sean operadores jurídicos o no-. Prestando, debe quedar claro desde el comienzo, especial atención a los relacionados con los Letrados de la Administración de Justicia; auténticos protagonistas de unas diligencias policiales y judiciales de investigación que constituyen una fuente inagotable de actividad en sus Juzgados de Instrucción. Utilizo como instrumento esencial para dar solución a las cuestiones planteadas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo -además de algunas referencias doctrinales-; diferenciando tales cuestiones según comporten una *infracción constitucional* o *legal*.

ABSTRACT

This article is the final version of the work conducted at the Technical and Procedural Workshops of the Lawyers of the Administration of Justice - Clerks of the Court- held in Comillas in September 2018. It includes the different aspects that the proceedings of entry and registration in an enclosed place under the current Criminal Procedure Law. From its concept and regulation to the material preparation of the documenting record. The numerous problems that these investigative procedures raise to those who intervene in the criminal process- be they legal operators or not -are systematized in independent epigraphs. Giving special attention to those related to the Lawyers of the Administration of Justice; authentic protagonists

of some police and judicial investigation proceedings that constitute an inexhaustible source of activity in their Courts of Instruction. I use as an essential instrument to solve the issues raised, the jurisprudence of the Supreme Court - in addition to some doctrinal references-; differentiating such issues *according to a constitutional or legal infraction*.

PALABRAS CLAVE

Registro, Infracción constitucional o legal, Letrados de la Administración de Justicia, Domicilio, Mandamiento judicial, Acta judicial, Fe pública judicial.

KEYWORDS

Registration, Constitutional or legal infraction, Judicial Counsellors, Home, Judicial order, Judicial act, Judicial public faith.

Sumario: 1. Introducción. 2. Concepto, regulación y naturaleza. 3. Requisitos para la concesión judicial de una entrada y registro válida. 4. Cuestiones en torno al contenido formal del auto habilitante. 5. Cuestiones relativas al tipo de procedimientos en que puede dictarse. 6. Cuestiones relativas al concepto de domicilio a los efectos de estas diligencias instructoras. 7. Cuestiones relativas a la notificación del auto. 8. Cuestiones relativas a las entradas y registros realizadas por el Juzgado que no conoce de la causa en que se acuerda. 9. Cuestiones relativas a las entradas y registro simultáneos. 10. Cuestiones relativas las personas que pueden o deben estar presente en la diligencia entrada y registro. 11. Cuestiones relativas a la extensión del acta que documenta el registro. 12. Bibliografía.

1. Introducción

Con el Tribunal Supremo¹ podemos decir que solo existen tres supuestos de entrada lícita en el domicilio ajeno:

1.1 Con consentimiento del titular, artículo 551 LECrim. Este consentimiento debe ser prestado por una persona capaz, mayor de edad y sin restricciones en su capacidad de obrar, otorgado de forma libre y consciente -sin que medie violencia o intimidación o error, sin condición- y en unas condiciones que permitan al mismo reflexionar sobre su decisión; es decir, en las condiciones de serenidad y libertad ambiental necesarias. Además, para el supuesto de que *el interesado se encuentre detenido*, es necesario que ese consentimiento se preste por el mismo en presencia de su abogado. Consentimiento que se podrá dar por escrito o de manera verbal, pero que siempre se recogerá documentalmente para su constancia fehaciente, debiendo

¹ España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 167/2016, de 3 de marzo.

ser expreso -con los matices introducidos en el artículo 551 de la LECrim, es decir que el interesado con sus actos permita entender que autoriza que se pueda llevar a efecto y no invoque la inviolabilidad del domicilio-².

Mención separada merecen los problemas que se plantean cuando nos encontramos en domicilios compartidos. Asunto que será abordado con más detalle después -apartado 6 f.1)-. La idea rectora es que cualquier cotitular de la vivienda podrá ejercer su derecho y otorgar su permiso para permitir a la Policía la entrada y registro del domicilio común. No obstante, el Tribunal Constitucional³ introdujo un matiz muy relevante: *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 ellos*; lo que resulta aplicable a los hijos mayores de edad.

1.2 En caso de flagrante delito, artículo 553 LECrim. No es este el lugar para examinar este supuesto, analizado con detalle por la jurisprudencia. Sí que daremos una definición de *flagrancia*. Entendiéndose por tal a la situación fáctica en la que el delincuente es *sorprendido* -visto directamente o percibido de otro modo- en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito. De modo que, a) un conocimiento o percepción evidente y b) la situación de urgencia, exigible para impedir la consumación del delito, para conseguir la detención del presunto delincuente o evitar la desaparición de

² En esta materia debe consultarse la muy reciente STS 440/2018, de 4 de octubre; en la que se sistematizan los requisitos que deben tenerse en cuenta para dar validez a la prestación del consentimiento autorizante del registro domiciliario. A saber: “*a) Que esté otorgado por persona capaz; esto es mayor de edad, y sin restricción alguna en su capacidad de obrar. b) Que esté otorgado consciente y libremente. Lo cual requiere: que no esté invalidado por error, violencia o intimidación de cualquier clase; que no se condicione a circunstancia alguna periférica, como promesas de cualquier actuación policial, del signo que sean; que si el que va a conceder el consentimiento se encuentra detenido, no puede válidamente prestar tal consentimiento si no es con asistencia de Letrado, lo que así se hará constar por diligencia policial. c) Que se refleje por escrito para su constancia indeleble, ya se preste el consentimiento oralmente o por escrito. d) Debe otorgarse expresamente. Aunque el artículo 551 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza el consentimiento presunto, este artículo ha de interpretarse restrictivamente pues el consentimiento tácito ha de constar de modo inequívoco mediante actos propios, tanto de no oposición, cuanto y sobre todo, de colaboración, pues la duda sobre el consentimiento presunto hay que resolverla en favor de la no autorización, en virtud del principio in dubio libertas y el criterio declarado por el Tribunal Constitucional de interpretar siempre las normas en el sentido más favorable a los derechos fundamentales de la persona, en este caso del titular de la morada. e) Que se otorgue en las condiciones de serenidad y libertad ambiental necesarias. De lo contrario carece de valor. f) Debe ser otorgado por el titular del domicilio, titularidad que puede provenir de cualquier título legítimo civilmente, sin que sea necesaria la titularidad dominical. g) Debe ser otorgado para un asunto concreto del que tenga conocimiento quien lo presta, sin que se pueda aprovechar para otros fines distintos (STS 6 de junio de 2001). h) No requiere en ese caso las formalidades recogidas en el artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de la presencia del Secretario Judicial”.*

³ España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 22/2003, de 10 de febrero.

los efectos o instrumentos del delito, se constituyen en las dos notas esenciales o nucleares a la situación constitucional de flagrancia delictiva⁴.

1.3 Con autorización judicial, artículo 558 LECrim. Este tercer supuesto constituye el objeto del presente artículo. Dejamos aquí consignado -a fuerza de ser exhaustivo- que *esta diligencia puede ser también solicitada en el proceso civil o contencioso*. Para ello basta con que se pida como medida cautelar o en ejecución en dichas jurisdicciones cuando se considere que la misma es necesaria -la entrada e inspección en el inmueble- para asegurar el cumplimiento de la sentencia que pudiese dictarse o ejecutar la misma.⁵

Los problemas que pueden presentarse en relación a las entradas y registros son ingentes. Para evitar la dispersión y perdernos en un mar desordenado de problemas, los hemos agrupado en bloques dentro de los cuales se tratan las cuestiones que tienen elementos comunes, prestando atención específica a los asuntos concretos que lo merecen.

Por otro lado, utilizamos esta introducción -evitando así reiteraciones innecesarias a lo largo de todo el artículo- para advertir que, en relación a los registros, la jurisprudencia constitucional y ordinaria ha establecido que existen dos tipos infracciones. *Unas de rango constitucional*, cuando el registro se lleva a cabo con infracción de algún precepto de constitucional -inviolabilidad del domicilio, derecho de defensa, etc.- y que supone la ilicitud radical del mismo, con aplicación del artículo 11.1 de la LOPJ -teoría del fruto envenenado-. La consecuencia, en estos casos, es la exclusión del procedimiento penal del registro nulo y todo lo que se derive del mismo.

El resto de infracciones en relación a *normas legales o procesales*. Estas infracciones pertenecen al ámbito de la legalidad ordinaria y en tal ámbito deben ser valoradas. La gravedad de estas infracciones tiene su graduación, dependiendo de la importancia procesal de la misma y cada una tendrá sus efectos -según el caso-. En los supuestos más acusados, pueden suponer una grave irregularidad procesal de la prueba y la nulidad del acta del registro, que pierde su valor documental, con total falta de virtualidad a efectos probatorios. Falta de eficacia probatoria que no impide el uso de otros medios de prueba, como son las propias declaraciones del acusado o testificales -con exclusión de los funcionarios policiales que efectuaron materialmente el registro irregular, porque los mismos dejaron de ser testigos para transformarse en protagonistas de tal diligencia, lo que veda su participación en el juicio como tales testigos-.

⁴ España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 281/2018 de 13 de junio.

⁵ Ver artículos 727. 11ª y 778 ter Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 8 Ley Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En adelante, nos referiremos a ellas como *infracciones de rango constitucional o de normas legales* sin mencionar lo que suponen unas y otras, dando por reproducido lo que acabo de exponer.

2. Concepto, regulación y naturaleza.

Debemos empezar resaltando que, no obstante darle un tratamiento unitario la LECrim, son actuaciones distintas y debemos abordarlas de manera *independiente*, pues son diferentes tanto desde un punto de vista práctico como teórico. La diferenciación es importante y tiene trascendencia -de ambos tipos, teórica y práctica- sobre todo para dos cuestiones: en las entradas y registros simultáneos y en los sujetos que deben estar presentes en ambas, como luego veremos.

Podemos definir las como dos diligencias de investigación sumarial, reguladas en la LECrim en los artículos 545 a 572, que necesitan de autorización judicial y suponen la limitación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio⁶. La *entrada*, constituye el medio indispensable para poder llevar a cabo la principal y segunda, integrándose por el simple acceso al interior del domicilio. El *registro*, que es el verdadero objetivo de la actuación instructora, consiste en el examen de las distintas dependencias y espacios que componen dicho domicilio. Su ejecución lleva aparejada la intromisión autorizada en el derecho constitucional garantizado por el artículo 18.2 de la CE: la inviolabilidad del domicilio.

La *entrada*, tiene un carácter instrumental que permite proceder al registro posterior; siendo una diligencia autónoma respecto de éste y pudiendo tener otras finalidades distintas de aquél⁷. También su regulación se lleva a cabo en artículos propios, en concreto los artículos 545 a 567 de la LECrim.

El *registro*, es una actuación posterior. Constituye -como hemos visto- la auténtica diligencia de investigación en la que se impone/exige la presencia del Letrado Judicial como requisito de validez. Teniendo, de igual forma, una regulación propia en los artículos 568 y 569 LECrim. Tanto el Anteproyecto de LECrim de 2009, como el de CPP de 2012 distinguen bien ambos conceptos regulándolos con la debida autonomía⁸.

⁶ DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESES MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R., MUERZA ESPARZA, J. y TOMÉ GARCÍA, J.A. *Derecho Procesal Penal*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

⁷ Ver España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 228/1997.

⁸El primero en los artículos 327 y 335.4 y el segundo en los artículos 336 y 341.2 -los dos de manera parecida- señalando que “*La entrada en el domicilio sólo podrá tener por finalidad la detención del sospechoso o encausado o la realización de un registro para la incautación de los efectos e instrumentos del delito, el aseguramiento de las fuentes de prueba u otros elementos que puedan resultar relevantes para el esclarecimiento del hecho investigado*” y que “*La entrada en cualquier domicilio o lugar cerrado comportará la facultad de efectuar el mínimo registro necesario para prevenir cualquier*

El objetivo está determinado por el artículo 546 de la LECrim, encontrar en el mismo -el domicilio- a) al investigado o b) los efectos, instrumentos o cualquier otro objeto que pueda servir para descubrir o comprobar la existencia de un delito.

También su *naturaleza* es diferente. Mientras que la primera es una diligencia estrictamente policial, *la segunda es judicial*. En efecto, nos dice el profesor Gimeno Sendra⁹ -a falta de la presencia del Juez Instructor en el registro- *solo la asistencia del Secretario Judicial hará posible que el registro tenga el carácter de un acto judicial y que pueda incorporarse al procedimiento como tal y no como un simple atestado*. Volveré luego a ocuparme con más detalle sobre la presencia o ausencia del Juez instructor en esta diligencia; solo dejo consignado aquí que cuando no está presente el Juez es la presencia del Letrado Judicial la que permite que se pueda realizar el documento probatorio y preconstituido del acta judicial que extiende éste y que convierte el acto en judicial.

3. Requisitos para la concesión judicial de una entrada y registro válida

Vienen recogidos en el precepto señalado, el 546, así como en los artículos 550 y 558 LECrim. Enumerarlos es sencillo: **a)** que haya indicios de encontrar los objetivos antes dichos, **b)** que se autorice por el Juez o Tribunal que conociera de la causa y **c)** que lo haga en auto motivado o fundado. La concurrencia de esos tres requisitos no siempre es pacífica y han sido analizados reiteradamente por la jurisprudencia.

a) En relación a los *indicios* debemos destacar que no pueden identificarse con la mera *confidencia policial*. Ésta no puede resultar suficiente como elemento único *para la adopción de medidas restrictivas de los derechos fundamentales*. La supuesta información policial debe dar lugar a gestiones policiales para comprobar su veracidad, y sólo si se confirma por otros medios menos dudosos, pueden entonces solicitarse las referidas medidas restrictivas como la entrada y registro y, por supuesto, concederse judicialmente¹⁰.

b) En cuanto al *requisito de la competencia*, se trata de determinar cuál debe ser el Juzgado de Instrucción que dicte el auto que autorice la entrada y registro. No es una cuestión menor determinar quién debe dictar ese auto en la práctica. Y no lo es, sobre todo, en supuestos urgentes en los que, por ejemplo, se detiene a una persona en un partido judicial distinto del que lleva la causa y

agresión por parte de los que allí se encuentren, así como para impedir que cometan cualquier delito o hagan desaparecer los efectos del delito."

⁹ GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.; ALMAGRO NOSETE, J.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Tomo II. Proceso Penal. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. pp. 331 y ss.

¹⁰ España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 534/2009 de 1 de junio.

ya por la tarde debe registrarse su domicilio. A las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado les puede resultar problemático determinar ante qué Juzgado debe comparecer para pedir el auto que autorice la entrada y registro. Las reglas básicas de la competencia en esta materia, con arreglo a las cuales debemos resolver esta cuestión son:

1º El auto habilitante deberá ser dictado por Juzgado de Instrucción que conozca de la causa. En el supuesto de que no lo haya por no estar judicializado el asunto, será competente el del Juzgado de Guardia que debiera conocer dicha causa. También lo será este Juzgado de Guardia -del partido judicial al que corresponda el órgano judicial sustituido- para los supuestos en que el registro se pida fuera de horas de audiencia.

2º Si no fuese posible aplicar la regla anterior, bien porque la Fuerza Actuante no tenga seguridad sobre cuál es el Juzgado que debe conocer de la causa; o por cualquier otro motivo urgente que justifique el que deba resolverse con inmediatez; la competencia la tendrá el Juzgado de Guardia del partido judicial donde esté el detenido cuyo domicilio vaya a registrarse.

3º Y, en último término, si las dos reglas anteriores no pueden aplicarse, la competencia la tendrá el Juzgado de Guardia del lugar donde esté dicho domicilio. Ver artículos 13 y 307 de la LECrim y la STS de 19 de marzo de 2001.

c) *Motivación del auto*. Sobre el contenido y forma de esta resolución, establece con claridad el Tribunal Constitucional¹¹ que la **autorización judicial** es donde reside la legitimidad del registro domiciliario, considerado como requisito necesario, y suficiente por sí mismo, para dotar de base constitucional a la invasión del hogar. Este auto, como cualquier otro que invada derechos constitucionales, tiene que tener las características de ser *proporcional, necesario, idóneo y útil*, para que esté justificada su emisión y sea válida la intromisión en ese derecho constitucional.

Cuando ese auto carece de tales características, no está motivado o su motivación es defectuosa, ocasiona la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio y *vicia con nulidad todos los actos de ejecución de la orden judicial y los que de ella deriven*. No debe confundirse esta motivación defectuosa con la parquedad de la misma o la motivación por remisión al oficio policial cuyo contenido se asume y se da por reproducido, ambas cosas admitidas por el Tribunal Supremo y el Constitucional¹².

