

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Revista del Poder Judicial nº 58. Segundo trimestre 2000

Rascón Ortega, Juan Luis
Juzgado Instrucción n.º 7. Córdoba

EL PUNTO DE PARTIDA: LA INVIOLABILIDAD DOMICILIARIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Estudios
Serie: *Constitucional*

VOCES: INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO. DERECHOS FUNDAMENTALES. ENTRADA Y REGISTRO.

ÍNDICE

- I. El punto de partida: la inviolabilidad domiciliaria como derecho fundamental
 - 1. La regulación del derecho a la inviolabilidad del domicilio en la Constitución española de 1978
 - 2. La concepción del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria y su relación con otros derechos fundamentales
 - 3. La doble naturaleza del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria
 - 4. Los límites del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria
- II. La trascendencia probatoria de la entrada y registro
- III. La decisión de la entrada y registro
 - 1. Los sujetos intervinientes
 - A) La judicialidad estricta de la decisión
 - B) Excepciones a la judicialidad de la decisión
 - a) El consentimiento del titular a la entrada y registro
 - b) La entrada y registro en caso de flagrancia
 - c) La entrada y registro en caso de delitos cometidos por bandas armadas o grupos terroristas
 - d) Otras excepciones a la autorización judicial para entrada en domicilio ajeno
 - C) Los destinatarios de la decisión de entrada y registro
 - a) Los sujetos públicos destinatarios de la medida
 - b) Los sujetos privados destinatarios de la medida: las personas físicas y jurídicas
- 2. El objeto de protección: el domicilio
- IV. La ejecución de la entrada y registro
 - 1. La naturaleza judicial de la ejecución del registro
 - 2. Las condiciones materiales de ejecución del registro
 - A) La actividad preliminar al registro
 - B) La concreta práctica del registro

C) La documentación del acto de registro

V. A modo de conclusión: la injerencia estatal de entrada o registro ha de ser proporcionada

VI. Bibliografía

TEXTO

I. EL PUNTO DE PARTIDA: LA INVIOABILIDAD DOMICILIARIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

1. La regulación del derecho a la inviolabilidad del domicilio en la Constitución española de 1978

La entrada en el domicilio y el registro de éste son dos medidas distintas que se pueden acordar en el marco de una investigación penal y que constituyen una injerencia o intromisión en el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria que llevan a cabo los órganos públicos habilitados por la normativa procesal para la persecución penal del Estado, cuya finalidad consiste en lograr la obtención de información que sea de interés para la investigación o, también, conseguir la detención del imputado.

Son dos diligencias diferentes que afectan a un mismo derecho fundamental pero que se encuentran en relación de medio a fin, dado que mediante la entrada se penetra en el domicilio y a través del registro se buscan y recogen datos útiles a la investigación y fuentes de prueba, lo que supone que siempre un registro conllevará una entrada.

El carácter instrumental de una diligencia respecto de otra, junto a la fuerza de la tradición procesal patria que asocia un término a otro -así, el art. 6 de la Constitución de 30 junio de 1876 a que aluden diversos preceptos de la LECrim-, fue lo que llevó al constituyente de 1978 a utilizar esas expresiones de manera agregada en el reconocimiento del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria que hace en su artículo 18.2, tratando de ofrecer de esta manera condiciones constitucionales a esa intromisión estatal en el patrimonio jurídico fundamental de la persona, concreción en la afectación de un derecho que, por cierto, no es usual en Derecho Constitucional comparado y ni siquiera habitual en el texto constitucional para otros derechos fundamentales, lo que le ha valido la justificada crítica de la doctrina que recuerda lo innecesario que es que una Constitución, marco jurídico-político de una comunidad humana por excelencia, se dedique, no sólo a consagrar los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino también a configurar las condiciones de las limitaciones de algunos de ellos pensando meramente en algunos supuestos típicos de naturaleza procesal penal, con el riesgo de parcialidad en la regulación que ello comporta. En este error no caen ni las constituciones europeas de nuestro entorno político inmediato -por ejemplo, el artículo 13 de la Ley Fundamental de Bonn (1) o el artículo 14 de la Constitución italiana (2)- ni tampoco los textos internacionales sobre derechos fundamentales más comunes -art. 12 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre (3), art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (4) y art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas (5)-, normas jurídicas que, no se olvide, sirven de continua referencia en el proceso constituyente español -lo que hace más injustificado todavía el literal final del mencionado art. 18.2 CE-. Con toda probabilidad, la única explicación razonable a este particularismo en que incurre nuestra norma constitucional a la hora de configurar el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria sea de carácter histórico, en claro reflejo del recelo a la práctica inquisitiva española con la que el constituyente pretendía acabar en las investigaciones por delitos tras la consagración de los nuevos valores constitucionales del proceso judicial y que era la que entonces de manera principal parecía preocuparle.

Lo cierto es que el artículo 18.2.º de la Constitución Española de 1978 consagra el derecho a la invio-

labilidad del domicilio, y lo realiza inmediatamente después de reconocer el derecho a la intimidad personal y familiar. Lo hace en los siguientes términos:

«El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.»

Tras proclamar de manera enfática un absoluto en sí mismo de imposible total realización como es que el domicilio es inviolable -el DRAE predica de algo que es inviolable si no se debe o no se puede violar o profanar-, el precepto en punto y seguido contradice el incondicional adjetivo anterior -insostenible desde el punto de vista jurídico puesto que, como veremos inmediatamente, todo derecho fundamental está sujeto a límites- y reconoce ya la probabilidad de que se produzcan injerencias estatales legítimas en tal derecho fundamental siempre que se cumplan determinadas condiciones.

2. La concepción del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria y su relación con otros derechos fundamentales

Pone de relieve la STC 22/1984, de 17 de febrero, que la inviolabilidad del domicilio que se protege en el artículo 18.2 CE es una garantía constitucional de la vida privada de las personas que consiste en el derecho que tiene el titular del mismo a la no penetración en su interior sin su consentimiento y que, no obstante, por ser relativo y limitado por propio diseño constitucional, admite restricciones.

En un primer momento histórico constitucional, este derecho se concibió como garantía de la libertad y de la seguridad personal de que goza todo ciudadano (6), del derecho a que lo dejen en paz a uno que dijera Brandeis (7), si bien actualmente el mismo se vincula no tanto a la libertad individual como al derecho de privacidad, esto es, a la garantía de una autonomía personal exenta de intromisiones arbitrarias. Siguiendo esta línea de pensamiento constitucional, nuestro constituyente descubre la relación instrumental que este derecho tiene con el derecho a la intimidad personal y familiar que se proclama en el párrafo primero de tal precepto constitucional, por cuanto que el mismo se encarga de defender el ámbito más natural en el que se desarrolla la vida privada de la persona, el domicilio, un espacio en el que, como indica la mencionada sentencia, «el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima». Es, sí, un derecho que cuenta con autonomía porque tiene unos perfiles propios, pero que está conectado por un lazo jurídico indisoluble con el derecho a la intimidad en su doble dimensión, personal y familiar.