Termino este epígrafe haciendo referencia a un problema al que se enfrentan los Letrados Judiciales en los últimos años. Autos -casi todos provenientes de los Juzgados Centrales de Instrucción- que autorizan entradas

¹¹España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 240/1999 y 8/2000.

¹²España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 240/1999 y 8/2000 y España. Tribunal Supremo. Sentencias de 5 julio de 1993; 7 de noviembre de 1997; 14 julio de 1999, 17 noviembre de 2000 y la 1034/2013 de 30 de diciembre.

y registros que adolecen de justo lo contrario a la falta de motivación antes dicha. Son resoluciones judiciales bizantinas, extensísimas, en las que se pretende recoger hasta la última posible situación problemática que pudiese ocurrir y la solución que -desde su despacho- imagina el Juez Instructor debe poner en practicar los que realizan la entrada y registro. Lo hacen en fundamentos de derecho de muchos folios, en los que relacionan -cortan y pegan- lo que ellos denominan *garantías* con las que deben realizarse las entradas y registros. Una especie de manual de uso integrado por el texto de decenas de preceptos legales, principios e instrucciones concretas de intendencia sobre la diligencia a realizar. Es evidente que sirven de poco frente a las infinitas cuestiones que la realidad de una entrada y registro puede presentar y que los Letrados Judiciales solucionan a diario en los registros que dirigen y documentan; aplicando la Ley y la jurisprudencia que la interpreta, así como tales autos en sus mandatos principales, más allá de la imposible literatura que los esconde y aturde¹³.

4. Cuestiones en torno al contenido formal del auto habilitante

Más allá de su contenido material o sustantivo antes señalado, aquí abordaremos el contenido formal mínimo de tal resolución. Es decir, cuáles son los elementos de obligada constancia en el mismo. Unos y otros -fundamentación y aspectos formales- son recogidos de manera sintética y muy expresiva en la STS 798/2017 de 11 de diciembre¹⁴.

Antes de abordar con detalle esos elementos esenciales haremos referencia a dos asuntos que pueden parecer obvios, pero conviene dejar resueltos. El primero que, de ninguna forma, podrá llevarse a cabo un registro que no se autorice en un *auto escrito*. En algunas ocasiones, la Policía por la urgencia del caso puede pedirlo y el Juez, verse tentado a concederla¹⁵. El

¹³ Aunque no son demasiados, afortunadamente, ahí dejo un par de ejemplos de los autos dichos: el de 11 de enero de 2016, dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 en las D. Previa 12/2016, y los dictados por el mismo Juzgado el 23 de octubre en las D. Previa 141/2018.

¹⁴ Los requisitos esenciales del auto habilitante, según SSTC, además de la motivación que para ser suficiente debe expresar con detalle el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo; el órgano judicial deberá precisar con detalle **las circunstancias espaciales** (ubicación del domicilio) y **temporales** (momento y plazo) de la entrada y registro, y de ser posible también **las personales** (titular u ocupantes del domicilio en cuestión; SSTC 181/1995, de 11 de diciembre, FJ 3; 290/1994, FJ 3; ATC 30/1998, de 28 de enero, FJ 4).

¹⁵ En este sentido la STS 912/1996 de 25 de noviembre establece que: "...En todo caso la autorización o mandamiento para entrar en un domicilio **nunca se puede conceder verbalmente por el órgano judicial encargado de velar por la salvaguarda de la inviolabilidad del domicilio**. El juez debe dictar una resolución razonada recogiendo los datos que le facilitan los funcionarios policiales y autorizando o denegando según las circunstancias del caso entre las que figuran la gravedad o entidad del

segundo que, como toda resolución, ese auto para que sea tal *debe ser firmado por el Juez que lo dicta*, artículo 248.2 LOPJ¹⁶.

Hechas esas dos salvedades, veamos el contenido formal mínimo del auto habilitante, a saber:

a) Edificio o lugar cerrado en que deba realizarse. La resolución judicial que autorice la entrada y registro debe contener la identificación completa del domicilio donde vaya a practicarse la diligencia. Siendo suficiente -señala la jurisprudencia- con que no haya duda sobre la localización material de la vivienda. Así, la descripción de su ubicación en el callejero, la numeración que le corresponde y la planta y letra que lo identifica, son elementos que no deben faltar en el mandamiento judicial. En algunas ocasiones la identificación del inmueble a registrar no resulta fácil. Ejemplo claro se produce en los poblados de chabolas. La jurisprudencia admite y convalida los errores materiales en tales supuestos, pero no la equivocación completa en su identificación que dará lugar a una infracción de rango constitucional. Debiendo señalarse, por último, que no es requisito imprescindible el que se consigne en dicho auto el nombre del titular del domicilio, pues no lo exige la Ley¹⁷.

b) Si la diligencia se llevará a cabo solo de día. Siendo necesaria la determinación concreta de la fecha, día y hora en que se practicará. La expresión "*de noche*" ha de ser interpretada en atención a la finalidad del precepto que no es otra que la de causar las mínimas molestias posibles, lo que se consigue prohibiendo los registros, salvo causa de urgencia, en las horas destinadas al descanso nocturno. Las horas no deben interpretarse en un aspecto puramente cronológico, atendiendo a las del reloj, sino que éstas son

delito que se trata de descubrir y la necesaria proporcionalidad entre la medida restrictiva de un derecho fundamental y la situación que la justifica".

¹⁶ Resulta interesante en esta materia consultar dos sentencias del Tribunal Supremo que dan soluciones por completo contradictorias. La 687/2016 de 26 de julio que opta por señalar que la ausencia de firma del Instructor en tal Resolución no puede suponer un defecto que conlleve la nulidad de dicho pronunciamiento, pues consta la misma unida a las actuaciones e intervenida por el actuario judicial, sin denuncia ulterior alguna por parte del titular del órgano, por lo que debe ser considerada tan sólo como un caso de omisión involuntaria. Y la 454/1993, de 2 de marzo, según la cual "*... los guardias civiles que la realizaron, y que habían solicitado del Juzgado de Marchena mandamiento para efectuar registro a la búsqueda de drogas en el domicilio de Pedro, obtuvieron un auto sin firma del Juez ni del Secretario judicial, esto es, sin el refrendo que establece el art. 248.2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y que era preciso para que tales resoluciones tengan validez y el supuesto auto surtiera efectos como mandamiento. Así figura al folio 2 de las diligencias previas.*" En cuanto a la firma de Letrado Judicial, la STS 809/2001, de 10 de mayo establece la innecesidad de la misma.

¹⁷Ver España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 17/2014, de 28 de enero, 441/1996, de 20 de mayo; 673/1996, de 11 de octubre y la 222/1996, de 12 de marzo; así como la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 1ª, 342/2005 de 1 de julio a propósito de un registro múltiple.

variables, según las estaciones del año y las costumbres; debiéndose estar a la ratio del precepto. En esta materia, el Tribunal Supremo establece como criterio orientador *el de las horas hábiles* del artículo 182.2 de la LOPJ; las que van desde las 8 de la mañana a las 8 de la noche. Siendo las restantes horas, a los efectos registrales que nos ocupan, horas nocturnas con las matizaciones antes dichas respecto a las estaciones del año y las costumbres del lugar. En todo caso, debemos resaltar que la omisión del día y hora del registro en el auto no supone vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio; constituyendo una irregularidad procesal exclusivamente¹⁸.

c) *La autoridad o funcionario que lo vaya a practicar.* Otro de los requisitos del auto habilitante será que en el mismo se designe la autoridad que va a practicarlo o funcionario policial al que se le encomienda. Los problemas que este requisito ocasiona giran en torno al detalle en la identificación de los mismos y qué ocurre si participan funcionarios policiales no expresamente identificados. Señala la jurisprudencia que *la identificación exacta de los funcionarios policiales que han de practicar la diligencia* no viene exigida por las disposiciones que regulan su práctica y, por tanto, no afecta a la validez de la diligencia la determinación genérica de los mismos, o que participen en el registro Policías no expresamente designados¹⁹.

d) *El delito que se investiga y lo que se busca.* En el auto se deberá recoger, con claridad, el tipo o tipos penales objeto del procedimiento en que se dicta y los efectos y objetos a intervenir. Los defectos en esta materia pueden dar lugar a una infracción de precepto constitucional por falta de motivación de la autorización judicial -con los efectos ya señalados-, por lo que se deberá ser especialmente cuidadoso en este asunto; so pena de que la resolución sea anulada por falta de fundamentación e incongruencia²⁰.

e) Por último, haremos referencia en este apartado relativo a los aspectos formales del auto habilitante, a los conocidos en el argot forense como *mandamientos de entrada y registro*. Conforme a la LECrim, artículo 186, para que se lleve a la práctica cualquier diligencia judicial cuya ejecución corresponda a funcionarios de la Policía Judicial se empleará la forma de mandamiento. Este es, por tanto, un despacho que se deberá librar dentro del procedimiento en que se dicte el auto que autorice la entrada y registro y que irá dirigido a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que vayan a practicarlo para que cumplan lo acordado en el mismo. Su contenido, no viene especificado en la LECrim -tampoco en la LEC, artículo 149.5º-. Debemos tener en cuenta que,

¹⁸ Ver España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. de 30 abril de 1993 y de 1 julio de 1994; 1019/2005 de 12 de septiembre; 77/2011 de 23 de febrero.

¹⁹ Ver España. Tribunal Supremo. Auto núm. 1328/2015 de 24 de septiembre, en el fundamento jurídico segundo y la Sentencia núm. 019/2005 de 12 de septiembre.

²⁰ España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 410/2003 de 24 de marzo.

siendo un acto de comunicación, lo que se incluya o no en él será determinado por el Letrado Judicial que deberá firmarlo siempre.

Una fórmula útil para su elaboración, que evita posibles omisiones es la de testimoniar íntegramente el auto y añadir el siguiente encabezamiento: *Yo el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Instrucción número XXX, DOY FE, que la resolución que consta a continuación, es certificación literal de la dictada en las D. Previas XXX de este Juzgado y se expide para que sirva de mandamiento judicial en forma en relación a la diligencia de entrada y registro en él acordada. Con la excepción, claro está, de que el procedimiento esté declarado secreto, artículo 302 LECrim, supuesto éste que veremos en el epígrafe al efecto -apartado 7.3-. En tales casos, sólo se deberá incluir en el testimonio del mandamiento el encabezamiento y parte dispositiva del auto habilitante, con expresión –sino se detallaran en tales partes de la resolución- de los delitos objeto de investigación; en aplicación analógica *in bona parte* del artículo 506.2 de la LECrim.*

5. Cuestiones relativas al tipo de procedimientos en que puede dictarse

Por evidente que pueda parecer, debe señalarse que es dentro de un proceso penal donde habrá de dictarse el auto decretando la entrada y registro. Lo normal es que cuando la Policía hace su petición, la formule entregando el atestado ante el Juzgado que tramita la causa. Para el caso de que el asunto no esté judicializado, la petición se entregará ante el Juzgado de Guardia y de lugar a la incoación del mismo sino existía. Así lo establece, el artículo 546 LECrim que dispone “*el Juez o Tribunal que conociere de la causa...*”

También es lo normal que, siguiendo las prescripciones del artículo 774 de la LECrim, el procedimiento que se inicia sea el Abreviado, mediante la incoación de su fase instructora de Diligencias Previas. Siendo también posible -al menos teóricamente- que se dicte en el seno de un Sumario Ordinario o en el del Tribunal del Jurado.

Fuera de esos supuestos hay dos casos problemáticos en los que, en algunas ocasiones, se dicta un auto de entrada y registro:

- a) En las conocidas en el argot forense como *Diligencias Indeterminadas*.

En la actualidad el tema ya es pacífico para la jurisprudencia del Tribunal Supremo²¹. Cualquier diligencia instructora que suponga una invasión de derechos fundamentales, *solo puede llevarse a cabo en el marco de un proceso penal abierto, rechazándose la técnica de las Diligencias Indeterminadas* -pues las mismas no tienen ese carácter de causa penal, son solo gubernativas-, si bien

²¹ A favor, la España. Tribunal Supremo. Sentencia núm.1558/1993, de 25 de junio, curiosamente en contra otra de igual fecha, la núm. 4519/1993.

el alcance del quebrantamiento de esta prevención no llega a invalidar la diligencia del registro, al tratarse de una cuestión meramente procedimental²². Esta postura reiterada en diversas sentencias, no significa que no haya algunos Juzgados contumaces que todavía siguen utilizando las ominosas Indeterminadas.

b) Para los *delitos leves*.

Puede que parezca un supuesto extraño o de laboratorio, pero no es así. En el partido judicial de Málaga, algunos Juzgados Instrucción han dictado autos acordando la entrada y registro de un domicilio en el seno unas Diligencias Previas, pero en relación a *delitos leves de usurpación* con el fin de identificar a sus ocupantes y poder citarlos ante el Juzgado. *Debe rechazarse esta posibilidad con contundencia*. Tanto el Tribunal Constitucional como el Supremo²³ exigen -como hemos dicho *ut supra*- que el auto habilitante cumpla *el canon constitucional de la proporcionalidad* entre la medida restrictiva y el derecho del Estado a investigar delitos, en relación al derecho fundamental afectado -inviolabilidad del domicilio que tienen los ciudadanos-. Cosa que, evidentemente, no se cumple en un delito leve, cuando desde el principio está claro esa tipificación. Siendo, igualmente censurable, que se incoen y tramiten unas Diligencias Previas para un delito leve cuando la infracción penal es, desde el comienzo, claramente subsumible en dicha categoría penal.

6. Cuestiones relativas al concepto de domicilio a los efectos de estas diligencias instructoras

La LECrim distingue, a efectos de las entradas y registros, entre:

a) *Edificios y lugares públicos*²⁴. En relación a los mismos señalaremos que los lugares públicos caen fuera de la tutela del art. 18.2 CE, que protege el

²²España. Tribunal Supremo. Auto núm. 878/2018, de 21 de junio, Sentencia núm. 264/2018 de 31 de mayo y 706/2014 de 22 de octubre.

²³La STS 1729/2002 de 28 de diciembre establece que “la proporcionalidad de la entrada y registro se determina con relación a la gravedad del delito. Por lo tanto, la existencia de una imputación referida a un delito de la gravedad del tráfico de drogas no afecta en modo alguno a la proporcionalidad”. Por su parte el ATS 817/2018, de 31 de mayo, establece que: “El requisito de la gravedad de las conductas investigadas (justificativa de la proporcionalidad de la adopción de la medida restrictiva de los derechos fundamentales) no implica, como afirman los recurrentes, que tales conductas deban ser tipificadas como delitos graves, sino que responde a un concepto material de gravedad en atención a las circunstancias concurrentes que, desde luego, se dieron en el caso que nos ocupa por tratarse de conductas susceptibles de ser calificadas en alguno de los tipos relativos al tráfico de armas en el que el bien jurídico protegido es, “no solo la seguridad del Estado, sino también la seguridad general o comunitaria a las que se pone en grave riesgo y peligro con instrumentos aptos para matar herir e incluso matar, que se hallan en manos de particulares sin la fiscalización y el control” estatal (STS 45/2011, de 11 de febrero).

²⁴ Ver SSTs 591/2002 de 1 de abril 4 en la que se establece que: “la doctrina de esta Sala reiteradamente venga diciendo que para el registro de los locales de recreo tales como pubs, bares o restaurantes no sea precisa una previa resolución que lo autorice (Sentencias de 9 de diciembre de 1993,

derecho del individuo a disponer de un núcleo de absoluta reserva donde desarrollar su existencia y actividad humana con absoluta privacidad. La entrada y registro en edificios o lugares públicos, artículos 546 y 547 de la LECrim, no está rodeada de estas mismas garantías -autorización judicial y presencia del Letrado Judicial en el registro-. Simplemente se exige que el Juez comunique la práctica de la diligencia a la autoridad o persona que esté al frente de tales edificios o lugares públicos, si así se lo pidieren las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado²⁵: Pero lo normal será que sean éstas las que procedan, sin mandamiento judicial -por más que de manera rutinaria se den en muchos Juzgados Instructores- al registro del establecimiento o edificio abierto al público.

Tienen tal concepto -de lugares públicos- los bares, las tiendas o cualquier otro lugar abierto al público, siempre que estén, en efecto, abierto al público y no incluyan una zona destinada al uso privado para ser utilizada como morada, sin que pueda considerarse como tales las zonas reservadas a los empleados y trabajadores del establecimiento para el ejercicio de sus tareas laborales.

b) Palacios de Colegisladores, en este apartado se incluye al Congreso, el Senado y a los Parlamentos autonómicos. Conforme al artículo 548 LECrim el Juez debe pedir autorización al Presidente de la Cámara respectiva para acordarlo. En este sentido, el artículo 66.3 de la CE declara que las Cortes Generales son inviolables.

c) Templos religiosos²⁶, artículo 549 LECrim. Conforme a dicho precepto solo será necesario comunicar la diligencia a practicar al encargado del templo o lugar religioso, al no estar amparados por la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 CE.

10 de abril de 1995, 18 de mayo de 1995) **ni la asistencia de Secretario Judicial** (Sentencia de 6 de abril de 1994), ya que no constituyen domicilios y no se afecta en ellos el derecho a la intimidad"; y la 1448/2005 de 18 de noviembre que casa una sentencia absolutoria de la A. Provincial de Vizcaya por absolver a unos acusados de un delito contra la salud pública sobre la base de declarar nulo un registro efectuado en un bar sin mandamiento judicial.

²⁵ STS 26/2016 de 19 de mayo y también la nota 25 en relación a la comunicación -muy similar- establecida para los Edificios religiosos.

²⁶ Ver AP Madrid, sec. 16ª, A 27-11-2006, nº 598/2006 donde se establece: "*Señala el art. 549 de la Lecrim que "para la entrada y registro en los templos y demás lugares religiosos bastará pasar recado de atención a las personas a cuyo cargo estuvieren". Dicho precepto debe ponerse en relación con el art. 18.2 de la Constitución Española y con los arts. 202 y siguientes del Código Penal que regulan el delito de allanamiento de morada, así como con lo dispuesto en la doctrina constitucional referida al concepto de "flagrancia" como supuesto verdaderamente excepcional a la protección del domicilio regulado constitucionalmente. De la interpretación conjunta de todo ello no puede sino mostrarse conformidad con la resolución objeto de recurso por cuanto no estamos en presencia de la inviolabilidad de un domicilio y los agentes acuden y entran en el mismo en cumplimiento de sus funciones*".

d) Edificios de representantes de naciones extranjeras. Artículo 559, 560 y 562 LECrim. Se debe pedir por el Juez autorización al representante del país de que se trate para hacerlo. Si en 12 horas no lo hacen, el Juez lo comunicará al Ministerio de Justicia y no podrá realizar la diligencia sin esa autorización, aunque sí adoptar medidas de vigilancia. Conforme a los Convenios de Viena de 1961, 1963 y de Nueva York 1969 son inviolables y no pueden registrarse sin el consentimiento del Jefe de la misión, consulado o embajada.

e) Buques extranjeros. Artículo 561 LECrim. Si son de guerra habrá que pedir autorización al comandante del mismo o en su defecto al embajador o Ministro del Estado al que pertenezca. En el caso de los buques extranjeros mercantes, la autoridad judicial española puede ordenar todas las diligencias que sean procedentes y la entrada y registro en el buque, incluidos sus camarotes, sin otro requisito que la comunicación al cónsul del Estado del pabellón a la mayor brevedad posible, artículo 12.2 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. Aquí debemos destacar que el abordaje y el registro son actuaciones distintas²⁷.

Para las aeronave extranjeras, el artículo 16 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional de Chicago, establece que *“Las autoridades competentes de cada uno de los Estados contratantes tendrán derecho a inspeccionar sin causar demoras innecesarias, las aeronaves de los demás Estados contratantes, a la llegada o a la salida, y a examinar los certificados y otros documentos prescritos por el presente Convenio”*.

f) Domicilios particulares. Artículo 550, 554 a 556 LECrim. -en estos últimos se hace referencia a los Palacios reales, buque y personas jurídicas, también artículo 564 LECrim-. Es el caso arquetípico al que le dedicaremos especial atención.

El rasgo esencial que define el domicilio -a los efectos que nos interesan aquí- es su *aptitud para desarrollar en él vida privada* y en su destino específico a tal desarrollo, aunque sea eventual. Ello significa que, en lo que nos interesa aquí, resulta irrelevante su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso o la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el

²⁷A estos efectos la STS 229 de 15 de mayo *“el abordaje participa parcialmente de la naturaleza procesal del registro de un lugar cerrado que no compromete el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, protegido en el art. 18.2 de la CE, si bien en punto a determinadas zonas de la embarcación que pudieran gozar del concepto de domicilio, el registro habrá de acomodarse a las exigencias constitucionales y procesales de garantía del derecho fundamental.”* Acordando además que: *“Consecuentemente el auto por el que se concedió autorización para el abordaje y que permitió el registro inicial del buque fue correcto sin que adolezca de nulidad alguna, máxime si se tiene en cuenta, como ha recordado esta Sala en SS. 19.9.2005 y 20.1.2007: la conclusión respecto de la licitud en la obtención de la prueba... no se ve alterada por el hecho de la existencia, o no, del permiso por parte de las Autoridades de la nación de abanderamiento del buque, para realizar el referido abordaje.* Para las embarcaciones españolas ver la STS 894/2007 de 31 de octubre.

mismo. Lo determinante será que de esas o de cualquier otra circunstancia pueda afirmarse que el morador lo destina al desarrollo de su vida privada. Exigiéndose, en definitiva, que, con independencia de la configuración física del espacio, los signos externos del mismo revelen la clara voluntad de su titular de excluir de él y la actividad privada que desarrolla en el mismo, al conocimiento e intromisiones de terceros²⁸.

Por no ser aptos para ese desarrollo de la vida privada del individuo, la jurisprudencia excluye del concepto de domicilio a aquellos espacios en que se demuestre de forma efectiva que se han destinado a cualquier actividad distinta a la vida privada, sea dicha actividad comercial, cultural, política, o de cualquier otra índole. Y, por igual motivo, excluye también a los que, por sus propias características, nunca podrían ser considerados aptos para desarrollar en ellos vida privada, esto es, los espacios abiertos. Ahora bien, una vivienda no dejará de serlo por estar circunstancialmente abierta.

La casuística es inmensa. Destacaré, por ser los más frecuentes, algunos supuestos que se excluyen de esta protección constitucional del artículo 18.2. Así: las cocheras, los garajes o almacenes en los que no tienen lugar las actividades domésticas que constituyen el contenido propio de aquello que la persona; la celda de la prisión, un ascensor y demás elementos comunes, los vehículos de motor, las taquillas de uso personal o los compartimentos de literas del tren, los trasteros de viviendas, garajes comunitarios, cobertizos, habitaciones reservadas de un club, un zulo o una choza deshabitada. También quedan excluidos los bares y resto de establecimientos abiertos al público. En consecuencia, *la Policía puede llevar a efecto* -en el uso de sus competencias-, una entrada y registro en tales sitios *sin autorización judicial*, ni presencia del Letrado Judicial; al ser espacios abiertos al público o destinados a un uso incompatible con la privacidad y que, como tales, carecen de la consideración de domicilio. Ya se ha dicho antes que muchos Juzgados Instructores ignoran esta doctrina consolidada del Tribunal Supremo -y del Constitucional- y siguen dictando autos -más o menos estandarizados- autorizando entradas y registros de establecimientos abiertos al público tales como locutorios o similares.

Como casos especiales que comportan un tratamiento diferenciado, debemos destacar:

f.1) Los domicilios compartidos. Supuestos, muy frecuentes -por lo demás-, en los que más de una persona mayor de edad vive en el domicilio. En estos casos, el auto habilitante no necesita la identificación individual de todos los moradores; siendo suficiente la de cualquiera de ellos y -como dijimos antes-

²⁸ España. Tribunal Supremo. Sentencias de 24 octubre de 1992; 11 octubre de 1993; de 19 enero de 1995; 27 de abril de 1995 y 363/2011 de 6 de mayo; y España. Tribunal Constitucional. Sentencias núm. 10/2002 y 189/2004.

la determinación concreta del domicilio. Pues bien, cualquier cotitular o morador de la vivienda podrá ejercer su derecho y permitir para todo el domicilio común la entrada y registro policial. Como señalé al comienzo, el Tribunal Constitucional introdujo un matiz muy relevante en este asunto afirmando *que el consentimiento del titular del domicilio, al que la Constitución se refiere, no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliaria, en determinadas situaciones de contraposición de intereses que enerven la garantía que dicha inviolabilidad representa*"²⁹.

Caso diferente es el que afecta al denominado conjunto *de domicilios* en dicción del Tribunal Supremo. Serían los hoteles, hostales y pisos compartidos en los que cada habitación constituye un domicilio independiente que exige que el auto habilitante se refiera, de manera diferenciada, a cada uno de los mismos; o que se consienta de manera individual para cada uno de ellos por su morador respectivo³⁰.

f.2) Los despachos de abogados y lugares de trabajo. Con carácter general podemos afirmar que no es necesaria la autorización judicial, salvo que se trate de despachos donde se puedan desarrollar actividades que afecten a datos o efectos reservados relacionados *con la intimidad y ámbito privado de terceros* y de los que el profesional se convierte en custodio, como ocurre con los despachos de abogados o de médicos -en estos supuestos se protege el derecho fundamental a la intimidad individual del artículo 18.1 CE; y si es de abogados, también el derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías, artículo 24 CE-. De igual forma, es necesaria la autorización judicial para aquellos lugares de trabajo en que se desarrolle además de la actividad laboral, la vida íntima de alguien y no estén abiertos al público. Tiene utilidad señalar, para terminar este apartado, que el tenor literal del artículo 32 del Estatuto General de la Abogacía no contempla, según se aprecia de su lectura, la obligación de la Autoridad Judicial de notificar o comunicar al Decano del Colegio de Abogados correspondiente, la entrada y registro de todo despacho o bufete que acuerde, sino la obligación de este último de estar presente, si la Autoridad Judicial se lo requiere. De manera que será el Juez correspondiente el

²⁹ España. Tribunal Supremo. Auto de la Sala 2ª, nº 1441/2005 de 14 de julio. Y sentencias 92/2013 de la AP Tarragona, Sección 4ª, de 7 de enero y nº 571/15 de la AP Granada, Sección 2ª, de cinco de octubre.

³⁰ En este sentido la STS 152/2008 de 8 de abril **los diferencia de los clubs de alterne o prostíbulos** en los que se considera suficiente un solo auto habilitante *"pues el hecho del domicilio individual de cada habitación era secundario e incluso inexistente al convivir varias en la misma habitación y los armarios ser indistintos de todas, como expresaron las distintas usuarias de las referidas habitaciones a quienes se les preguntó sobre el particular"*.

que decida si es o no oportuno contar con la presencia del Decano en el registro que autorice³¹.

f.3) El domicilio social de las personas jurídicas. Tratándose del domicilio de personas jurídicas nos movemos en un plano diferente al correspondiente al domicilio de personas físicas. De manera que su protección legal es más débil. Por ello, el artículo 554.4 LECrim, solo exige el mandamiento judicial para autorizar los registros de la principal dependencia de la persona jurídica, pero no para todas, siendo además necesario que la persona jurídica esté imputada/investigada³².

7. Cuestiones relativas a la notificación del auto

En relación al mandato establecido en el artículo 550 LECrim, según el cual el auto motivado que autoriza la entrada y registro se notificará a la persona interesada inmediatamente, o lo más tarde dentro de las veinticuatro horas de haberse dictado, tres son los asuntos que analizaremos.

7.1 ¿Cuáles son las personas a las que se deberá notificar de manera personal el auto habilitante? Esta es una cuestión distinta a la de determinar quién deba estar presente en la diligencia del registro que se aborda de manera separada; pues, aunque algunas personas sean comunes en ambas cuestiones otras no. En concreto son, conforme al artículo 566 LECrim:

a) Al particular que more/resida en el mismo. Lo determinante no es quien sea el propietario sino quién es el residente del domicilio cuya intimidad se va a ver afectada; es decir, la persona a la que se le pueden derivar responsabilidades penales del resultado del registro. Será a ésta a la que deberá hacerse la notificación personal³³.

b) Si no se encontrara al mismo, la notificación se realizará al encargado. Por tal debemos entender a la persona que tiene a su cargo el domicilio. No es un supuesto frecuente, pero podría darse si no estuviera el morador y si por, ejemplo, un mayordomo o alguien con parecido estatus o situación.

c) Y en defecto de ambos, a cualquier sujeto que se encuentre en el domicilio mayor de edad, con preferencia de los familiares del interesado.

³¹ España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 860/1995, de 6 de julio; 974/2012, de 5 de diciembre y 508/2015, de 27 de junio en relación a los despachos profesionales y 540/2017, de 12 de julio en relación al Colegio de Abogados.

³² Ver la España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 125/2014, de 20 de febrero en la que se critica con contundencia dicha diferenciación de protección. También el AAP de Barcelona, Sección 10ª, nº 227/2016, de 14 de marzo para diferenciar el concepto de domicilio de la persona jurídica de una nave industrial.

³³ Ver España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 680/2010 de 14 de julio y la nº 284/2016 de 6 de abril.

No debemos olvidar la antigüedad de la LECrim y las variaciones tremendas que en las familias actuales se han producido con respecto a las del siglo XIX. Es por ello que, en relación estos tres primeros apartados, *la idea rectora* que debe presidir la actuación de los Letrados Judiciales es que, si no fuere hallado el titular y/o residente en el domicilio, deberemos proceder a notificar el auto a cualquier persona que encontremos en él; prefiriendo a los familiares del interesado mayores de edad que se hallaren en la morada.

d) En cuanto a los polémicos dos vecinos, señalados en el 550 LECrim, tras la LOPJ de 1985 y la atribución de la fe pública judicial a los Letrados Judiciales, debemos señalar que son prescindibles, artículo 453.1 y 4 LOPJ; remitiéndome aquí a lo recogido en el punto 10.6 del presente trabajo.

7.2 Tiempo y forma de hacer la notificación.

- **Tiempo.** Dada la gran diversidad de circunstancias que pueden producirse en la entrada y registro, *no es requisito esencial que la notificación preceda a la entrada*. En algunos casos, será posible cumplir con este presupuesto y, en otros casos, como en los que es necesario utilizar el auxilio de la fuerza, lo prioritario será aprovecharse del factor sorpresa, sin perjuicio de que, una vez realizada la entrada y practicadas las actuaciones necesarias para garantizar la seguridad del registro, se proceda a notificársele el auto al interesado. Por otro lado, debe recordarse que el artículo 550 LECrim *in fine*, establece que dicha notificación se llevará a cabo dentro de las 24 horas siguientes a haberse dictado el auto habilitante, cuando la notificación no pudiera hacerse de manera inmediata. En todo caso debemos reseñar que la ausencia de la notificación supone una irregularidad que no limita el derecho de defensa del acusado; y de la que no se derivan invalidación de la diligencia practicada³⁴.

- **Forma.** La notificación debe realizarse mediante la entrega de la copia íntegra o en extracto del auto habilitante, con lectura -resumida- de su contenido; haciéndolo constar en el acta, artículo 170 LECrim. Si fuese extranjero y no concurriese intérprete al registro - no es imprescindible según veremos con posterioridad, punto 10.5- para cumplir con el mandato del artículo 123.1 d) de la LECrim será necesario hacerlo dentro de las 24 horas siguientes conforme a lo antes expresado. A tal efecto podrá citársele en la Oficina Judicial o llevar a cabo la notificación en Comisaría, si estuviese

³⁴España. Tribunal Supremo. Sentencia de 27 de diciembre de 1989; España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 1540/2000 de 10 de octubre. Y SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 5ª, nº 307 de 29 de julio de 2016. Por su parte, la España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 2276/1994, de 30 de diciembre convalida los supuestos en los que la notificación no se lleve a cabo, siempre que el registro se realice en situaciones violentas y con oposición de la persona afectada, que se niega a que se pueda realizar la misma.

detenido. En el momento de la notificación, además, el Letrado Judicial deberá apercibir al interesado, representante o familiar que la resistencia a presenciar el registro podrá suponer que sea investigado por un delito de desobediencia grave a la Autoridad, artículo 569 in fine LECrim, debiendo consignar este extremo de manera expresa en el acta.

7.3 La notificación en caso de estar secretas las actuaciones

Lo señalado en los dos apartados anteriores no resulta aplicable a los supuestos en que las *actuaciones se han declarado secretas al amparo del artículo 302 o 588 bis d LECrim*. Como ya vimos en el apartado e) del punto 4; en tales casos solo se deberá- en el momento de realizar el registro- notificar al interesado un extracto del auto habilitante en el que se recojan el encabezamiento y parte dispositiva del auto, omitiendo -en todo caso- los datos necesarios para preservar la finalidad del secreto de las actuaciones, y evitar poner en peligro el buen fin de la investigación que se realiza. Es conveniente que el propio auto señale lo que debe notificarse por estar secretas las actuaciones, lo que -como todos sabemos- ocurre en pocas ocasiones³⁵; para evitar errores la elaboración previa del mandamiento judicial conforme a lo antes señalado -punto 4 e)- resulta muy efectiva.