La obligación que nace para el Estado de respetar este derecho de vivir su propia vida conforme a gustos y preferencias propias en su espacio de libertad particular que es el domicilio se proyecta en un doble plano: por un lado, resulta obligado que sus autoridades se abstengan de realizar intromisiones en la esfera privada del ciudadano y, por otro, quedan sometidas al deber general que tienen de promover las condiciones que hagan sustantivamente posibles los derechos y libertades. Este doble compromiso, negativo y positivo, les ha de llevar a evitar, prevenir y reprimir aquellas conductas, sean públicas o privadas, que directa o indirectamente vulneren un patrimonio jurídico tan sensible como son los derechos fundamentales. El Título Preliminar de nuestra Constitución da buena cuenta de ese doble débito estatal: el artículo 9.3 proscribiera cualquier actuación arbitraria de los poderes públicos (8) y el artículo 9.2 les exige que promuevan las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sea real y efectiva y que remuevan los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (9). Este doble vínculo no es ajeno al Poder Judicial, quien, como poder público que es, ha de cuidar permanentemente de hacer realidad ese complementario mandato constitucional tanto en el control que desarrolla

sobre la actividad de otros poderes públicos como en la valoración de conductas privadas que se le someten a consideración.

3. La doble naturaleza del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria

Por la ubicación sistemática de que goza el derecho en cuestión, el mismo tiene naturaleza de fundamental y cuenta por tanto con el máximo grado de protección que admite nuestra Constitución: su regulación deberá de efectuarse por ley que, en todo caso, habrá de respetar su contenido esencial, la vía judicial de amparo es preferente y sumaria, cabe la tutela extraordinaria del Tribunal Constitucional por la vía de amparo, una hipotética reforma del precepto constitucional que lo cobija exige un especial consenso, pudiéndose llevar a cabo la misma sólo a través del denominado procedimiento agravado y, finalmente, determinadas instituciones se encargan de hacerlo valer de manera específica -el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal, según los artículos 54 y 124 CE respectivamente-. Esa condición de fundamental que tiene el mismo le lleva a gozar de una doble naturaleza, objetiva y subjetiva.

Así lo ha declarado abiertamente el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 25/81 en los siguientes términos: «los derechos fundamentales tienen una dimensión axiológica que los convierte en elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de convivencia humana justa y pacífica, y, por otro lado, son derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de existencia». Esta doble y complementaria dimensión es relevante para la actividad judicial en general, pendiente como ha de estar no sólo de ofrecer de manera constante una tutela efectiva de los derechos y libertades del ciudadano, y éste que estamos analizando es uno de ellos, sino también de aplicar aquellos fundamentos del ordenamiento jurídico que les sirvan para extraer la solución del caso en un momento dado al estar en presencia de verdaderas normas jurídicas objetivas que son cúspide del sistema axiológico informante de todos los sectores del Derecho (10), y el derecho a la inviolabilidad domiciliaria es derecho fundamental que sirve de fundamento jurídico a quien interpreta y aplica el ordenamiento jurídico. Sensible a esta realidad, la Ley orgánica del Poder Judicial exige la adecuación de la actuación judicial a los mandatos constitucionales en materia de derechos y libertades ya directamente, ya a través de la jurisprudencia que surja del Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución -arts 5, 7 y 11.

4. Los límites del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria

Anteriormente dejamos apuntado que este derecho fundamental que venimos analizando, como cualquier otro, no tiene carácter absoluto, siendo posible que admita restricciones con arreglo a determinadas condiciones. Como resulta conocido, los derechos fundamentales no son ilimitados y están sujetos en su ejercicio a una serie de requisitos. Estos límites pueden derivar de la propia naturaleza de cada derecho y de la función social que desenvuelven, o de la misma existencia social y de los otros sujetos de Derecho que en ella coexisten y que, por tanto, ejercitan también derechos (11).

Aunque en principio nuestra Constitución con carácter general solamente en su artículo 10.1 establece que el respeto a la ley y a los derechos de los demás sea fundamento de limitación de derechos, luego en la regulación de algunos de ellos sí que configura límites específicos que hacen que cedan los mismos ante razones y fines constitucionalmente legítimos. El alcance de estos límites lo ha perfilado con pulcritud nuestro Tribunal Constitucional, que ha insistido en que los derechos fundamentales sólo ceden ante los límites que la propia Norma Suprema expresamente les imponga al reconocerlos y definirlos o, incluso,

ante los que de manera mediata o indirecta se infieran al resultar justificados por la necesidad de resguardar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, no pudiéndose ver afectado el manantial jurídico constitucional de derechos y libertades por limitaciones legales que vayan más allá del contenido esencial del derecho que en todo caso ha de preservarse -STC 120/1990, por todas.

A pesar de la ya antes comentada poca amplitud de miras del artículo 18.2 de la Constitución a la hora de hacer la previsión de límites de este derecho, es lo cierto que diversos bienes constitucionales como son, por ejemplo, la seguridad pública, la salud o los derechos constitucionales de otros, pueden justificar que en determinadas condiciones se impongan restricciones a la inviolabilidad domiciliaria. Uno de esos bienes es precisamente la paz y seguridad que protegen las normas penales, lo que justifica que, entendido el proceso penal como el instrumento necesario de aplicación del *ius puniendi* del Estado para defender a la sociedad a la que aquél se debe, las injerencias que contemplan las leyes procesales en el derecho a la inviolabilidad puedan entenderse como limitaciones constitucionalmente aceptables al mencionado derecho. Ahora bien, la legitimidad constitucional de la medida restrictiva del derecho fundamental a la inviolabilidad que se adopte y ejecute no se va a conseguir por el solo hecho de hacer uso de esa posibilidad legal de restricción, sino que será necesario que la misma se autojustifique a los ojos de nuestra Constitución, a los ojos de nuestro ordenamiento jurídico del que esa norma es básica, para lo que va a resultar imprescindible que la misma, primero, se adecue a un fin constitucional legítimo que necesariamente tenga que protegerse y, segundo, que respete a toda costa las condiciones legales y aún jurisprudenciales establecidas para la limitación del derecho fundamental -limitación que por naturaleza tiene carácter excepcional-, esto es, que la injerencia pública huya de la arbitrariedad proscrita por la Constitución y contemple una finalidad, unos medios y una adecuación de éstos a aquélla que estén justificados constitucionalmente.