8. Cuestiones relativas a las entradas y registros realizadas por el Juzgado que no conoce de la causa en que se acuerda

En este apartado analizaremos dos cuestiones diferentes.

8.1 Entradas y registros realizadas por Juzgados distintos al que dicta el auto habilitante

La previsión legal para estos supuestos es el auxilio judicial, parcamente recogido en artículo 563 LECrim. Debemos señalar, en primer lugar, la importancia de que se remita el exhorto al Juzgado de Guardia del partido judicial de que se trate *con la antelación suficiente* para que el Letrado Judicial que deba practicarlo pueda tener conocimiento del mismo y organizarlo con las Fuerzas Policiales de manera adecuada. Al exhorto se deberá acompañar el testimonio del auto que autoriza la entrada y registro y, también, el mandamiento judicial para llevarlo a cabo; expresándose con claridad si se trata de actuaciones secretas. En este supuesto, junto al exhorto se deberá mandar el auto y el mandamiento convenientemente extractado. Si no lo hiciera así el

³⁵España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 12/2007 de 15 de enero, 100/2002 de 6 de mayo y 12/2007 de 15 de enero, 12/2007 de 15 de enero.

Juzgado exhortante, deberá el Letrado Judicial del Órgano exhortado expedir el mandamiento extractado con el encabezamiento y parte dispositiva del auto.³⁶

8.2 Entradas y registros que puedan llevarse a cabo a través de la Orden Europea de Investigación de reciente introducción en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 3/2018, de 11 de julio por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

Conforme a la misma y su artículo 187.2 será el Ministerio Fiscal la autoridad competente para recibir las ordenes europeas de investigación en las que pueda acordarse una entrada y registro, exigiendo en tal caso nuestra legislación y el apartado b) de dicho precepto, que, puesto que resulta afectado un derecho fundamental, deberá aquél remitirla al Juez o Tribunal para su reconocimiento y ejecución. Interesa destacar aquí que la determinación de cuál sea el Juez competente se lleva a cabo con arreglo a las siguientes reglas:

a) Los Jueces de Instrucción o de Menores del lugar donde deban practicarse las medidas de investigación o, subsidiariamente, donde exista alguna otra conexión territorial con el delito, con el investigado o con la víctima. Si no hubiera ningún elemento de conexión territorial para poder concretar la competencia, serán competentes los Jueces Centrales de Instrucción. b) Los Jueces Centrales de Instrucción, si la orden europea de investigación se emitió por delito de terrorismo u otro de los delitos cuyo enjuiciamiento compete a la Audiencia Nacional, o si se trata de la notificación prevista en el artículo 222. c) Los Jueces Centrales de lo Penal o Central de Menores, en el caso de traslado al Estado de emisión de personas privadas de libertad en España, de conformidad con lo previsto en el artículo 214.

El Ministerio Fiscal podrá practicar las diligencias oportunas a fin de determinar el juez o tribunal competente a quién remitir la orden europea de investigación para su ejecución. Debiendo destacarse que el cambio sobrevenido del lugar donde deba practicarse la medida de investigación no implicará una pérdida sobrevenida de competencia del juez o tribunal que hubiera acordado el reconocimiento y ejecución de la orden europea de investigación.

Si dicha orden europea de investigación se hubiese emitido en relación con varias diligencias de investigación que tuvieran que practicarse en lugares distintos, será competente para el reconocimiento y ejecución de la orden el juez

³⁶ Ver la España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 599/2003 de 16 de abril, que aborda un supuesto en que el exhorto con el auto habilitante se remitió de manera escalonada en distintas horas. Y la España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 436/2001 de 19 de marzo, que aborda los supuestos en que el auto habilitante que dicta el órgano que exhorta contiene algún tipo de error y dicho error es corregido -modificando el auto habilitante- por el Juzgado exhortado.

o tribunal al que el Ministerio Fiscal remita dicha orden, de entre los competentes de acuerdo con las reglas previstas en este apartado y, en lo no previsto en ellas, conforme a las normas de preferencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El juez o tribunal a quien corresponda la ejecución notificará al Ministerio Fiscal el reconocimiento y ejecución de las medidas de investigación y su remisión a la autoridad de emisión. Determinado el Juez competente, conforme a lo dicho, la realización material de la entrada y registro, se llevará a cabo atendiendo al auxilio judicial según las reglas ya expuestas.

9. Cuestiones relativas a las entradas y registro simultáneos

A lo largo de este artículo ya se ha hecho referencia, en varias ocasiones, a lo necesario que resulta distinguir la entrada del registro como dos diligencias distintas. Esta diferenciación adquiere gran relevancia en los supuestos de simultaneidad, donde podemos diferenciar y analizar dos tipos de problemas.

9.1. Problemas prácticos, de coordinación fundamentalmente

Como todos sabemos -los que trabajamos en Juzgados de Instrucción, pero también el resto de Letrados Judiciales y demás operadores jurídicos-, las peticiones de entradas y registros simultáneos formuladas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado son cada vez más frecuentes. Con carácter general los registros domiciliarios constituyen una actividad que afecta de manera muy considerable al trabajo de los Letrados de la Administración de Justicia y, por ende, a la buena marcha de los juzgados. No podría ser de otra forma, pues la validez probatoria y procesal de los registros depende de que se practiquen a su presencia como fedatarios públicos que son; lo que exige que se ausenten de sus Oficinas Judiciales. Dicha *afectación* puede resultar *extrema* cuando por lo numeroso de los registros simultáneos a realizar -ya no es excepcional que se pidan 10 o más de tales diligencias simultáneas-, deben participar Letrados Judiciales que no están de guardia o incluso los que pertenecen a otra jurisdicción distinta a la penal o a otro partido judicial; muchas veces de madrugada o hasta altas horas de la noche.

Para conjurar, en la medida de lo posible, tales perturbaciones resulta imprescindible fomentar una *intensa coordinación* a varios niveles.

A) Entre las Fuerzas de Seguridad del Estado y los Órganos judiciales a la hora de organizar una operación de este tipo. En este sentido, resulta muy efectivo que la *Policía comunique con la suficiente antelación al Juzgado de Instrucción autorizante* -el que tramite las diligencias previas donde se acuerde; o si el asunto no se ha judicializado el de guardia- su petición. De esta forma se permitirá que dicho órgano judicial pueda decidir - conforme a lo que se dirá en el punto 9.2- si es o no necesario que los registros se realicen de forma

simultánea y, sobre todo, que el Letrado Judicial de dicho Juzgado pueda poner en marcha el dispositivo logístico que se requiera.

B) Entre el Juzgado Instructor y el Secretario Coordinador. Una vez que el Juez del Juzgado Instructor decida que los registros se deben llevar a cabo de forma simultánea, deberá comunicarse -por quién lo veremos en el siguiente apartado- de *manera inmediata* al Secretario Coordinador Provincial lo decidido. Precizando en dicha comunicación los Letrados Judiciales que serán necesarios, lugar, fecha y hora de inicio de las diligencias acordadas. Esta decisión puede anticiparse verbalmente, mientras se redacta el auto habilitante, siempre que los datos antes dichos estén decididos y así se comuniquen al Secretario Coordinador Provincial.

C) Entre el Secretario Coordinador y los Letrados Judiciales afectados. Se iniciará así el protocolo -por llamarlo de algún modo dada la escasa precisión técnica y jurídica de la que hace gala- previsto en la Instrucción 6/2011 del SGAJ en el artículo 5. Veamos dicho *método* -en terminología de la Instrucción-. Se inicia “En *cuanto* el Secretario Coordinador Provincial *tenga noticia* de la necesidad de designar a uno o varios Letrados Judiciales para la práctica simultánea de las entradas y registro en domicilio”. Inmediatamente surgen dos problemas que resolver -y eso que se supone que la Instrucción se dicta para concretar los preceptos legales que, necesariamente tienen que ser generales, y adaptarlos al trabajo diario estableciendo ese método rápido que dé respuestas urgentes- de definición/concreción. 1º. ¿Cuánto *tiempo* tiene el Secretario Coordinador para dictar el Acuerdo de que se trate en el que se designen los Letrados Judiciales? 2º. ¿Cuáles son los *canales* por los que le puede llegar esa noticia?

Empezaré tratando de responder a la *segunda cuestión*. La indefinición es completa, porque atendiendo a la letra y al espíritu de la Instrucción, el Secretario Coordinador podría tener noticia de esos posibles registros simultáneos, en la cafetería de los Juzgados, leyendo los periódicos o en cualquier otro lugar. El sentido común impone -no debemos olvidar que estamos tratando de unas diligencias instructoras que invaden derechos fundamentales en el marco de un proceso penal- que esa noticia llegue al Secretario Coordinador Provincial con un mínimo de rigor y verosimilitud, es decir, *de manera oficial*. Y de esta manera, los canales -y las formas- se reducen a dos. O bien porque se lo comunique el Juez de Instrucción que vaya a autorizar los registros simultáneos; o bien porque se lo comunique el Letrado Judicial del Juzgado que los autorice. Descartamos, claro está, que la Policía pueda dirigirse directamente al Secretario Coordinador -sería descabellado que así lo hiciera, pues la diligencia es judicial y solo existe cuando así se acuerda por el Juez de Instrucción-. Entendemos que, tratándose de actos de comunicación, es preferible la segunda opción, pero cabe y por eso venimos a mencionar la primera.

La forma de esa comunicación es, de igual manera, binaria. Se podrá realizar por escrito o verbalmente. La oralidad -más allá de la anticipación antes dicha- de la comunicación presenta numerosos problemas pues el contenido de la misma resulta difícil de acreditar en los supuestos problemáticos. Y todos sabemos que determinar qué se dijo y cómo se dijo puede ser crucial, sobre todo cuando surjan tales problemas. Es por ello que desaconsejamos, con total rotundidad, esta posibilidad. En ambos casos -oral o por escrito-, la oficina del Secretario Coordinador Provincial, deberá iniciar un expediente -con el escrito o con una diligencia de constancia- en el que se acredite la hora en que **se tiene noticia** del asunto, la forma en que le llegó y las actuaciones ulteriores para designar a los Letrados Judiciales necesarios.

En relación a la *primera cuestión*, es evidente que -en la mayoría de los casos- la urgencia de las actuaciones a realizar imponen al Secretario Coordinador Provincial la obligación de realizar el llamamiento de manera inmediata, siguiendo las pautas establecidas en el artículo 6 de la Instrucción ya reseñada. En todo caso, la designación que podrá anticiparse también verbalmente- opción que vuelvo a desaconsejar por las razones ya dichas *ut supra*- deberá documentarse por escrito en un **Acuerdo** firmado por el Secretario Coordinador Provincial; permitiéndose así cumplir con el artículo 7 -certificación de los intervinientes- de la Instrucción mencionada.

D) Pues bien, cuando la coordinación en algunos de estos tres apartados no es la correcta -la Policía lo comunica muy tarde o la tardanza se debe al Juzgado Instructor autorizante-, pueden surgir verdaderos obstáculos que frustren la simultaneidad de los registros.

En efecto, salvo en poquísimos partidos judiciales -Madrid y Barcelona- lo que determina la normativa al efecto es que haya *un solo Letrado de la Administración de Justicia de Guardia de Incidencias*. Y en la mayor parte de los partidos judiciales, debemos recordar, que las guardias son de disponibilidad, no presenciales. Por otro lado, los Letrados Judiciales -como cualquier otro servidor público - tienen un horario de trabajo bien definido y *no tienen obligación de estar localizados y disponibles fuera de ese horario de trabajo*.

Ambas circunstancias determinan que, si se carece del tiempo suficiente para organizar los registros simultáneos, no haya Letrados Judiciales disponibles para llevarlos a cabo y sea imposible que se les pueda llamar por el Secretario Coordinador correspondiente conforme a la Instrucción 6/2011 antes dicha³⁷, con la inmediatez que pudiera pretenderse por la Policía o el Juzgado Instructor. Supuesto que exigirá por parte del Secretario Coordinador que se

³⁷ Es ilustrativa en este sentido la Circular 3/2015, de 6 de octubre del Ilmo. Sr. Secretario de Gobierno del TSJ de Murcia.

dicte el Acuerdo oportuno en el que se recojan y acrediten las circunstancias que han hecho imposible la simultaneidad pedida en la fecha y hora concreta en que se hayan instado; a la vez que determine la fecha y hora en que los Letrados Judiciales podrán estar disponibles para la misma. Quizás resulte útil, llegados a este punto, recordar que además de las competencias recogidas en las letras b) y q) del artículo 18 del ROCLJ, los Secretarios Coordinadores Provinciales también tienen atribuidas las recogidas en las letras c) y p) y en uso de las mismas deben tomar las decisiones necesarias que garanticen el buen funcionamiento de las Oficinas Judiciales ubicadas en territorio.

9.2. Problemas teóricos, de carácter técnico-jurídicos:

9.2.1 El primero es el relativo a la necesidad o no de la simultaneidad en el registro y si ésta -la simultaneidad- solo afecta a la entrada, pudiendo los registros practicarse de manera sucesiva por un solo Letrado Judicial.

Para resolver esta cuestión debemos empezar recordando -ya se ha dicho- que la separación entre la entrada y del registro posterior es algo que ya ha teorizado, aceptado y asentado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁸. De manera que pueden y deben deslindarse/separarse ambas actuaciones, cuando *razones de operatividad de las diligencias lo aconsejen*, incluyéndose en tal concepto, entre otras:

a) Las disponibilidades materiales y personales de los intervinientes en las mismas -pues los recursos de ambas clases no son ilimitados y mucho menos en localidades pequeñas-.

b) Cuando sea conveniente por la necesidad frecuente de que la entrada se realice de manera *sorpresiva* para evitar la destrucción de las fuentes de prueba que se pretenden aprender; evitando la posibilidad de que *los interesados se comuniquen/avisen entre sí* de la operación judicial/policial.

c) Cuando la seguridad y la integridad física del Letrado de la Administración de Justicia lo hagan recomendable.

En estos supuestos las soluciones pueden ser:

1ª. Que el auto habilitante recoja tales circunstancias y determine, expresamente, que las entradas serán simultáneas y los registros sucesivos y practicados por el Letrado del Juzgado que corresponda.

2ª. Que el auto solo acuerda varias entradas y registros y no expresa la forma de realizarlos, solo que se lleven a cabo a partir de una hora determinada. En tal caso, deberán hacerse de forma sucesiva las entradas y registros por un único Letrado Judicial; sin perjuicio que éste, al realizarlos pueda autorizar -por

³⁸ Ver España. Tribunal Supremo. Sentencias núm. 1505/2005, de 23 de febrero; 58/2010, de 10 de febrero; 381/2010, de 27 de abril o la más reciente 5060/2013, de 22 de octubre, fundamento jurídico segundo.

las razones ya expresadas- que la Fuerza Policial -que también podrá decirlo por si misma por las mismas razones dichas- realice las entradas, asegure los domicilios y, posteriormente, realice los registros a presencia del Letrado Judicial.

3ª. Que el auto habilitante determine de manera expresa que las entradas y registros se lleven a cabo de manera simultánea y por tantos Letrados Judiciales cómo entradas y registros se autoricen.

En conclusión: resulta plenamente admisible que un solo Letrado Judicial presencie una o varias entradas y, asegurados los domicilios, se practiquen los registros de manera sucesiva y ulterior, uno después de otro en presencia de dicho Letrado Judicial. Esta forma de proceder permite conjugar adecuadamente, la protección de la seguridad personal del Letrado Judicial y la operatividad/eficacia de registros, con el respeto a las garantías constitucionales de la inviolabilidad del domicilio y la necesidad del mandato judicial para vulnerarlo, así como con el resto de requisitos de legalidad previstos en la LECrim.³⁹ Pudiendo afirmar, para terminar este apartado, que en muchas ocasiones las entradas y registros simultáneas se piden y autorizan en los Juzgados de Instrucción, de manera robotizada; ignorando esta doctrina y convirtiendo lo excepcional -propiciando, además, macrooperaciones policiales y judiciales con graves repercusiones mediáticas- en ordinario, sin razones suficientes para justificarlo.

9.2.2 Relevancia constitucional, legal u operativa del requisito de la simultaneidad en la diligencia de entrada y registro.

La simultaneidad en las diligencias de entrada y registro es un concepto de muy complicada concreción, pues ¿cuándo dos diligencias de entrada y registro se realizan de manera simultánea? En efecto, hay simultaneidad ¿cuándo los dos -o más- operativos judiciales recogen a la misma hora y minutos a las comitivas judiciales para dirigirse a los domicilios?; o ¿cuándo se comienza a derribar las puertas de todos los domicilios a la vez, con independencia que una se abra enseguida y otra/s se tarde más de una hora?; o ¿cuándo se derriban las dos puertas en el mismo minuto pero en uno/s se encuentra fuerte resistencia y se tarda un tiempo considerable en vencerla y en otro/s se facilita la entrada?. , o en fin, ¿cuándo dos -o los que sean- registros comiencen con una hora de diferencia y luego terminen a la misma hora?

Se puede, en definitiva, responder con un mínimo de rigor jurídico a la cuestión de: *¿Cuánto tiempo debe haber o no entre el inicio, realización y conclusión de las distintas diligencias de entrada y registro para que haya o no simultaneidad?* En este trabajo no estamos en condiciones de hacerlo, lo que no

³⁹ En esta materia resulta imprescindible consultar la **sentencia 486/2016 de la A.P. de Málaga, de 4 de noviembre de 2016, Sección 2ª**, confirmada por el Tribunal Supremo en auto de 2/11/17.

tiene mayor importancia. Sí que la tiene el que *ninguna resolución* de Audiencia Provincial o Tribunal Supremo se ocupe de analizar y responder las preguntas formuladas. Tal omisión -tampoco descartable por una falta de localización- debemos ponerla en relación directa con otra más relevante aún. En todo *el articulado* que la LECrim dedica a las entradas y registro, *no hay* la más mínima referencia a este concepto y por supuesto, mucho menos en la CE.

Parece evidente, en esta tesitura, que la simultaneidad de las entradas y registros constituye *un asunto ajeno a las garantías jurídicas* con que la LECrim regula las mismas, debiéndose encuadrar dicho concepto en *el diseño y ordenamiento de dichas diligencias para garantizar su eficacia policial y judicial*. De manera que las incidencias en relación a dicha simultaneidad quedan al margen de las que afectan a *la forma* en que las entradas y registros se practican, a las incidencias que en su curso puedan producirse y a los excesos o defectos en que incurran quienes las realizan; asuntos que corresponden al plano de la legalidad ordinaria - damos por supuesto que son ajenas al derecho a la inviolabilidad del domicilio o a la efectividad de la tutela judicial en sus diferentes aspectos, asuntos que se colman con la resolución judicial habilitante- y que pueden tener relevancia, en su caso, en el marco de la valoración probatoria.⁴⁰

En consecuencia, podemos concluir que el lugar de la simultaneidad de las entradas y registros solo puede encontrar acomodo en el marco *puramente organizativo* o de *operatividad policial y judicial*; pero *sin ninguna transcendencia constitucional o legal para el procedimiento penal de que se trate*.

10. Cuestiones relativas a las personas que pueden o deben estar presentes en la diligencia de entrada y registro

En este asunto las garantías del procedimiento penal español son tan numerosas que no nos resistimos a hacer el chiste fácil de que en algunas ocasiones los domicilios registrados parecen el camarote de los hermanos Marx.

Dejando al margen a las Fuerzas de Seguridad del Estado, tenemos a las siguientes personas:

10.1 El Juez. Como en cualquier diligencia instructora, debería estar presente el Juez instructor. Sin embargo, la LECrim en el artículo 572, permite que éste delegue, lo que podrá hacer en la Policía Judicial, artículo 563 LECrim, que utiliza el término de *encomendar*. Nos dice el profesor Gimeno Sendra⁴¹ al respecto que cuando el Juez no asiste al registro es evidente que no puede delegar su potestad jurisdiccional en un funcionario policial, en realidad en

⁴⁰España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 576/2010, de 31 de mayo.

⁴¹ Ver nota 5.

ningún tipo de funcionario, porque *esa potestad es indelegable*. Es por ello que podemos afirmar que ese Policía que representa al Juez en el registro lo hace exclusivamente como Agente del mismo para llevar a cabo los actos materiales que exijan la ejecución del auto habilitante, sin que pueda extenderse a ninguna otra actuación de contenido jurisdiccional de imposible delegación.

Lo que solo era una posibilidad en la LECrim, se ha convertido en norma y en la práctica resulta excepcional la presencia judicial en un registro. Para la jurisprudencia del Tribunal Supremo la ausencia del Juez Instructor es una circunstancia inocua⁴², eso sí siempre que asista la Policía a la que se le haya encomendado la práctica de la entrada y registro. La ausencia de este Policía supone una irregularidad procesal que determina el que el registro no se acomode a lo señalado en la LECrim. Estaríamos en presencia de una infracción de norma legal que hace que el acta extendida carezca de efecto probatorio alguno -según lo dicho con anterioridad-⁴³.

10.2 En cuanto al *Ministerio Fiscal*, el artículo 306 LECrim establece que todas las causas penales por delitos públicos deberán instruirse con la inspección del mismo. A diferencia de otras medidas invasoras de derechos fundamentales, en la entrada y registro el Ministerio Fiscal no tiene que informar con carácter previo al dictado del auto que resuelva la petición policial sobre el mismo -lo que no supone que no pueda hacerse; como de hecho llevan a cabo de manera sistemática muchos Juzgados de Instrucción-. Es por ello que, en caso de no dar traslado al Ministerio Fiscal, el auto que resuelva sobre la entrada y registro deberá notificarse al mismo con tiempo suficiente para que pueda decidir si asiste o no; siendo una elección que sólo a él le compete y que se tiene que hacer posible mediante el acto de comunicación. No obstante, la omisión de esa notificación conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo no tiene mayores consecuencias⁴⁴.

⁴²España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 1557/1998, de 15 de diciembre. Merece la pena también traer a colación -por su exótico rigor jurídico al introducir un nuevo tipo de garantía procesal- la SAP Madrid, Sección 5ª, con el nº 2103/2003 de 22 de septiembre, según la cual la presencia del Juez de Guardia desde el inicio de la diligencia constituye *una garantía de la seriedad* -sic-.

⁴³ Ver España. Tribunal Supremo. Sentencias núm. 1267/1993, de 1 de junio y núm. 1292/2202 de 5 de julio.

⁴⁴ La España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 687/2016 de 26 de julio señala "...Carácter inocuo que, de igual modo, ha de predicarse de la falta de notificación al Fiscal de esa incoación de Diligencias y del auto autorizante, toda vez que, como se recuerda en la recurrida -sentencia-, tan sólo tres días después del inicio de las actuaciones, ya intervenía un miembro del Ministerio Público en las declaraciones que prestaron los investigados, pudiendo por tanto actuar en cumplimiento de sus obligaciones de velar por la vigencia del principio de legalidad y participar en la tutela de los derechos de los ciudadanos". En igual sentido el fundamento jurídico 7 de la STS 575/2013, de 28 de junio.

10.3 *El Letrado de la Administración de Justicia*

La presencia del Letrado de la Administración de Justicia, artículo 569 de la LECrim, en el registro es ineludible. Tras largas reivindicaciones históricas el Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de Justicia consiguió que la delegación de sus funciones desapareciera de las Leyes Rituarias con la LO 2003 de reforma de la LOPJ, señalando su exposición de motivos que *“En lo que se refiere a la fe pública, el Secretario Judicial, en el seno de la Administración de Justicia, ejerce con exclusividad esta función, que se redefine a fin de circunscribirla a lo verdaderamente trascendente”*. En consecuencia, el artículo 452 de la LOPJ **proscribe cualquier delegación o habilitación**. No obstante, ya en el 2003, el Legislador se desdice de esos principios y establece una **excepción** a la prohibición de habilitación en el artículo 451.3 LOPJ, señalando que: *“Excepcionalmente, cuando no hubiera suficiente número de Letrados de la Administración de Justicia, en los supuestos de entradas y registros en lugares cerrados acordados por un único órgano judicial de la Audiencia Nacional y que deban ser realizados de forma simultánea, podrán los funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, en sustitución del Letrado de la Administración de Justicia, intervenir en calidad de fedatarios y levantar la correspondiente acta.”*. Se trata de una excepción de imposible justificación teórica y práctica; pues cómo se demuestra a diario con las entradas y registros simultáneos, el colectivo de Letrados Judiciales puede hacer frente a cualquier incidencia que se produzca. Tras 15 años de la citada regulación, se puede afirmar - sin miedo a equivocarse- que el resultado de esta excepción solo ha servido para constituirse en una **diferenciación oprobiosa de carácter orgánico, pero también procesal** en relación a los Juzgados Centrales de Instrucción.

10.3.1 ¿Cuál es la posición del Letrado Judicial en esta diligencia? Es necesario formular esta pregunta ante la ausencia generalizada del Juez de Instrucción en los registros y la presencia de un encargado de aquél en la diligencia, lo que da lugar -en ocasiones- a que se produzcan situaciones equívocas sobre el papel de cada uno en el desarrollo y ejecución del registro.

Comenzaremos afirmando que la actuación de los Letrados Judiciales en los registros tiene una triple finalidad: **a) Garantía de legalidad**, asegura el cumplimiento de los requisitos legales. **b) Garantía de autenticidad**, robustece de certeza lo ocurrido en el registro y garantiza la realidad de los hallazgos descubiertos con la fe pública judicial; y **c) garantía judicial**, en la medida que el Letrado Judicial forma parte integrante del órgano jurisdiccional autorizante

de la diligencia, se garantiza que la intromisión al derecho fundamental se lleva a cabo dentro de los límites dispuestos en la resolución judicial⁴⁵.

También debemos recordar que el Letrado Judicial, como establece el artículo 440 LOPJ ejerce sus funciones con el *carácter de autoridad*, lo que resulta plenamente aplicable a las entradas y registros.

Pues bien, en este marco, la actuación de cada cual puede aclararse sin demasiado problema. En cuanto a los miembros de las Fuerzas de Seguridad del Estado, señalando que son Agentes de la Autoridad y que deben realizar la diligencia instructora cumpliendo -por supuesto- lo acordado por el Juez Instructor en el auto habilitante -en especial el Agente que lo represente, conforme a los artículos 563 y 572 LECrim antes dicho-. Pero también *las decisiones que como Letrados Judiciales se tomen*. Por ejemplo, cuando se empieza el registro -no la entrada que será algo que determinará la Fuerza Actuante sobre la base de la sorpresa y seguridad, la de los Letrados Judiciales incluida-, qué habitación se inspeccionan primero, donde se coloca el morador que deba estar presente y demás decisiones prácticas que deban llevarse a cabo en la ejecución material de la diligencia instructora, respetando -claro está- las necesidades policiales de seguridad y técnicas.

En relación a las percepciones del *delegado* -funcionario Policía Judicial- del Juez en el registro, es importante resaltar que no se recogen en el acta judicial que extiende el Letrado de la Administración de Justicia. Su acceso al procedimiento penal es diferente y se puede llevar a cabo por dos medios: a) en el atestado que posteriormente extienda la Fuerza actuante; y b) por medio de la declaración testifical del mismo. Su declaración, no estaría encaminada a añadir ni quitar fuerza probatoria al acta extendida por el Letrado Judicial, sino que constituiría otra prueba, distinta e independiente de la documental, aunque referida a los mismos hechos que ésta: lo acontecido durante la práctica del registro⁴⁶.

Acabamos este apartado haciendo referencia a las peticiones que, en algunas ocasiones, se realizan por las partes para que el Letrado de la Administración de Justicia sea llamado como testigo en relación a la diligencia de entrada y registro que documenta con fe pública judicial. Solicitud -extravagante- que debe rechazarse con toda contundencia, pues la presencia en

⁴⁵España. Tribunal Supremo. Sentencias núm. 1189/2003 de 23 de septiembre, 408/2006 de 12 de abril y 17/2014, de 28 de enero.

⁴⁶ En esta materia tiene interés consultar la STS 962/1996 de 4 de diciembre a propósito de una entrada y registro en la que la Secretaria Judicial estuvo presente, pero sin ejercer esa función de documentación con fe pública, extendiendo la diligencia documentada la Fuerza Actuante. Además, ver artículo: Ilicitud de la Diligencia de entrada y registro en lugar cerrado y sus consecuencias. Jaime Vegas Torres. Profesor Titular Derecho Procesal Universidad Complutense. Pág. 10.

juicio del Letrado Judicial, a fin de manifestar lo que vio con ocasión de la diligencia de entrada y registro practicada, carece totalmente de fundamento. En efecto, los Letrados Judiciales son depositarios de la fe pública judicial, y las actas que por ellos se redactan y firman hacen plena prueba de los elementos objetivos que en ellas se relatan, sin necesidad de ratificación ni contradicción procesal. En conclusión: han de reputarse improcedentes las pruebas testificales de los funcionarios judiciales que, por razón de su cargo, actuasen en la misma causa como juzgador, instructor o fedatario, pues su conocimiento de los hechos han de reflejarse en las propias actuaciones a través de las resoluciones, diligencias y actas que dictan o redactan y no por medio de manifestaciones personales⁴⁷.

10.3.2 Consecuencias de falta de Letrado de la Administración de Justicia en la diligencia de entrada y registro

La presencia del Letrado Judicial en los registros es una constante en nuestra Legislación procesal penal. Aunque no conviene olvidar el breve y negro paréntesis que constituyó la LO 10/1992, de 30 de abril. Dicha norma autorizaba al Juez a delegar las funciones del Letrado Judicial en la Policía Judicial. Algo inaudito pues se permitió que *un operador jurídico delegase las competencias que no tenía y pertenecían a otro*; situación que solo podía tener cabida en una concepción medieval de la Justicia, propia de algunos de los promotores de dicha Ley Orgánica. Con la Ley 22/1995 de 17 de julio se corrigió semejante anomalía y se modificó -otra vez- el artículo 569 señalando en su exposición de motivos que: *“Vista la tendencia jurisprudencial que ha emanado del Tribunal Supremo durante el tiempo de vigencia de dicha Ley (LO 10/1992), a declarar pruebas ilícitas y por tanto nulas las obtenidas en las entradas y registros domiciliarios carentes de la fe pública procesal, procede adecuar el ordenamiento jurídico a la interpretación hecha por el Alto Tribunal de la legalidad ordinaria”*.

La ausencia del Letrado Judicial en los registros ha sido una de las cuestiones más polémicas en la jurisprudencia; que ha evolucionado de la siguiente forma. En un *primer momento* se optó por atribuir a la falta de Letrado Judicial en el mismo la consecuencia de *la nulidad radical* - infracción de rango constitucional- *de la diligencia instructora*. Esta postura es consecuencia del papel garantista que atribuye al Letrado Judicial. Éste no solo ejercería la función de documentación con fe pública judicial del acto, sino de manera primordial la de garantizar con su presencia el respeto por parte de la Fuerza

⁴⁷España. Tribunal Supremo. Sentencias núm. 116/1998 de 30 septiembre de 1998, la 5 de julio de 1993, la de 8 de julio de 1994, la de 20 de diciembre de 1996 y la de 17 de julio de 1997.

actuante de las formalidades legales y del auto habilitante en la realización de la entrada y registro⁴⁸.

Una segunda postura es la de *la irrelevancia radical*. Ésta es consecuencia de considerar que el Letrado Judicial interviene en el registro, de manera exclusiva, en su función de documentación con fe pública judicial. Si éste actúa en dicha diligencia a los solos efectos señalados, su ausencia solo supondrá privar a la entrada y registro de que sea documentado en un acta judicial y nada más. De manera que ni quedaría afectado el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio ni, tampoco, las garantías procesales del investigado por lo que no habría obstáculo para que los resultados del registro fuesen valorados por el Tribunal por otros medios como las testificales de los que hubieran presenciado el registro, incluidos los policías actuantes⁴⁹.

Por último, una tercera postura *ecléctica*. Es la posición mayoritaria en la jurisprudencia actual. Según la misma, el registro realizado en ausencia del Letrado Judicial, cuando su presencia viene exigida por la normativa procesal, determina *la nulidad del acto como actuación procesal*, privándole de su carácter de prueba anticipada y la del acta en que se recoge su resultado pues *la ausencia de la fe pública legalmente exigida* le priva de autenticidad y valor probatorio, -infracción de rango legal- En consecuencia, nada impide que mediante otros medios de prueba -testificales o periciales- se acredite la ocupación de los efectos intervenidos en el domicilio registrado con autorización judicial, *pero con exclusión de los miembros de las Fuerzas de seguridad que intervinieron en el registro pues los mismos actúan como delegados del Juez, por lo que, al igual que los actos de éste, sólo la fe del Secretario da eficacia procesal y probatoria a lo por ellos realizado*⁵⁰.