Para hacer realidad este completo mandato constitucional, el constituyente realiza para la inviolabilidad domiciliaria un elemental diseño de garantías que pasa por una inexcusable intervención de la autoridad judicial cuando se pretende afectar este derecho al margen de la voluntad manifiesta del propio titular, a salvo diversos supuestos excepcionales de carácter general -flagrancia- o de carácter particular -investigaciones penales para el fenómeno terrorista-. Esta obligada participación del Poder Judicial ocurre precisamente porque es el llamado por antonomasia a hacer respetar los derechos y libertades de los ciudadanos, el autorizado en un primer momento a evaluar si la intromisión pretendida está justificada en los términos que antes hemos expuesto. Además, tal valoración se produce no sólo en el ámbito propio del proceso penal, que es el que ahora aquí a nosotros nos interesa, sino que afecta también a otros procesos judiciales -por ejemplo, civiles, laborales o contencioso-administrativos- en los que el derecho en cuestión se puede poner en entredicho (12).

Este juego de legalidad-supralegalidad que acabamos de mencionar para valorar la admisibilidad constitucional de una medida limitativa de derechos fundamentales tiene especial trascendencia en la materia que vamos a analizar, la entrada y registro en domicilio, que se encuentra regulada por disposiciones legales anteriores a la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y que en lo principal no se han visto modificadas, y lo va a ser hasta el punto que en algún caso llevará a exigir del actor judicial -juez o secretario principalmente- un comportamiento procesal que, por estar atento al discurso constitucional, vaya más lejos de las propias exigencias legales. Máxime teniendo en cuenta que todas estas consideraciones constitucionales que estamos haciendo no son fruto de elaboraciones doctrinales más o menos conseguidas, sino que, antes bien, responden ya a exigencias normativas de contenido coactivo. Tienden abiertamente a una sencilla y natural conclusión: cualquier injerencia o intromisión que se haga en un derecho fundamental al margen de tales dictados está viciada y por ello resulta nula para el Derecho, con las consecuencias de todo orden que ello comporta. Así con rotundidad lo ponen de manifiesto tanto nuestro Tribunal Constitucional -STC 70/85- como nuestro Tribunal Supremo -sentencia de 2 de octubre de 1990- en la valoración de aquellas diligencias sumariales efectuadas en el curso de una investigación penal emprendida sin tener

en cuenta las más importantes disposiciones vigentes en la materia.

II. LA TRASCENDENCIA PROBATORIA DE LA ENTRADA Y REGISTRO

Lo anterior nos conduce a preguntarnos sobre la índole y trascendencia probatoria que en particular tiene la diligencia de entrada y registro en nuestro ordenamiento jurídico antes de analizar los perfiles propios de la decisión y ejecución del registro, ya que tal descubrimiento nos servirá de base para formarnos la convicción sobre la naturaleza y finalidad de las diversas condiciones legales del mismo, así como las consecuencias de sus posibles incumplimientos.

Como lo hicimos al principio de la exposición, se ha de distinguir entre una institución y otra por la sencilla razón de que la entrada en sí misma considerada no es acto o diligencia de investigación sino instrumento que posibilita de manera indirecta la consecución de alguno de los fines que se marca el proceso penal.

Comentario distinto merece el registro, pues en este caso sí que estamos en presencia de una prueba de naturaleza preconstituida, intrínsecamente irreproducible ya que por su propia lógica interna no se puede llevar a efecto en el foro natural de toda prueba, el juicio oral, desarrollándose dentro del proceso en una fase histórica previa al mismo; es por esa naturaleza excepcional que se acepta como prueba siempre que cumpla con las condiciones legales establecidas para la misma, particularmente aquellas que hacen realidad los principios constitucionales que informan el proceso penal español como son los de judicialidad, defensa y contradicción. Así entonces, los datos obtenidos a través del registro se introducen directamente en el debate de plenario mediante la lectura del acta levantada y que permite el artículo 730 LECrim (13), sin que ello sea incompatible con la práctica de otro tipo de pruebas -pericial, documental y testifical, por ejemplo- sobre el objeto del registro y sus circunstancias concurrentes.

En atención precisamente a la condición de prueba pre-constituida que tiene el registro, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han generado una variada jurisprudencia al respecto cuyas líneas maestras se pueden sintetizar en los siguientes puntos:

a) Las actuaciones de entrada y registro son restricciones o limitaciones del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliar que, por tanto, exigen un uso e interpretación restringidos y estrictos (14).

b) El registro es una actuación averiguatoria penal cuya nota institucional básica es la de la exclusividad judicial, reconociéndose excepcionalmente que sean otras autoridades o agentes públicos -autoridad gubernativa, Policía Judicial, etc.- los que restrinjan el derecho fundamental (15).

c) Al incidir en el ámbito de un derecho fundamental, como cualquier otra que así lo haga, la actuación de entrada o registro ha de estar presidida por el principio de proporcionalidad, esto es, en primer lugar ha de ser absolutamente necesaria para el fin pretendido, en segundo lugar el fin, a su vez, ha de gozar de legitimidad desde el punto de vista constitucional y, tercero y último, la actuación misma ha de ejecutarse de manera adecuada (16).

d) La diligencia de entrada no es acto de prueba mientras que el registro sí que es prueba legal -porque la contempla expresamente la Ley de Enjuiciamiento Criminal- y preconstituida al juicio, de manera que puede desvirtuar la presunción de inocencia de que se parte en favor del imputado (17) en el proceso penal. Sin embargo, una y otra actuación, para que surtan efecto, han de efectuarse con sometimiento riguroso a las condiciones constitucionales y legales establecidas. Caso de no ser así, se procede a una valoración de los incumplimientos que pueden llevar o bien a la nulidad absoluta de la actuación, o bien a la subsanación a través de otros medios de prueba (18). Al tiempo de estudiar las condiciones normativas de la entrada y registro tendremos ocasión de detenernos en los efectos que algunas particulares vulneracio-

nes pueden derivar.

III. LA DECISIÓN DE LA ENTRADA Y REGISTRO

Sentadas las bases constitucionales de las que parte la intromisión estatal en el derecho a la inviolabilidad domiciliaria en que consisten la entrada y el registro, procede ya efectuar el examen de las condiciones jurídicas en que pueden darse, aclarándose de antemano que de las distintas posibilidades constitucionales nosotros volcaremos nuestra explicación sólo en aquellas diligencias que se dan en la fase de instrucción sumarial de una investigación judicial penal (19), es decir, en la regulada expresamente en el título VIII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -arts. 545 a 578- haciendo una puntual referencia a aquellas otras que incidentalmente nos sean de interés.

1. Los sujetos intervinientes

Sabemos que uno de los requisitos de este tipo de actuaciones es la judicialidad, es decir, la preceptiva intervención judicial previa o coetánea a las mismas que se proyecta, por tanto, tanto al tiempo de la decisión de entrada/registro como al tiempo de la ejecución de la entrada/registro.

A) La judicialidad estricta de la decisión.

La restricción del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria precisa de autorización judicial previa con carácter general. Esta exigencia de intervención de una autoridad independiente -ex art. 117 CE- que impone el artículo 18.2 CE -a diferencia, como hemos visto, de otros textos constitucionales europeos- contribuye a darle una mayor eficacia al derecho fundamental al que pretende proteger (20). La garantía forma parte integrante del contenido esencial del derecho fundamental y la necesidad de obtención de la autorización judicial para proceder a la entrada y registro no puede interpretarse como un mero requisito formal, lo que apareja que la habilitación deba de ser motivada. Esta motivación, exigencia ineludible de resoluciones judiciales limitativas o restrictivas de derechos desde una interpretación integradora de los artículos 120.3.ºCE, 245 LOPJ y 550 LECrim, pasa por una ponderación de los intereses en juego, es decir, de la pretensión estatal de averiguación penal, por un lado, y del derecho que se afecta, por otro. Por eso que la decisión judicial sobre entrada y registro ha de revestir la forma de auto -ex art 245 LOPJ-, tiene que venir directamente del juez (21) y exige la apreciación razonada de las circunstancias concurrentes y de las razones jurídicas de la decisión. Así lo establece el artículo 558 LECrim -«El auto de entrada y registro en el domicilio de un particular será siempre fundado...»- y lo recuerda tanto el Tribunal Constitucional (22) como el Tribunal Supremo (23). Esto no es óbice, claro está, para que una escueta o sucinta motivación pueda ser suficiente en determinados casos (24).

En particular, la decisión deberá de razonar tanto sobre la legitimidad jurídico-fáctica del fin como de la legitimidad de las condiciones de ejecución del registro.

La exigencia de valorar la legitimidad del fin que pretende el registro le lleva al juez a considerar si la propuesta que de tal actuación que se le hace -normalmente por la Policía y, a veces, por las partes- o la que él mismo se autoplantea:

1.º) Contiene un fin constitucional en sí mismo legítimo; desde este punto de vista lo será aquel registro que:

a) Se contemple como legalmente posible (25), de manera que sería ilegítimo aquel que versara sobre materia legalmente excluida o, incluso, se decidiera inexistentes previos indicios racionales de criminalidad suficientemente explicitados que es supuesto equivalente a aquél porque en tal caso la ley procesal no tiene que intervenir.

b) Pueda ser útil a la causa en el momento de la decisión, desechándose aquellos que de antemano se sepa que no aportan nada a la misma; este sería el caso, por ejemplo, del allanamiento de la casa del delincuente para detenerlo cuando se sabe que está huido.

c) Sea una actuación absolutamente necesaria o imprescindible para la causa, es decir, que sea una solución única a la búsqueda emprendida, de manera que si esa pesquisa se puede llevar a cabo por otro camino menos traumático para los derechos fundamentales habrá de optarse por éste. Teniendo en cuenta este criterio, de poco sirve registrar un domicilio para conseguir un documento que pueda encontrarse en las mismas condiciones en un archivo público.

d) Sea intrínsecamente proporcionado al fin global de la causa, descartándose decisiones de registro de domicilio familiar desmesuradas a la entidad de la infracción penal que se investiga -tal es el caso, a mi juicio, del registro que se ordena en el curso de una investigación por hecho que sustantivamente no es constitutivo de delito o, incluso en algunos supuestos lo es, todo lo más, de delito menos grave.

2.º) Se acomoda exclusivamente al fin lógico averiguatorio pretendido, es decir, buscar al criminal o los vestigios del crimen, dejando a un lado otras posibles razones espúreas -muy habituales, por ejemplo, en solicitudes de registro de empresas a través de los que las partes muchas veces buscan algo más que huellas del crimen-, o que de se desvíen del hilo argumental de la investigación -son las conocidas peticiones de «registro introspectivo» (no tengo más que una vaga sospecha de delito que pretendo confirmar con algo que encuentre en el domicilio de quien sospecho) o de registro «para todo lo que de delictivo se pueda encontrar»-.

Por su parte, tener en cuenta la legitimidad jurídico-fáctica de las condiciones que se pretenden imponer durante el registro hace que el razonamiento de la resolución judicial que venimos analizando debe de ajustarse:

1.º) Las condiciones legalmente establecidas para ejecutar el registro. Las veremos con detenimiento más tarde.

2.º) La búsqueda a ultranza de aquellas situaciones de ejecución del registro que menos «daño» causen al derecho fundamental y a la persona que lo soporta. Esto lleva a que se especifiquen con la mayor claridad posible los límites subjetivos y objetivos de ejecución que tienen quienes registran -por ejemplo, las personas intervinientes, el tiempo que se tiene para ello, el domicilio afectado, las garantías de ejecución.

Esta expresa exigencia de motivación ha de llevar al juez a huir de resoluciones estereotipadas o «automáticas» porque se están limitando derechos fundamentales, algo que ha rechazado el Tribunal Constitucional (26) y, sin embargo, en algunas ocasiones ha aceptado el Tribunal Supremo (27).

La decisión de entrada y registro corresponde en el concreto panorama procesal español al juez o tribunal que conociere de la causa (arts. 546 y 550 LECrim) (28).

Esto anterior quiere decir que ni el Ministerio Fiscal, en el marco de las atribuciones averiguatorias que le encomienda el artículo 785 bis dentro del procedimiento abreviado por delitos, ni la Policía Judicial pueden de propia mano allanar un domicilio contra la voluntad de sus titulares, a salvo el supuesto excepcional de flagrancia. Empero, no invita a la afirmación anterior el equívoco artículo 553 LECrim (29) que, al

margen el párrafo dedicado a los registros en investigaciones de crímenes terroristas -de los que hablaremos posteriormente-, parece querer reconocer una causa distinta de la flagrancia que justifique la entrada y registro sin autorización judicial previa como es el supuesto de que exista un mandamiento de prisión en contra de la persona que se oculta en su domicilio -ese mandamiento puede estar motivado en una condena, en una orden de prisión provisional o de detención judicial. Sin embargo, la única interpretación de esta parte del artículo mencionado conciliable con el texto constitucional es aquella que lleva a pensar que ese mandamiento de prisión está motivado en una resolución que expresamente reconozca que para ejecutar tal mandamiento se puede restringir el derecho a la inviolabilidad domiciliaria de la persona contra la que se dirige la orden, dado que entonces sí que estaríamos en presencia de esa resolución judicial motivada que con carácter previo autoriza la intromisión en la vida privada de la persona a que hace referencia el texto constitucional. En caso contrario, y a pesar del literal del artículo referido, los agentes de Policía no estarían autorizados para penetrar en la vivienda de la persona a la que se ha ordenado detener, ni siquiera aunque concurren razones de urgencia que impidan solicitar mandamiento judicial al efecto, supuesto este último que acepta parte de la doctrina -así, González-CuÉllar Serrano (30).