⁴⁸España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 993/1990 de 23 de abril de 1992: “En efecto, la entrada y registro ordenada por el Juez mediante el correspondiente auto no refleja que la diligencia se practicara con la presencia del Secretario Judicial según ordena el art. 569 de la Lecrim, lo que, de acuerdo con reciente jurisprudencia, produce la nulidad de tal actuación procesal, con la consiguiente invalidez de la prueba practicada y recogida en la misma, que no cabe sanar en el acto del juicio oral por la declaración confirmadora de los agentes de Policía que practicaron la entrada y registro (Vid. por todas, la Sentencia de 24 de marzo de 1992 y las que en ella se citan descartando alguna oscilación en este punto) Claro es que hay que partir de que la diligencia de que se trata se realice por no darse el consentimiento del morador.”

⁴⁹España. Tribunal Supremo. Sentencia de 16 de octubre de 1991 y 27 de enero de 1992.

⁵⁰España. Tribunal Supremo. Sentencias de 18 octubre de 1990; 12 noviembre de 1991; de 3 febrero de 1992; de 10 julio de 1992; de 29 abril de 1995, 11 julio de 1995 y 31 de diciembre de 2002, 17 de noviembre de 2.008 y 18 de julio de 2014. Es especialmente ilustrativa la 809/1993 de 7 de abril -citada por otras STS posteriores- en esta materia.

10.3.3 Presencia del Letrado Judicial en las entradas previstas en el artículo 588 quater a. 2. b y c. LECrim

Para la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que se mantengan por el investigado, en su domicilio o en algún espacio cerrado destinado al ejercicio de la privacidad.

Decidimos ocuparnos de este supuesto e incluirlo en el artículo presente, después de conocer que el Juzgado Central de Instrucción nº 6, en el caso Lezo, dictó un auto en el que autorizó la colocación de un micrófono oculto en el despacho de un político, y según dicen los medios de comunicación, dicho micrófono: *Fue colocado por agentes de Unidad Central Operativa de la Guardia Civil (UCO) por orden judicial después de que forzaran la puerta - la abrieron con una ganzúa- de madrugada en presencia del Letrado de la Administración de Justicia - situación digna de haberse inmortalizado por medios videográficos para servir de capítulo piloto en alguna serie policial/comedia de las que tanto proliferan en nuestras televisiones-*.

Hemos comprobado la veracidad de dicha noticia⁵¹ y no hay duda de que el auto se dictó y el acta que documentó la diligencia policial de la entrada y colocación del dispositivo se extendió por el Letrado de la Administración de Justicia de dicho Juzgado.

Pues bien, es evidente que nada de eso prevé la LECrim en el artículo citado -588 quater a.2. b y c- en el que solo se establece, por un lado, que *“En el supuesto en que fuera necesaria la entrada en el domicilio o en alguno de los espacios destinados al ejercicio de la privacidad, la resolución habilitante habrá de extender su motivación a la procedencia del acceso a dichos lugares.”* Además de: *“el contenido de la resolución que deberá contemplar además de los requisitos previstos en el art. 588 bis c) para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, una mención concreta del lugar o dependencias, así como a los encuentros del investigado que van a ser sometidos a vigilancia”*.

La presencia del Letrado Judicial en dicha actuación no tiene soporte en ningún mandato legal y supone **utilizar/mal la fe pública judicial** para garantizar una actuación meramente policial que tiene su lugar natural en los **atestados y oficios** que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad extienden, artículos 292 y ss. No puede ser de otro modo pues la diligencia o acta que se extienda, tendrá por objeto dejar constancia simple y sencillamente de que la Policía ha cumplido con lo ordenado por el Juez en el auto -que se entró en el domicilio o despacho y que se colocó el micrófono en la dependencia que se autorizó-. Y tal cosa resulta, por completo, *ajena a una actuación procesal que exija la fe*

⁵¹ Cadena ser.com 25 de abril de 2017. http://cadenaser.com/ser/2017/04/24/tribunales/1493069353_329722.html

pública del Letrado Judicial -como decía será el atestado u oficio policial el que recoja las incidencias de la actuación realizada por la Fuerza Pública sometido a los controles y con los efectos ya dichos de los atestados-.

No hay -ni hubo, al parecer- registro alguno, *que sería la diligencia que exigiría practicarse en presencia del mismo* y que conllevaría, la aplicación de todos los requisitos de los registros -expuestos con detalla *ut supra*-, entre otros el que se hiciera en presencia del morador -tiene derecho a ello artículo 569 LECrim asunto que abordaremos con detalle en el punto 10.4 -, con lo que la utilidad del micrófono hay que reconocer que disminuiría bastante. Dejamos apuntada aquí, la posibilidad de que el Letrado Judicial concernido, sobre la base del artículo 476.1 c) de la LOPJ, dictase una Diligencia de Ordenación acordando que sea el Gestor Procesal el que con su capacidad de certificación acredite el cumplimiento por parte de la Policía de lo acordado por el Juez en el auto de que se trate, al no haber registro que haga necesaria la fe pública judicial.

Como último supuesto en este apartado, tenemos el relativo a las *entradas y registros llevadas a cabo por el agente encubierto* al amparo del artículo 282 bis.3 LECrim, que establece: “*Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables*”. Es obvio que *queda descartada la presencia del Letrado Judicial*, salvo que algún Juzgado instructor en España la acuerde, lo que no resulta descartable -por lo que se ve/lee-.

10.4 El Investigado y el morador-interesado del domicilio

De acuerdo con el artículo 569 LECrim, en la diligencia del registro se puede prescindir del *interesado* “*cuando no fuese habido o no quisiere concurrir ni nombrar representante*”. En este supuesto el registro podrá llevarse a cabo *ante cualquier familiar mayor de edad del interesado* -con independencia del delito de desobediencia en que pueda incurrir-.

Debemos, pues, concretar quién es el interesado y, además, hasta dónde se extiende el concepto de familiar. En relación *al interesado* se considera como tal al *titular del domicilio* registrado -que es el que, en su caso, puede consentir la entrada y recibir la notificación que lo autoriza-, sin perjuicio del *derecho que el investigado* tiene para intervenir en el registro -normalmente interesado e investigado son la misma persona, pero no siempre es así-. De manera que el interesado será el morador y titular del domicilio -término visto ya a propósito

de la notificación del auto habilitante, apartado 7.1 y que no tiene por qué coincidir con el de propietario del domicilio, según se dijo.⁵²

En cuanto al *concepto de familiares* -dada la enorme evolución de costumbres de la sociedad española- la jurisprudencia de manera progresiva ha ido extendiendo ese concepto a todo sujeto que viva/more en dicho domicilio, aunque no le una al investigado lazos de sangre y no sean familiares en sentido estricto⁵³.

La ausencia de uno y de otros, cuando no se encuentren en el domicilio al llevarse a cabo el registro, es irrelevante.

En relación al *investigado*, sí que resulta exigible su presencia en el registro cuando se encuentre detenido o a disposición policial o judicial, pues en estos casos no existe justificación alguna para perjudicar su derecho a la contradicción, que se garantiza mejor con la presencia efectiva del imputado en el registro, por lo que la ausencia del imputado en estos casos es causa de nulidad radical -infracción rango constitucional-.⁵⁴ No obstante la claridad de esta exigencia -que impone la presencia del investigado en el registro cuando está detenido-, hay importantes excepciones. Así, no será aplicable en casos de **fuerza mayor**, en los que la ausencia de inculpado, pese a encontrarse a disposición policial, esté justificada. Los supuestos son innumerables, como casos más frecuentes podemos señalar: **a)** Hospitalización del investigado. **b)** Detención del investigado en lugar muy alejado del domicilio. **c)** Registros simultáneos en varios domicilios del investigado. **d)** La causa esté declarada secreta o se realiza en un lugar público. **e)** Cuando se niega a presenciarse al interesado o no designa personas que en su nombre la presencien⁵⁵.

También *se podrá prescindir de la presencia del investigado o persona contra la que se dirige el procedimiento* cuando se encuentre en ignorado paradero o simplemente fuera de la vivienda y no sea localizable en el

⁵² La STS 111/2010 de 24 de febrero, establece en su FJ primero que: “Según la STS 183/2005 de 18.2, el interesado cuya presencia exige el art. 569 Lecrim es el titular del domicilio registrado, cualidad que se ostenta con independencia de que se tenga o no la condición de propietario o arrendatario. No es lo relevante la dimensión patrimonial de estos derechos sino el derecho personalísimo a la intimidad, que corresponde a quien por cualquier título o sin él tiene en el domicilio que ocupa el ámbito material de su privacidad. Pero al mismo tiempo, en la medida en que la diligencia autorizada judicialmente sea una prueba preconstituida con eficacia demostrativa como prueba de cargo, es interesado el imputado, cuya presencia se dirige a satisfacer exigencias del principio de contradicción, para que aquella tenga validez probatoria. El hecho de que la cualidad de imputado en el procedimiento y de titular del domicilio registrado normalmente coinciden no debe ocultar que es la segunda (titular del domicilio registrado) la que específicamente determina la condición de interesado a que se refiere el art. 569 Lecrim”.

⁵³España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 17/2014 de 28 de enero.

⁵⁴ Ver España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 716/2010 de 12 de julio.

⁵⁵ Para cada uno de los supuestos dichos la jurisprudencia aplicable es: a) SSTS de 22/4/2010 y 4/11/2010; b) STS 12/7/2010; c) SSTS 30/3/11, 2/6/2914 y 508/ 2015 de 2 de julio -sentencia Caso Malaya-; d) STS 143/2013, de 28 de febrero y e) STS 1688/2001, de 28 de septiembre.

momento del registro. La razón es sencilla: la entrada y registro en un domicilio autorizada judicialmente constituye, por su propia naturaleza, *una diligencia de carácter urgente que no se puede demorar a la espera de que el imputado regrese a su domicilio o sea localizado policialmente*⁵⁶.

Por último, señalar que **si no se encontrase nadie en el domicilio** -ni investigado ni morador-, el registro podrá realizarse según lo dicho en el párrafo anterior. En tal supuesto no habrá necesidad de la presencia de testigo alguno; siendo ésta una cuestión que analizaré de forma específica en el apartado 10.6, al que nos remitimos aquí.

10.5 El Abogado del investigado y el intérprete

- La jurisprudencia del Tribunal Supremo es muy clara en esta materia. La *asistencia del abogado* del interesado/investigado al registro *no es imprescindible*. Sí que resulta imprescindible para otorgar validez al consentimiento del investigado detenido a la hora de autorizar a la Policía a realizar un registro de su domicilio -como ya se dijo en el apartado 1.1-.

Sin embargo, cuando el registro se realiza con autorización judicial y con las garantías -triples- que otorga la presencia del Letrado judicial, la asistencia del abogado del investigado a la diligencia es un requisito prescindible. En primer lugar, porque la normal urgencia del registro para evitar la ocultación de pruebas impide -de ordinario- esperar a que pueda designarse y constituirse la defensa del Abogado. Pero, sobre todo, porque -como se acaba de señalar- la autorización judicial constituye tutela suficiente del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio; la presencia del Letrado Judicial tutela la legalidad de su práctica y garantiza la fiabilidad del contenido del acta; y por último la presencia del interesado asegura la contradicción de la diligencia⁵⁷.

En este sentido -y en apoyo de esta argumentación- debe tenerse en cuenta que el artículo 520.6 de la LECrim -recientemente reformado por la LO 13/2015- señala que uno de los derechos de todo detenido es el de ser asistido por abogado. Pues bien, en el apartado 6 de tal precepto, se determina en qué consiste esa asistencia, y en la letra b) detalla cuando debe intervenir, en concreto: *“en diligencias de declaración del detenido, en las diligencias de reconocimiento de que sea objeto y en las de reconstrucción de los hechos en que participe el detenido”, dejando fuera de tal relación, expresamente, a los registros domiciliarios.*

- También se plantea -en algunas ocasiones- la necesidad de *interpretar en la diligencia del registro* para los casos en que el interesado o investigado sea extranjero y no entienda el español. Igual de contundente es la jurisprudencia

⁵⁶ Ver España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 508/2015, de 27 de julio.

⁵⁷ España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 508/2015, de 27 de julio.

señalada a la hora de establecer que su presencia tampoco resulta imprescindible. Y no lo es porque la *urgencia* de la diligencia; la *asistencia del Letrado Judicial* que garantiza el control jurisdiccional del acto y *el objeto del registro*, la *recogida de efectos* y *no las manifestaciones de los acusados* y los *posibles recursos* -que no tienen carácter suspensivo-, determinan que su ausencia no suponga ninguna indefensión material. No obstante, conviene dejar aquí consignado las matizaciones a esta postura que se han introducido en sentencias ulteriores.⁵⁸ Siendo esencial, según nos dice el Tribunal Supremo para evitar indefensiones, que durante el registro sin interprete no se hayan practicado declaraciones de los interesados -cosa que, por lo demás, debe evitarse en cualquier registro que no esté presente el Juez y el abogado del investigado, como dicta el sentido común-.

10.6 La Intervención adicional de testigos

En relación a los polémicos dos testigos, previstos en el artículo 569 LECrim, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es explícita y rotunda a la hora de interpretar dicho precepto para determinar que *los mismos no son precisos dada la plenitud de la fe pública prevista en el artículo 453.1 LOPJ y la exención del párrafo 4 de dicho artículo*⁵⁹.

⁵⁸ La STS 535/2012, de 26 de junio, aborda este problema en un supuesto en el que se alega la nulidad del registro sobre la base de que, siendo ciudadanos británicos, desconocedores del idioma español, no se efectuó la diligencia con la asistencia de un intérprete. Tras hacer un análisis detallado de la Directiva 2010/64/UE relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales -transpuesta a nuestro OJ por la LO 5/2015- en el fundamento jurídico Tercero y Cuarto, concluye en el fundamento jurídico Quinto que la ausencia de interprete en la entrada y registro del investigado no es suficiente para justificar la nulidad de la diligencia por vulneración de su derecho de defensa, siendo necesario que *esa ausencia haya ocasionado real y efectiva indefensión*.

La STS 470/2017, de 22 de junio, por su parte en el fundamento jurídico Quinto, establece que: *“Respecto a la presencia de intérprete de inglés, ciertamente la ley procesal al regular la diligencia no refiere esa exigencia, pero su pertinencia es plausible al tratarse de una diligencia de prueba de extraordinaria relevancia en la conformación del relato fáctico por el que puede ser condenado. En este sentido, la STS de esta Sala 533/2012, de 26 de diciembre que recoge como fundamento de su argumento la Directiva 2010/64/UE de 20 de octubre de 2010, que recoge los derechos a la traducción de las actuaciones procesales de detenidos en el ámbito de la Unión europea. Si bien la directiva es posterior a los hechos que aquí se enjuician, su fuerza expansiva podría declararse su aplicación. Ahora bien, esa irregularidad tendría relevancia penal si los recurrentes que invocan este motivo expusieran un contenido real y efectivo de indefensión, pues ni hubo declaraciones, ni se practicó interrogatorio que hiciera exigible la presencia, además, de un letrado para asistir en esa declaración personal”*.

⁵⁹ Ver SSTs 670/1994 de 17 de marzo y 50/2007 de 19 de enero. *“...tras la entrada en vigor de la LOPJ ha quedado excluida, por imperativo del artículo 281.2 -hoy 453.4- la intervención adicional de testigos en los actos en que los Secretarios judiciales ejerzan la fe pública, lo que ha sido interpretado por esta Sala en el sentido de aparecer el art. 569 Lecrim modificado por una ley posterior, lo que hace superflua la presencia de los testigos en aquél previstos cuando intervenga en la diligencia*

11. Cuestiones relativas a la extensión del acta que documenta el registro

A tales cuestiones les dedicaremos especial atención pues son las que conciernen a la función más genuina de los Letrados Judiciales: la fe pública judicial.

11.1 *El contenido mínimo del acta judicial del registro*

Conforme a lo señalado en los artículos 569.4 y 572 de la LECrim, corresponde al Letrado Judicial la confección del acta que documentará la diligencia de la entrada y registro, *haciéndolo con fe pública judicial* -con los efectos que ello produce de prueba preconstituida-, señalando la doctrina jurisprudencial que la ausencia la misma -legalmente exigida- priva de autenticidad y valor probatorio al acta en que se documente el resultado del registro⁶⁰.

En cuanto a la forma de extender el acta que documenta un registro domiciliario con mandamiento judicial, a pesar de todos los adelantos que nos rodean y el avance del expediente digital, la realidad es que -con carácter general y mínimas excepciones- se confeccionan de manera manuscrita, en papel y en el lugar donde se lleva a cabo el registro.