La regla de competencia procesal que recogen los arts 546 y 550 LECrim parece chocar, sin embargo, con el principio de territorialidad que preside los criterios generales de atribución competencial de jueces y tribunales que también reconoce esa ley, si bien aquí mi opinión es que se debe estar a una interpretación concordada de aquellos preceptos y el artículo 563.2.º LECrim (31), de manera que la decisión de una entrada y registro en domicilio que esté ubicado en plaza distinta de aquella en la que se dirigen las actuaciones judiciales puede adoptarla la autoridad judicial natural de la causa y la ejecución material la autoridad judicial competente por razón del territorio del lugar que va a ser allanado. Los únicos órganos que no se enfrentarían a este problema de orden práctico serían aquellos con competencia territorial que se extiendan a los lugares en los que los que se encuentran los domicilios a allanar -en todo caso Tribunal Supremo y Audiencia Nacional, y en algunos casos los Tribunales Superiores de Justicia de Comunidad Autónoma. Es, sin lugar a duda, una regulación obsoleta esta que contribuye a generar problemas de coordinación judicial (32) y que deberá superar con una perspectiva más actual la Ley de Enjuiciamiento Criminal por venir (33), permitiendo en su día la intervención para ejecución del juez ordenante, bien directamente o bien por delegación.

Precisamente de ese artículo 563 LECrim se desprende la posibilidad de que el juez municipal -en traducción a un lenguaje actual hablaríamos del juez de paz- ordene una entrada y registro, disposición legal que es claramente concordante con lo establecido en los artículos 307 y 308 de tal texto legal para la formación del sumario. Esta tesitura me parece viable siempre que se cumplan las condiciones de los últimos preceptos mencionados, es decir, que la labor se haga a prevención, en el solo supuesto de necesidad urgente y que se de cuenta inmediata al juez de instrucción.

La orden de registro puede efectuarse también por un juez del territorio en que está ubicado el lugar a allanar pero que sea distinto de aquel que conoce de la causa, y sin que ello deba de tenerse como una afrenta al derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley. Así lo ha reconocido nuestro Tribunal Supremo en supuestos en que la entrada y registro ha sido ordenada por el juez de guardia que no tiene competencia natural de la causa concurrentes todas las demás condiciones legales para que se de el mismo (34).

B) Excepciones a la judicialidad de la decisión

La regla general de judicialidad de la decisión de entrada y registro antes mencionada permite excepciones a diferencia de lo que acontece en otros textos constitucionales en que se legitima a la ley para que

describa supuestos que pueden justificar la entrada y el registro, nuestra Constitución es taxativa cuando configura el derecho y ofrece dos acontecimientos en los que la entrada y registro es posible sin necesidad de título judicial, en caso de consentimiento del titular y en el supuesto de flagrancia. Luego el artículo 55.2 CE va a permitir un tercer supuesto de entrada y registro sin previa autorización judicial que ya será de configuración legal, en el de investigaciones por delitos de terrorismo y según las concretas condiciones que ofrece la Ley Orgánica 9/1984, permitiéndose por la ley, en cuarto lugar, casos excepcionales que también justifican la entrada en domicilio ajeno sin consentimiento manifiesto del titular ni título judicial habilitante expreso.

a) *El consentimiento del titular a la entrada y registro*

La regla de la inviolabilidad del domicilio veda toda clase de invasiones en el espacio que el individuo reserva a su libertad más íntima, de modo que ha de ser una autoridad legitimada por la Constitución la que, tras la ponderación de las circunstancias concurrentes, permita la entrada en un domicilio ajeno en aras de un interés colectivo superior ante el que el derecho en cuestión irremediablemente ceda. No obstante lo anterior, si el propio interesado libre y voluntariamente consiente la injerencia, la misma habrá de tenerse por autorización constitucionalmente legítima aunque no llegue a intervenir esa autoridad.

El consentimiento a soportar una intromisión en un derecho fundamental ha de ser informado, esto es, tiene que ser fruto de una decisión personal reflexiva del interesado tras la información que se le suministre precedentemente por la autoridad o agentes de ésta sobre el motivo, condiciones y consecuencias de la entrada y registro por efectuar, y sin que esa información que se le da, que ha de ser lo más aséptica y clara posible, pueda contener datos coactivos o intimidatorios que lleguen a viciar la libertad de opción de quien goza de un derecho fundamental.

No obstante, ese consentimiento no ha de prestarse necesariamente ni por escrito ni siquiera de forma expresa, siendo suficiente para entender concedida la autorización cuando la persona afectada desenvuelva un comportamiento inequívoco del que se infiera su voluntad de permitir la entrada o el registro (35). Este comportamiento inequívoco sólo podrá estar compuesto por aquellos gestos o aquellas palabras que conduzcan en una interpretación común, natural y no forzada a una conclusión positiva de autorización (36). Ahora bien, si en la interpretación razonable de la manifestación de voluntad del interesado sobre si acepta o no la intromisión en el derecho surge el más mínimo atisbo de duda, mi opinión es que ha de estarse a la opción contraria a la autorización, postura que es la más favorable al derecho fundamental y, que por ende, es la que constitucionalmente ha de tomarse siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional ya antes expuesta de actuar en favor del derecho o libertad en caso de duda *in dubio pro libertate*.

El titular del derecho es aquella persona que cuenta con la facultad de exigir el respeto a su privacidad en el espacio en que la desenvuelva; por tal razón, el consentimiento habrá de prestarlo quien tenga el dominio fáctico del espacio protegido que se identifica por «domicilio», esto es, el morador, ya que para la protección de ese derecho fundamental es intrascendente el título jurídico que medie entre el sujeto y el lugar donde habite. En caso de que se trate de personas jurídicas, será el responsable o encargado de las mismas o del edificio afectado. Habrán de valorarse las circunstancias de cada caso concreto para saber si la prestación del consentimiento ha de darla una o ha de ser otorgada por varias personas en caso de que concurra una pluralidad de ellas que pueden verse afectadas por la injerencia. La regla general debe de ser la necesaria obtención del consentimiento de todos los moradores en caso de domicilio particular, quienes tienen en abstracto el derecho de exclusión, si bien hay que reconocer que caben excepciones -por ejemplo, cuando el lugar a registrar, si bien se ubica dentro de una casa habitada, no es compartido.