No obstante, siendo competencia del Letrado Judicial el decidir -atendiendo a las circunstancias concretas de cada actuación y sus peculiaridades- como se documenta cada actuación judicial, sobre la base del artículo 230 LOPJ es posible acordar que la diligencia se videograbee o se haga un reportaje fotográfico que complementa dicha acta escrita. En este tema el artículo 340 del Anteproyecto de LECrim de 2009 establecía que *“el registro se documentará mediante sistemas audiovisuales de grabación, y, en su caso, mediante la obtención de fotografías”*; y la Propuesta de LECrim de 2012, en su artículo 342.2 que: *“El registro podrá ser también documentado mediante la obtención de fotografías o*

judicial de entrada y registro domiciliario un Secretario judicial que de fe de su práctica y resultados.

⁶⁰España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 381/2010, de 27 de abril. Por otro lado, la LO 10/92 de 30 de abril, como ya se dijo con anterioridad, estableció la posibilidad de que tales actas fueran extendidas por Policías, lo que fue duramente criticado por la jurisprudencia y la doctrina. Así Martín y Martín J.A. nos dice en *“La reforma del proceso penal de la L. 10/92 de 30 de abril: anotaciones en torno a la misma”*, Actualidad penal, 5 (1993) 67 y 68, *“que la reforma puede ser un exponente de la desjudicialización de la instrucción”*. Y Tasende Calvo, J. J., en *“Comentario a la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley 10/92 de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal”*, Actualidad Penal, n. 36, pp. 366 y 367, critica que la extensión del acta, que es propia y exclusiva del fedatario judicial, pueda ser atribuidas a un miembro de la Policía Judicial o a un funcionario que haga sus veces. Este paréntesis se cerró con la Ley 22/1995 de 17 de julio, felizmente.

mediante la utilización de sistemas audiovisuales de grabación". En los supuestos de videograbación ya sea policial -artículo 770.2^a LECrim- o judicial -con asistencia de un Auxiliador que maneje la videograbadora- es necesario que el Letrado Judicial dé las instrucciones precisas para que no se recojan imágenes que puedan afectar a la intimidad del interesado o resto de moradores de manera innecesaria y se respete el mandato del artículo 552 de la LECrim.

Con independencia de lo que resulte de cada caso en concreto, como **contenido mínimo del acta judicial** podemos señalar:

- La fecha, lugar y hora -de comienzo y término- del mismo.
- La persona o personas que intervienen, con especial cuidado de identificar al morador o interesado si los hubiere y la notificación del mandamiento habilitante y Policías participantes; además del Letrado Judicial -claro está-.
- Objetos intervenidos, lugar en que se encuentran y destino de los mismos -o la falta de incautación-. El detalle de los *efectos intervenidos* será una cuestión a determinar en cada caso concreto, dependiendo de la naturaleza de los objetos y de su número. Siendo esencial que se refleje en poder de quién se quedan y su *individualización e identidad* para garantizar la cadena de custodia de los mismos. Por lo problemático de este apartado, le dedicaremos atención especial en el próximo punto.
- Cualquier incidencia que estime de relevancia en el mismo.
- Firma de los intervinientes, siendo muy habitual que el investigado se niegue a hacerlo, en cuyo caso deberá reflejarse tal negativa.

Debe quedar claro que *la extensión del acta y su contenido es potestad exclusiva del Letrado Judicial, determinado el mismo el detalle con que deba recogerse lo ocurrido en relación a cada uno de los apartados antes dichos.* En el desempeño de esta labor no puede recibir *ningún tipo de instrucción o mandato por ningún tipo de autoridad, ni siquiera la judicial.* Además, como se dijo *ut supra* - apartado 10.3.1 -, como autoridad que es podrá impartir instrucciones a los funcionarios de la policía judicial en relación al desarrollo del registro, a que se entre o no en las habitaciones y, por supuesto, al destino que se le haya de dar a los efectos intervenidos -siendo competencia del Letrado Judicial la función de custodia de los efectos judiciales, artículo 459 LOPJ-⁶¹.

En relación a la extensión del acta y el desarrollo del registro las posibilidades problemáticas que pueden plantearse son infinitas. A continuación, expondremos los supuestos más frecuentes y *la forma de resolverlos por la jurisprudencia.*

⁶¹España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 727/2003, de 16 de mayo. Y las sentencias 200/2018, de 1 de junio de la Sección 3^a de la AP de Alicante y la 27/2018, de 26 de enero de la Sección 1^a de la AP de Las Palmas.

a) Lugar de extensión confección del acta distinto al domicilio registrado:

La sentencia 420/2014 de 2 de junio se ocupa de un supuesto en el que el acta del registro no se confeccionó en el propio lugar donde se realizó el registro, sino posteriormente en el Juzgado. En su fundamento jurídico cuarto señala: “...habiéndose manifestado por «X» e «Y» su intención de no firmar el acta que se va a levantar al efecto, y dadas las circunstancias de espacio, incomodidad y circunstancias exteriores que rodean la práctica del presente registro, la presente acta se va a levantar en la sede del juzgado de guardia». Seguidamente se procede ante el letrado de la Administración de Justicia, a la práctica del registro en todas y cada una de las dependencias de la citada vivienda, relacionándose seguidamente, minuciosamente detallados, todos y cada uno de los efectos, sustancia estupefaciente, dinero, armas, joyas encontradas en el domicilio, recogidos en los hechos probados, además de diversos documentos. Es obvio que el letrado tuvo que realizar primero un borrador manual de acta en el lugar del registro, teniendo en cuenta la extensión y detalle del acta definitiva, que hace imposible que se confeccionara simplemente sobre datos memorizados, por lo que no se aprecia en que puede afectar esta formalización definitiva del acta en los locales del juzgado al derecho fundamental invocado como supuestamente vulnerado. Por otra parte, el acta aparece autorizada por el letrado de la Administración de Justicia, que ostenta la fe pública, y firmada por los funcionarios policiales actuantes, no constando la firma de la recurrente, simplemente porque se negó a ello. No se señalan tampoco discrepancias en cuanto a su contenido, por lo que **la alegación formulada en el recurso puede calificarse de meramente formal y carente de relevancia**”. Y en consecuencia valida la documentación realizada y desestima la impugnación efectuada.

b) Acta que se pierde o no consta en autos.

La sentencia del Juzgado de lo Penal nº 21 de Madrid, de 29 de abril de 2013, establece: “El encargado de redactar el acta es el Secretario judicial, titular de la fe pública judicial, pudiendo salvarse las omisiones o errores de la misma con añadidos salvados por la fe judicial o incluso mediante pruebas complementarias como testificales de los partícipes en el acto. Y entendemos que **la desaparición del acta, o su imposibilidad de incorporación tardía** al procedimiento como ocurrió en el caso que nos ocupa, **ha de implicar la falta de efectos probatorios del supuesto resultado de la diligencia ya que, en este caso, las dudas, derivadas de la carencia de acreditación, han de favorecer al acusado, en virtud del principio in dubio pro reo....** Las consecuencias de tal aportación extemporánea del acta a la causa consecuencia de una serie de avatares procesales y su exclusión del procedimiento, no han de ser otras que **los de la ausencia de valor probatorio, con carácter de prueba preconstituida, de la referida acta, más no la nulidad de la diligencia de entrada y registro** en sí, por constar en autos el Mandamiento judicial que la autoriza y no producirse afectación de derechos fundamentales del titular de la misma”.

Es decir, las consecuencias de la falta del acta que documenta el registro o su aportación extemporánea determinan una infracción de rango legal, no constitucional en relación al registro practicado.

c) Falta de identificación del Letrado Judicial en el acta y forma de hacerlo.

A este respecto la STS 17/2014, de 28 de enero en su fundamento jurídico séptimo señala: *“La doctrina jurisprudencial, estima que la ausencia del secretario judicial, cuando su presencia viene exigida por la normativa procesal, determina la nulidad del acto como actuación procesal, privándole de su carácter de prueba anticipada o preconstituida y al del acta en que se recoge su resultado, pues la ausencia de la fe pública legalmente exigida le priva de autenticidad y valor probatorio pero no constituye una violación del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio -al estar amparada la intervención domiciliaria por una autorización judicial válida, que es lo que se exige constitucionalmente- y en consecuencia no determina el efecto prevenido en el art. 11.1. LOPJ para cualquier contenido probatorio que se derive directa o indirectamente de la violación de un derecho fundamental, por lo que nada impide que mediante otros medios de prueba complementarios se evidencie la ocupación de los efectos intervenidos en el domicilio registrado con autorización judicial (STS 183/2005, de 18-2, 408/2006 de 12-4). Ahora bien, en el caso presente consta en la diligencia de entrada y registro, que el Secretario que la levanta, es el del Juzgado Instrucción núm. 3 Sevilla, que no consten su nombre y apellidos en nada afecta a la validez de aquélla”.*

d) Errores materiales en el acta:

En relación a los mismos, en la medida en que se trate de eso, errores materiales que puedan resultar acreditados como tales por el resto del contenido del acta y del auto autorizante, la jurisprudencia los considera irrelevantes para la eficacia probatoria del acta judicial. En esta materia resulta útil ver SAP de Madrid nº 342, de 1 de julio en relación a un acta con múltiples registros en los que se consignó mal el número de algunas chabolas. En relación a la nº 16 considera que no se trata de un simple error material y declara nulo el registro, mientras que en relación a la nº 15 lo convalida por tener tal carácter.

Por su parte la sentencia 27/2018, de 26 de enero de la Sección 1ª de la AP de Las Palmas, se ocupa de un supuesto no de error sino de **discrepancia** entre lo consignado en el acta extendida por la Letrada de la Administración de Justicia y lo que relata que vio el funcionario policial. Distinguiendo, con claridad, si la discrepancia se refiere a *lo percibido* por el Letrado Judicial que está amparado por la fe pública judicial y que se impone sobre cualquier otra manifestación; y lo que *le refiere algún interviniente que ha ocurrido* en cuyo caso el contenido de esa manifestación -recogida en el acta del registro- puede y debe incorporarse al plenario en forma de testifical, admitiéndose en el ámbito de su contraste el que se le interroga por el contenido del acta, para en esta

perspectiva del análisis luego la Sala pueda concluir razonadamente lo que considere efectivamente acreditado.

e) Falta de firma del acta por el investigado:

Este es un supuesto distinto a aquél -muy frecuente, por lo demás- en que el investigado se niega a firmar, caso en el que bastará con que hacerlo constar así en el acta bajo la fe pública judicial del Letrado Judicial. Aquí nos estamos refiriendo a un caso en que no se recogió la firma de la acusada, ni se hizo constar su presencia en el acta judicial que documenta el registro. La STS 809/1993, de 7 de abril, resolvió que: *"...Conforme a la anterior doctrina y en contra de lo que afirma la Sentencia recurrida, la diligencia de entrada y registro de autos, en cuanto se amparaba en el elemento legitimador de la autorización judicial, como reconoce el hecho probado, no "violentó" los derechos constitucionales de la acusada ni del titular de la vivienda, por lo que su resultado no constituía una información ilícitamente obtenida, no subsanable o acreditable por otros medios y que viciara de origen el procedimiento. Fue, en cambio, una diligencia procesalmente nula y falta de valor procesal al no cumplirse las previsiones del art. 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en especial la exigencia de que el registro se realice siempre a presencia del Secretario y la firma del acta por todos los concurrentes, pues no se recogió la firma de la acusada, ni consta la presencia en el registro del titular de la vivienda"*. En consecuencia, considera el Tribunal Supremo que se privó a la diligencia instructora de la contradicción necesaria, lo que supuso vulnerar el derecho de defensa que tiene alcance constitucional y, por ende, la nulidad radical - artículo 11.1 LOPJ- del registro por infracción de rango constitucional.

f) Letrado Judicial que se ausenta dos veces del registro.

Se trata de un supuesto no demasiado infrecuente en algunos partidos judiciales con gran volumen de trabajo, en los que un único Letrado Judicial de guardia tiene que afrontar todas las diligencias que se le presenten y requieran su actuación con fe pública judicial.

La STS 290/2018, de 14 de junio analizó un caso en el que el Letrado Judicial en un primer momento interrumpió el registro para ir a comer y horas más tarde, fue a una diligencia urgente al Juzgado de Guardia, dejando a la Fuerza Actuante realizando el volcado de un ordenador. Consideró que *habiéndose adoptado en ambos momentos por el Letrado Judicial las medidas adecuadas para que durante su ausencia no se realizaran diligencias estrictas de registro, su ausencia es irregular, pero sin suponer la nulidad radical del registro* -pues no afecta al contenido constitucional del mismo-, siendo una cuestión relativa a la legalidad y por tanto de valoración probatoria en el juicio y en la sentencia.

11.2 *La relación de los efectos intervenidos*

A la hora de realizar el acta que documenta el registro uno de los asuntos que pueden complicar su extensión y retrasar la diligencia -hasta ponerla en cuestión-, es el relativo a los supuestos en que los efectos a intervenir son muy numerosos. Es fundamental que los mismos queden identificados para que sea posible iniciar y mantener la cadena de custodia, evitando las impugnaciones que pongan en cuestión que el efecto de que se trate se encontraba en el domicilio registrado. Los ejemplos que más dificultades ocasionan en esta materia son los referidos a:

a) Objetos falsificados propiedad industrial. Estos casos se producen, casi siempre, en registros de naves industriales o similares en las que hay miles de objetos de cualquier tipo. Damos aquí por reproducido lo señalado en el apartado 6 a) de este artículo y, por tanto, que la Policía acredita en el atestado solicitante que en la nave puede haber un domicilio que haga necesaria la autorización judicial y el registro en presencia de Letrado Judicial. Pues bien, la descripción individualizada de cada uno de los efectos es, literalmente, imposible, por lo que resulta aconsejable clasificarlos por tipos, introducirlos en cajas y precintarlas con sello y firma del Letrado Judicial.

b) Papeles y documentos. Registros de despachos profesionales, Organismos Públicos o domicilios con miles de folios a intervenir. El artículo 574.2 LECrim establece que “*Los libros y papeles que se recojan serán foliados, sellados y rubricados en todas sus hojas por el Secretario judicial, bajo su responsabilidad*”. Sin embargo, la literalidad del artículo en los supuestos dichos es de imposible cumplimiento, so pena de que la diligencia se eternice y se haga incompatible con el mandato del artículo 552 de realizar el registro “*procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario*”.

Para conjugar ambas necesidades resulta muy útil *las bridas en las que puede recogerse documentos en bloques y con la firma y sello de la brida y su cerrado se garantiza la cadena de custodia y la mismidad de los documentos intervenidos*. Cuando el volumen de la documentación sea ingente y tampoco sea viable el sistema de bridas, queda la alternativa de introducirlos en cajas y precintar las mismas, para después foliarlos y sellarlos ante las partes y en diligencia en el Juzgado competente. Al sistema de bridas se le suele atacar con la argumentación de que pueden arrancarse folios sin que de su falta quede constancia alguna; argumentación contestada con contundencia por el Tribunal Supremo en el sentido de que nada impide al investigado afectado que los pueda aportar a lo largo de toda la causa⁶².

⁶²España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 508/2015, de 27 de julio: “*Con respecto a la supuesta vulneración de su derecho a un proceso debido porque la Policía recogiera, según el recurrente, solo aquella documentación que ella misma estimó de interés, cabe indicar que precisamente la finalidad de un diligencia como la impugnada es la intervención de los posibles efectos e instrumentos del delito, así como*

Una vez concluido el registro y garantizada la cadena de custodia según lo dicho, será necesario, después, que la documentación intervenida, al ser incorporada al procedimiento -donde podrá analizarse por las partes y el Juez- se folie y encuaderne en tomos. Con ello se podrá garantizar esa identidad, siendo preciso recordar que cada uno de los documentos o papeles es una pieza de convicción y, por tanto, debe quedar individualizada⁶³.

c) Determinación de qué objetos están relacionados con el registro autorizado y pueden incautarse. No es este el caso de los hallazgos casuales -que veremos en último término-, sino de objetos lícitos que pueden no tener relación alguna con los hechos investigados. Será la Fuerza Actuante -el Policía encargado o delegado antes dicho- la que deba decidir lo que interviene por estar relacionado, en principio, con los delitos investigados.⁶⁴

11.3 La incautación de ordenadores y demás material digital

La LECrim -tras la reforma operada por Ley 13/2015- se ocupa, al fin, de regular en los artículos 588 sexies a. a c., *la aprehensión y acceso* al contenido de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital; o *el acceso* a repositorios telemáticos de datos en el proceso penal. En el estudio de este nuevo articulado se pueden diferenciar dos actuaciones independientes y distintas.

los libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento o comprobación, por lo que no se advierte que la ejecución de esta labor por parte de los agentes actuantes pudiese vulnerar algún derecho fundamental del recurrente, que pudo, asimismo, durante toda la instrucción, aportar cualquier documentación que hubiera entendido relevante y que sin embargo no hubiera sido intervenida por la Policía en la diligencia de registro practicada. Es en el acto del juicio oral, por otro lado, donde ha de someterse a contradicción el resultado de las entradas y registros y discutirse en consecuencia la relevancia de todo”.