Otro problema añadido es el tocante al consentimiento a prestar por personas carentes de capacidad

jurídica de obrar -menores e incapaces-, preguntándose la doctrina si ese consentimiento puede suplirse por la voluntad de padres o tutores o no. Aunque la regla jurídico-civil general pudiera llevarnos a exigir el pronunciamiento en exclusiva de sus representantes legales -padres o tutores-, creo que por la materia sobre la que versa se debe de obtener también el consentimiento de los menores de edad no emancipados o de los incapacitados cuando sus condiciones de madurez les permitan comprender el alcance y trascendencia de la autorización de interferencia en un derecho fundamental que se solicita y decidir en consecuencia, algo que por cierto permite el propio Código Civil (37), y, caso de conflicto entre unos y otros, optar porque sea el juez el que con su decisión resuelva si procede o no la autorización.

La autorización a la entrada y registro que haga el interesado puede igualmente formularse de forma condicionada, en cuyo caso sólo se entenderá aceptada la intromisión si se cumplen todas y cada una de las exigencias expuestas por el interesado. Es evidente que han de tratarse de condiciones jurídicas y fácticas posibles y que estén en manos de quienes piden la autorización porque en caso contrario ha de interpretarse que no se accede al allanamiento (38).

Puede ocurrir también que el consentimiento dado para soportar la intromisión sea revocado en cualquier momento, lo que obligará a la autoridad o a los agentes inicialmente autorizados a salir del domicilio desde ese momento en que se ejercita el «derecho de exclusión» y a pedir la correspondiente autorización judicial para la continuación del registro.

b) La entrada y registro en caso de flagrancia

Tradicionalmente se ha convenido por doctrina y jurisprudencia que delito flagrante es aquel que se está cometiendo o se acaba de cometer cuando el delincuente o delincuentes sean sorprendidos, definición que incluso acabó plasmándose en el artículo 779 LECrim (39), precepto que fue derogado por la Ley Orgánica 7/1988 y que era el que establecía lo que había de entenderse por flagrancia al efecto de la determinación del procedimiento adecuado. La razón que justifica la excepción a la autorización judicial previa en el allanamiento está en este caso en la imperiosa necesidad de reaccionar con urgencia ante el delito, bien para detener al delincuente o bien para asegurar las fuentes de prueba, fines éstos que se frustrarían caso de que se esperara a la llegada de habilitación judicial correspondiente.

Tal y como ya en su día aclaró la STS de 29 de marzo de 1990, el concepto de delito flagrante, a los efectos del artículo 18.2 CE y del artículo 553 LECrim, queda delimitado por tres requisitos: la «inmediatez temporal» del fenómeno criminal; la «inmediatez personal», referida a la relación espacial entre el sujeto y el objeto o los instrumentos del delito, y, finalmente, la «necesidad urgente» de reacción para detener al delincuente o preservar fuentes de prueba.

El problema de determinación de concurrencia de las condiciones propias de flagrancia se presenta sobre todo en los delitos de consumación instantánea y efectos permanentes, como son la tenencia de drogas para el tráfico o la tenencia ilícita de armas. En estos casos se discute si la flagrancia exige sólo la urgencia en la intervención o, junto con dicha circunstancia, reclama además la percepción directa de la acción típica por parte del tercero que sorprenda al delincuente. Bastante elocuente fue la sentencia del Tribunal Supremo que se acaba de mencionar (40) y que se vio luego posteriormente reforzada por la tesis mantenida por el Tribunal Constitucional en su sentencia num. 341/1993, a través de la que se preocupó de analizar, entre otros extremos, la constitucionalidad o no del artículo 21.2 de la LO 1/1992 (41), de Protección de la Seguridad Ciudadana, y que terminó con la conocida declaración de ser el mismo contrario a nuestra Norma Básica, no porque se dedicara a formalizar el concepto de delito flagrante a efectos de la entrada en el domicilio -este era uno de los motivos del recurso que no prosperó-, sino porque la definición que hace excede con mucho de la formulación habitualmente aceptada de la flagrancia en nuestro acervo jurídico (42).

c) La entrada y registro en caso de delitos cometidos por bandas armadas o grupos terroristas

En el supuesto de que se trate de investigaciones por delitos cometidos por bandas armadas o grupos terroristas cabe también una entrada y registro sin la autorización judicial previa aunque no medie consentimiento del interesado ni tampoco estemos en presencia de un delito flagrante. Es la tercera excepción constitucional a ese permiso judicial preceptivo para entrar en domicilio ajeno sin consentimiento del titular y sin que concurra jurídicamente situación de flagrancia, y es constitucional porque lo permite expresamente el artículo 55.2 de nuestra Norma Básica (43). Precisamente en desarrollo de tal precepto constitucional se dicta la Ley Orgánica 9/1984, contra la Actuación de Bandas Armadas y Elementos Terroristas y de Desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, ley que en su artículo 16 (44) ofrece la posibilidad de entradas y registros sin previa autorización judicial -aunque sí con control *a posteriori* de las mismas- en relación con las investigaciones penales correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. Pero es que incluso para este tipo de supuestos, por tratarse de una excepción al requisito constitucional de autorización judicial previa a la entrada y registro, el Tribunal Constitución ha exigido una interpretación restringida de esa facultad legal (45).

d) Otras excepciones a la autorización judicial para entrada en domicilio ajeno

Ahora bien, siguiendo con el análisis del ámbito de actuación judicial, es necesario aclarar que esta previa autorización judicial para la entrada en domicilio puede no darse en otros supuestos distintos de los propios de una investigación penal como son:

1.º En caso de «necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad» -art. 21.3 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana-. En estos estados de necesidad que exigen una actuación correctora de urgencia se podrá prescindir tanto del consentimiento del titular como de la correspondiente autorización judicial para entrar en un domicilio, precepto legal que es de gran utilidad para descartar peticiones que hacen los servicios de seguridad -Policía, Bomberos, equipos sanitarios, etc.- al juez de guardia para que respalde una entrada en un domicilio con titular no localizado cuando se pretende reaccionar con prontitud ante alguno de esos supuestos.

2.º En los casos de suspensión de los derechos y libertades que permite la Constitución -art. 55 CE- y que desarrollan los artículos 13, 17 y 33 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, en los que la autoridad gubernativa y militar respectivamente pueden ordenar la entrada y registro.