⁶³ Resulta útil consultar la SAP 200/2011 de Málaga, Sección 2ª de 31 de marzo en esta materia. También la STS 393/2004, de 30 de marzo, que se ocupa -rechazando- de un supuesto en el que se impugnó el registro por la omisión del sello y firma de los documentos incautados.

⁶⁴ Señala al respecto la STS 540/2017 de 12 de julio que: *“Por último, el recurrente se queja de que la incautación alcanzó a material informático y documental ajeno totalmente a los hechos. Como se ha reflejado, los términos del auto habilitantes son amplios y se refieren a todos los elementos o materiales -de cualquier tipo-, que aparentemente puedan guardar relación con los hechos que se investigan. Es claramente admisible que la incautación de material en el curso de una diligencia de entrada y registro, normalmente acordada en un estado precoz de las investigaciones, se base en la apariencia superficial de conexión con los hechos, que puede justificarse por su simple emplazamiento o por otras circunstancias que así lo reflejen. A salvo de que patentemente sea así, no puede exigirse a las fuerzas participantes en una diligencia de entrada, que, en un primer contacto con el material, puedan dictaminar si se relaciona o no con los hechos objeto de investigación”.*

11.3.1. La aprensión de los dispositivos

El principio rector básico, tras la entrada en vigor de la reforma señalada, viene marcado por el párrafo 2 del artículo 588 sexies c, según el cual *“Salvo que constituyan el objeto o instrumento del delito o existan otras razones que lo justifiquen, se evitará la incautación de los soportes físicos que contengan los datos o archivos informáticos, cuando ello pueda causar un grave perjuicio a su titular o propietario y sea posible la obtención de una copia de ellos en condiciones que garanticen la autenticidad e integridad de los datos”*.

Será el Letrado Judicial el que, en cada caso concreto y dependiendo de las circunstancias, determine la aplicabilidad o no de dicho precepto al registro de que se trate en cumplimiento de lo que disponga el auto habilitante. En el supuesto frecuente de la incautación, uno de las mayores dificultades que plantea las fuentes de prueba electrónica intervenidas en los registros es el relacionado con la **cadena de custodia** - pues su manipulación y alterabilidad es más sencilla-. Para garantizar su preservación es necesario que *el Letrado Judicial realice -con fe pública judicial en el acta documentadora del registro- la identificación más detallada posible de los dispositivos electrónicos intervenidos y recoja su puesta a disposición de la Policía Judicial para que se lleve a cabo el volcado, análisis y pericia de los mismos*. En esta tarea resulta muy recomendable que se reflejen en el acta el número de serie del ordenador - o del dispositivo de almacenamiento de que se trate, lápiz de memoria, discos duros, etc.- o el IMEI del teléfono móvil que se intervengan. Uno y otro, número de serie e IMEI, constituyen una especie de DNI del dispositivo de que se trate, al ser un código único con el que se les puede identificar de manera unívoca. Si no fuese posible esa identificación -por la circunstancia que fuese- deberá procederse al precintado del dispositivo electrónico intervenido para, posteriormente, llevar a cabo su desprecinto, identificación y entrega -con citación de las partes- a la Policía Judicial para que se lleve a cabo el volcado y análisis ya señalados.

11.3.2. El acceso de los dispositivos y su clonado

A) Acceso.

Conforme a la nueva regulación, **el acceso** a la información contenida en estos instrumentos queda sometido *a la extensión previa y vinculante de una autorización judicial específica*. De forma que, ante una intervención policial donde sea previsible la incautación de dispositivos informáticos, no bastará con la motivación genérica de la resolución judicial que habilite el registro domiciliario: *será precisa una autorización y motivación específica en el auto habilitante* -y, en su caso, también al acceso a los servicios y plataformas utilizados por el investigado que pudieran tener relación con los hechos investigados- *para poder acceder a su contenido*. Cuestión está que deberá ser

controlada con especial celo por el Letrado Judicial a la hora de realizar el registro en el ejercicio de su triple función -ya señalada-⁶⁵.

El **acceso** deberá realizarse conforme a las **condiciones** establecidas en la resolución judicial para asegurar *la integridad de los datos y las garantías de su preservación*. En efecto, el artículo 588 sexies c de la LECrim da cobertura legal a *la necesidad de que se fije judicialmente los condiciones y alcance del registro sobre tales dispositivos y la realización de copias, debiendo fijarse las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación* haciendo posible, en su caso, la práctica de un dictamen pericial. La *determinación técnica/informática de esas condiciones* exige la exposición farragosa de una serie de requisitos de muy difícil comprensión para los profanos en la materia. En un artículo de este tipo, además, su análisis exhaustivo no es posible. Pero sí que podemos establecer una serie de pautas o criterios que traten de poner en claro *las garantías que exigen nuestro proceso penal en relación a tales condiciones*; permitiendo -así mismo- el aseguramiento de la cadena de custodia de los dispositivos intervenidos. El seguimiento de las mismas permite desechar cualquier tipo de duda acerca de la identidad e integridad plena de los dispositivos intervenidos y de las copias que se efectúen; haciendo posible que se realicen las periciales oportunas e imposible cualquier manipulación no autorizada judicialmente. Son las siguientes:

1ª Como se ha dicho en el epígrafe anterior, *identificación detallada*, con nº de serie, IMEI -o de cualquier otra forma atendiendo al artefacto de que se trate- y características del dispositivo, realizada por el Letrado Judicial en el acta de la entrada y registro.

2ª *Determinación* -en el acta del registro y por tanto garantizado con fe pública judicial- *en poder de quién quedan los dispositivos intervenidos*. Esto hará innecesario el que se trasladen a la Oficina Judicial para tener que hacer un desprecinto y entrega a la Policía, pues ya se habrá hecho *in situ*. Caso de no poderse llevar a cabo lo antes dicho, deberá -según se ha expresado también

⁶⁵Ver sentencia 382/2015 de 21 de mayo de la Sección 17ª de la A. Provincial de Madrid y las SSTs 864/2015 de 10 de diciembre y 204/2016 de 10 de marzo, señalando esta última que: *“La simple incautación de cualquiera de los dispositivos a los que se refiere el apartado anterior, practicada durante el transcurso de la diligencia de registro domiciliario, no legitima el acceso a su contenido, sin perjuicio de que dicho acceso pueda ser autorizado ulteriormente por el juez competente.... si bien nuestra doctrina admite el examen directo de la agenda de un teléfono móvil por los agentes de la policía judicial, por estimar que no afecta al derecho al secreto de las comunicaciones sino al derecho a la intimidad, esta doctrina no exime de la concurrencia de los requisitos constitucionales propios de la afectación a este derecho fundamental, como son la exigencia de que la injerencia “se encuentre justificada con arreglo a los criterios de urgencia y necesidad y que se cumpla el requisito de proporcionalidad al ponderar los intereses en juego en el caso concreto”, criterio muy similar al establecido en el nuevo régimen legal para los supuestos de excepción previstos en el párrafo cuarto del nuevo art 588 sexies c”*.

con anterioridad- precintar los objetos intervenidos e identificarlos y entregarlos en sede judicial.

3ª Inclusión en el informe pericial que lleve a cabo la Policía científica además de la metodología técnica usada en el volcado, de *las huellas digitales o códigos hash* de cada uno de los ficheros informáticos obtenidos del dispositivo electrónico clonado, así como de la fecha del cálculo de la misma.

4ª Relación detallada y exacta por parte de la Fuerza Actuante -que se hará cargo de los dispositivos electrónicos que constituyen la fuente de prueba- de *quién, cuándo y durante cuánto tiempo* ha tenido acceso a los dispositivos electrónicos intervenidos, antes de devolverlos al Juzgado Instructor que será el custodio definitivo -en realidad el Servicio Común- de los mismos como efectos del delito, según ya se dicho.

B) Clonado.

Como se acaba de señalar, el análisis y pericia del material informático no se llevará a cabo sobre los soportes originales, sino sobre las copias que de los mismos se realicen. Tales *copias o clonados* se materializarán -en casi todos los supuestos- en los laboratorios informáticos policiales. Solo de manera excepcional se podrán realizar in situ, pues se trata de una actuación que exige de unos medios técnicos -equipos informáticos- y de amplio lapso que lo hacen incompatible con la agilidad del registro y con el mandato recogido en el artículo 552 de la LECrim. El original -con las referencias oportunas para preservar la cadena de custodia- se devolverá y conservará bajo la salvaguarda del Servicio Común Judicial oportuno. Quedará así garantizada la mismidad del dispositivo intervenido y, ante cualquier duda que pueda plantearse en el proceso sobre alteración de la prueba, se podrá llevar a cabo las operaciones de contraste necesarias entre la copia y el original.

Sobre **cómo se realiza tal copia o volcado** debe quedar claro que, conforme a la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo⁶⁶, los volcados *constituyen un procedimiento informático y técnico que, en algunas ocasiones, puede ser muy lento, pero siempre ajeno a la ciencia jurídica*. Es por ello que la **Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial celebrada en Madrid el 16/Oct/2014** en el Salón de Plenos del Consejo General del Poder Judicial bajo la presidencia del Excmo. Sr. D. Carlos Lesmes Serrano, Presidente del CGPJ y del Tribunal Supremo y asistiendo otros miembros de la Comisión

⁶⁶ Ver España. Tribunal Supremo. Sentencias núm. 1599/1999 de 15 de noviembre; la nº 256/2008, de 14 de mayo; la nº 480/2009 de 22 de mayo y la 2222/2013, de 17 de abril. *“En definitiva, la presencia del Letrado judicial en el acto del volcado de datos no actúa como presupuesto de validez de su práctica. Lo decisivo es que, ya sea mediante la intervención de aquél durante el desarrollo de la diligencia de entrada y aprehensión de los ordenadores, ya mediante cualquier otro medio de prueba, queden descartadas las dudas sobre la integridad de los datos y sobre la correlación entre la información aprehendida en el acto de intervención y la que se obtiene mediante el volcado.”*

como el Ministro de Justicia Excmo. Sr. D. Rafael Catalá Polo, el Ministro del Interior, Excmo. Sr. D. Jorge Fernández Díaz, el Fiscal General del Estado, Excmo. Sr. D. Eduardo Torres Dulce, entre otros, acordaron por **unanimidad no ser necesaria la presencia del Letrado Judicial** para la **apertura y volcado** de disco duro y memoria de almacenamiento de datos de los equipos informáticos. La no presencia del Letrado Judicial en el volcado informático que vaya a realizarse en los laboratorios forenses policiales, no supone que no pueda estarlo el investigado -o su Defensa- para lo que será necesario que se le notifique la resolución judicial que lo acuerde; sólo así podrá solicitarlo o designar a un perito que esté presente en ese acto sobre la base del artículo 476 y ss. LECrim⁶⁷.

Esta jurisprudencia y el acuerdo señalado zanján la cuestión sobre la presencia o no del Letrado Judicial en la realización del volcado informático. Resulta evidente que la presencia del mismo no añade garantía alguna a la posibilidad de que el contenido digital de uno de esos dispositivos sea manipulado de manera maliciosa o en perjuicio de alguna de las partes por algún programa informático o por algún Agente policial. Los Letrados Judiciales carecen de los conocimientos y medios necesarios para evitar tales posibilidades. Su presencia -reclamada aún hoy por algunos recalcitrantes- es, de facto, tan inútil y, por tanto, innecesaria, como la que pudiera darse en el desarrollo de cualquier otra de las muchas periciales imaginables en cuya técnica el fedatario judicial no es experto- autopsias, análisis ADN, de droga, etc.

Es evidente que lo electrónico/digital es manipulable, pero ni más ni menos que lo analógico o físico. Tan manipulable es un archivo informático como una fotografía, folio de papel o documento público timbrado en papel oficial. Quién pretenda falsificar uno de estos documentos o fotografías lo intentará sin que vaya a variar su determinación porque esté en un formato digital o físico. Siendo importante señalar -con el Tribunal Supremo- que si bien, en todo caso, no es absolutamente descartable una posible manipulación de las evidencias digitales -como de las analógicas-, su demostración tiene que nacer de datos objetivables e irrefutables; debiendo explicarse suficientemente

⁶⁷España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 342/2013, de 17 de abril señala: *“La posibilidad de designar a un perito que esté presente en el volcado (art. 476 de la LECrim) forma parte de las facultades que le asisten en su calidad de imputado. Sin embargo, esa presencia no es presupuesto de validez del acto. Nada de ello se desprende de la literalidad de aquel precepto. Y, lo que es más importante, el acusado contaba con la posibilidad - formalmente ejercida en el plenario- de proponer su propio perito para cuestionar todos aquellos aspectos del volcado que considerara oportuno. Forma parte ya de la valoración probatoria atribuir al dictamen pericial elaborado por los agentes a partir del volcado, la virtualidad inculminatoria que la Audiencia le ha adjudicado”*.

en que se basa la sospecha que se alegue, en cuanto que están acusando de un hecho delictivo a los funcionarios policiales⁶⁸.

11.4 *Los hallazgos casuales*

En algunas ocasiones, en el momento de realizar el registro, la Policía encuentran efectos que pueden estar relacionados *con otro tipo de delitos* distintos a los que se están investigando en la causa que se dicta el auto habilitante, por ejemplo, en una causa por delito contra la salud pública se encuentra objetos o material relacionado con la pornografía infantil.

Al respecto el Tribunal Supremo ha mostrado una posición doble y distinta. **La primera**, reprochaba a la comisión judicial y a la fuerza actuante que *no hubiera suspendido la diligencia en el momento del hallazgo novedoso a fin de comunicar el mismo al Juez autorizante y reclamar de este una resolución distinta que amparase la investigación del nuevo delito*, aplicando la teoría de las infracciones de rango constitucional ya dichas. Era una línea jurisprudencial que *trasladaba al ámbito del registro domiciliario la tesis elaborada con ocasión de los descubrimientos casuales ocurridos en el curso de una intervención telefónica*, en la que el principio de especialidad adquiere especial relevancia y justifica la intervención solo al delito investigado, en evitación de "rastros" indiscriminados de carácter meramente preventivos o aleatorio sin base fáctica previa de la comisión de delito, absolutamente proscritos en nuestro ordenamiento⁶⁹.

La segunda, ya consolidada, según la cual ese traslado de tesis se abandona y destaca las diferencias existentes entre la intervención telefónica y la entrada y registro, tanto por la distinta afectación de una y otra diligencia sobre la intimidad, verdaderamente más intensa y directa en la intervención telefónica; como por la prolongación temporal de una y otra injerencia, pues la entrada y registro tiene acotada su **duración temporal** en una jornada y se desarrolla en unidad de acto, en tanto que la intervención telefónica tiene una duración que se prolonga a un mes susceptible de ampliación y, consecuentemente, con unas facultades de control judicial distintos.

En consecuencia, el hallazgo casual de efectos que pudieran ser constitutivos de un objeto delictivo **obliga** a los funcionarios de la policía judicial que realizan la investigación y, en su caso, a la comisión judicial, a su intervención y a la realización de aquellas diligencias necesarias para la investigación del delito para su persecución. Y ello porque, en palabras del Tribunal Supremo: "*Ese hallazgo casual participa de la naturaleza de la flagrancia que permite el registro e intervención de efectos*"; siendo suficiente que se refleje en

⁶⁸España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 2374/14 de 4 de junio.

⁶⁹ Ver España. Tribunal Supremo. Sentencias de 28/2/1992 y 2/7/1993, entre otras.

el acta judicial del registro su incautación, sin necesidad de interrumpir el mismo para recabar una autorización nueva y específica⁷⁰.

12. Bibliografía

DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESES MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R., MUERZA ESPARZA, J. y TOMÉ GARCÍA, J.A. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.; ALMAGRO NOSETE, J.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Tomo II. Proceso Penal*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.

MARTÍN Y MARTÍN, J. A. La reforma del proceso penal de la L. 10/92 de 30 de abril: anotaciones en torno a la misma. En: *Actualidad penal*.

TASENDE CALVO, J. J. Comentario a la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley 10/92 de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal. En: *Actualidad Penal*.

VEGAS TORRES, J. La prueba en el proceso penal II. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Ed. CGPJ, 1996.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener ningún conflicto de intereses.

Financiación

El documento ha sido elaborado sin financiación.

⁷⁰ Ver España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 167/2010, de 24 de febrero y la núm. 17/2014, 28 de enero.