C) Los destinatarios de la decisión de entrada y registro

Según se desprende del articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, son destinatarios de la medida de allanamiento sujetos públicos y privados, pudiendo éstos ser tanto personas físicas como jurídicas.

a) Los sujetos públicos destinatarios de la medida

Según reconoce el artículo 546 LECrim, la orden de allanamiento puede afectar a cualquier edificio o lugar público, equiparable este concepto a cualquier sitio cerrado y que sea de uso ciudadano común, tal y como pone de manifiesto la descripción que hace el artículo 547 LECrim. Con la exigencia de autorización judicial previa para entrar y registrar en un lugar público se pretende de manera limitada la protección de la privacidad de las personas que concurren en tal edificio y también la exclusión de injerencias en la función pública correspondiente que no estén controladas *a priori* por un juez. Incluso algunos de esos posibles registros en lugar público requieren complementariamente la valoración del formal responsable del mismo para que se pueda aquél ejecutar. Algunos preceptos procesales penales añaden a la judicial otras autorizaciones preceptivas: así, el artículo 548 LECrim, que dispone que el juez necesitará para la entrada y registro en el Palacio de cualquiera de los Cuerpos Colegisladores la autorización del Presidente respectivo, o el artículo 555 de ese texto legal que exige que para registrar en el Palacio en que se halle residiendo el Monarca, solicitará el juez real licencia, por conducto del Mayordomo Mayor de Su Majestad, exigiéndose su licencia también en aquellos sitios reales en que no se hallare el Monarca al tiempo del registro -art. 556 LECrim-, o el artículo 559 que exige la venia del responsable de la representación diplomática de un Estado en España para poder allanar su sede y, en su defecto, la venia del Ministro de Justicia. Son licencias a la ejecución de la decisión judicial que están motivadas en el reconocimiento de inviolabilidad de órganos constitucionales como son el Parlamento (46) y el Rey -arts. 66.3.º y 56.3.º, respectivamente, de la Constitución española-, y en los pactos internacionales que sobre relaciones diplomáticas y consulares tiene suscritos el Estado español.

Por su parte, de modo complementario, otros preceptos establecen comunicaciones de cortesía para llevar a cabo los allanamientos, las que en ningún caso pueden equipararse a las anteriores y, por ende, nunca pueden tenerse como autorizaciones necesarias: así, el artículo 549 LECrim, que prevé 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, o el artículo 564 LECrim que impone la comunicación al responsable de la oficina pública que sea objeto de la intromisión, o, finalmente, el artículo 562 LECrim que impone que se le pase al consul correspondiente recado de atención si se pretende allanar la oficina consular.

b) Los sujetos privados destinatarios de la medida: las personas físicas y jurídicas

Por un lado están las personas físicas, sean nacionales o extranjeras (47); por otro, las personas jurídicas, sobre las que inicialmente se dudó por parte de la doctrina si contaban o no con el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria. Quienes se resistían a reconocérselo argumentaban que la tutela de la inviolabilidad del domicilio es una consecuencia de la protección constitucional de los derechos al respeto de la vida privada y la intimidad personal y familiar y que éstos son propios de las personas físicas por ir dirigidos a salvaguardar la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. Aunque en un primer momento el Tribunal Constitucional mantuvo una postura restrictiva en cuanto al ámbito subjetivo de aplicación del artículo 18.2 CE (48), luego no ha dudado en reconocer que las personas jurídicas podían también ser consideradas titulares del derecho ya que, tal y como señala la STC 137/1985, «...nuestro texto constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas...». Por tanto, las personas jurídicas pueden ser sujetos pasivos de la medida de injerencia siempre que, como resalta la mencionada sentencia, «...vengan a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de tutela constitucional, y todas las hipótesis en que la instrumentación del derecho a la libertad no aparezcan o sean incompatibles con la naturaleza y la especialidad de fines del ente colectivo ...». En parecidos términos se pronuncia reiteradamente el Tribunal Supremo (49).

2. El objeto de protección: El domicilio

Por la relación que el derecho a la inviolabilidad domiciliaria tiene con el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, conocemos ya que la protección que el artículo 18.2 CE brinda al ciudadano de defensa de su privacidad lo es para aquel espacio en el que naturalmente la desarrolla y que está reservado a intromisiones ajenas. De ello resulta que la definición de lo que deba de entenderse en Derecho Constitucional como domicilio no puede hacerse desde una perspectiva jurídico-privada -así, art. 40 del Código Civil- o jurídico-administrativa -por ejemplo, art. 59 LRJyPAC- que están basadas en el hecho de la residencia habitual, perspectiva inevitablemente estrecha, y sí en una concepción más amplia y que contemple la defensa de los ámbitos en los que efectivamente se desarrolla la vida privada de la persona con independencia de la naturaleza del lugar físico en que tenga lugar. Así lo hace ver nuestro Tribunal Constitucional, por ejemplo en SSTC 22/1984 y 149/1991. En la primera de estas resoluciones deja dicho que «...el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que hay en él de emanación de la persona y de esfera privada de ella..., lo que lleva a que la idea de domicilio que utiliza el artículo 18 de la Constitución no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de Derecho Privado...como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones... ». En la segunda sentencia citada realiza el Tribunal una nueva precisión sobre el concepto: «...no puede incluirse sin más la expresión «terrenos de propiedad privada» dentro del campo semántico del «domicilio» al que la Constitución extiende su protección. Pero no lo es menos que tampoco es aceptable, sin más, la proposición inversa pues no se puede descartar *a priori* la posibilidad de que dentro de un terreno de propiedad privada existan uno o más lugares que merezcan la calificación constitucional de domicilio; ni que, en determinadas circunstancias, la inviolabilidad que la Constitución predica de tales lugares deba extenderse más allá de las paredes que circundan el espacio nuclear...». Es por tal razón que en el concepto constitucional de domicilio tiene entrada cualquier lugar cerrado en el que una o varias personas desarrollen su vida privada, es decir, lugar cerrado, natural o artificial, inmueble o mueble, destinado a «dar habitación» a sus moradores como residencia permanente, habitual o meramente ocasional cualesquiera que sea el título jurídico que los mismos tengan (50).

Precisamente en ese sentido, la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece en su artículo 554 que se reputará domicilio «el edificio o el lugar cerrado, o la parte de él destinada principalmente a la habitación de cualquier español o extranjero residente en España y de su familia».

tx360 Este mismo criterio hace que se tengan por domicilio las tiendas de campaña, los «coches-cama» de los trenes, los camarotes de los barcos (51) y hasta las chabolas y chozas, lugares todos ellos susceptibles de servir de marco a la intimidad de la persona.

Esta visión constitucional del concepto de domicilio es de naturaleza expansiva, lo que lleva a considerar parte de ese domicilio determinados espacios conectados con esa área reservada a la privacidad siempre que los pobladores lo mantengan dentro del ámbito de su privacidad. Entonces, se incluyen en el ámbito de protección del artículo 18.2 CE los patios, jardines y dependencias contiguas al edificio principal (52).

A esta concepción extensiva de «domicilio» que mantiene el Derecho Constitucional se enfrenta el artículo 557 LECrim, que establece que «Las tabernas, casas de comida, posadas y fondas no se reputarán como domicilio de los que se encuentren o residan en ellas accidental o temporalmente; y lo serán tan

sólo de los taberneros, hosteleros, posaderos y fondistas que se hallen a su frente y habiten allí con sus familias, en la parte del edificio a este servicio destinada». Este literal es absolutamente inconciliable con la definición constitucional ya analizada y conduce a la interpretación estricta de no conceptuar domicilio de las personas que se alojen en un establecimiento hotelero solamente a los espacios compartidos del edificio, dado que otra cosa sería ir contra la Constitución: la persona que pernocta en uno de estos establecimientos, sea con estabilidad y permanencia en el tiempo o sea con carácter ocasional, desenvuelve en el espacio físico que ocupa con exclusión de terceros una esfera de intimidad indudable que está a cobijo del artículo 18.2 CE. Esto tiene innegable trascendencia para los agentes de Policía que pretenden allanar una habitación de hotel, residencia o posada buscando al delincuente o fuentes de prueba porque inexorablemente habrán de contar con la autorización previa del morador o, en su defecto, con licencia judicial.

Por el contrario, quedan fuera del concepto constitucional de domicilio aquellos lugares cerrados que no se destinan a la morada de la persona y sí a actividades laborales o recreativas, los almacenes y los locales comerciales, ya que no son «espacios en los cuales el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima» (53), si bien siempre a salvo de particulares circunstancias que inviten a creer razonablemente lo contrario (54). Por las mismas razones, carecen de la protección constitucional dispensada al domicilio los automóviles (55), excepción hecha de aquellos que están destinados a servir como vivienda -roulottes y remolques- o los utilizados como tales por sus ocupantes -un coche abandonado que es aprovechado de casa. En todos estos supuestos en que no concurre la condición constitucional de «domicilio» el mandamiento judicial no es preciso para efectuar el registro en caso de oposición del titular o usuario.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal hace distinción entre los lugares públicos y privados que pueden verse allanados, realizando una serie de presunciones sobre los que se pueden considerar de una clase y de otra. Las únicas virtualidades de esa distinción pueden ser de orden formal y están en que la resolución judicial que ordene la entrada y registro para los domicilios privados inexorablemente ha de tomar la forma de auto -según exige el artículo 550 LECrim-, exigencia que esa ley no impone para los registros de lugares públicos, así como que el allanamiento de este tipo de lugares pueda hacerse por el juez de la causa aunque el lugar radique en territorio distinto de su competencia -así se desprende de la expresión «sea cualquiera el territorio en que radiquen» que contiene el art. 546 LECrim-, cosa distinta de lo que acontece con los domicilios privados.

Finalmente, indicar que el domicilio objeto de intromisión puede ser el del imputado en la causa o, también, de cualquier otra persona con estatuto jurídico distinto siempre que el fin asignado cumpla con los requisitos que ya hemos analizado. Las expresiones genéricas que hacen esos dos artículos procesales que acabamos de mencionar permiten esta última posibilidad.

IV. LA EJECUCIÓN DE LA ENTRADA Y REGISTRO

1. La naturaleza judicial de la ejecución del registro

Al igual que ocurre con la de la decisión de entrada y registro, la característica identificativa de la ejecución es la de su judicialidad, lo que supone que se va a desenvolver con arreglo a las condiciones judiciales que establezca la ley e imponga expresamente la resolución que la acuerde. Claro es que las excepciones a la realización judicial de la entrada y registro serán las mismas que más arriba describimos como no necesitadas de autorización judicial previa, si bien algunas de éstas pueden llevarse a cabo como las primeras (56). Esa judicialidad se manifiesta en dos planos, el subjetivo y el objetivo.

En el plano subjetivo se muestra, en primer lugar, porque la dirección de la diligencia la tiene el

responsable de la causa penal, el juez de Instrucción o el juez comisionado por el tribunal, aunque excepcionalmente la puede tener otro juez o, incluso una Autoridad o agente de Policía Judicial -art. 563 LECrim-, y, en segundo lugar, porque la documentación y el contraste de veracidad de la diligencia son labores efectuadas por el secretario judicial, si bien también esta función puede desempeñarse por otras personas -art. 569 LECrim.

En el diseño general que hace la centenaria ley procesal que venimos comentando, se reconoce que la responsabilidad directiva en el registro es de la autoridad judicial que o bien gestiona la fase sumarial de las causas penales o bien conoce del juicio oral cuando ello sea imprescindible, cediendo a que excepcionalmente esa dirección esté en manos de otra autoridad o agente de ésta. La práctica distorsionante en España la conocemos todos y consiste en que tan delicada misión jurídica que genera prueba preconstituida raras veces la conduce la autoridad judicial y, sin embargo, la llevan a cabo miembros de la Policía Judicial que actúan por delegación del juez, práctica que resulta disfuncional sobre todo en aquellos casos en que surgen incidencias en el registro que exigen de una decisión jurídica razonada *in situ*, lo que obliga a elevar consulta a la autoridad delegante con las consecuencias de todo orden que ello comporta. Aunque también sin duda genera algún que otro problema orgánico, la delegación que el juez haga en el fiscal para llevar a cabo el registro es seguramente la más aceptable porque se encomienda a una autoridad judicial (57) independiente que tiene suficientes conocimientos jurídicos como para enfrentarse a tal diligencia sumarial restrictiva de derechos fundamentales y que, no se olvide, se debe a los principios constitucionales de legalidad e imparcialidad. Mientras tanto llega una LECrim actual y eficaz que rediseña de mejor manera la función judicial en el proceso penal -particularmente, no me cabe duda alguna sobre la mayor eficacia y constitucionalidad de una instrucción preliminar penal hecha por el fiscal con control de garantía externa del juez-, esta opción, que no es inconciliable con la ley actual, nos igualaría con un buen número de países que ven cómo los allanamientos para registro de domicilio son dirigidos operativamente por la autoridad fiscal (58).

Por otro lado, la judicialidad en la ejecución del registro se descubre con la obligada presencia del secretario judicial. El artículo 569 LECrim estipula que «El registro se practicará siempre en presencia del Secretario del Juzgado o Tribunal que lo hubiera autorizado, o del Secretario del servicio de guardia que le sustituya, quien levantará acta del resultado, de la diligencia y de sus incidencias y que será firmada por todos los asistentes. No obstante, en caso de necesidad, el Secretario Judicial podrá ser sustituido en la forma prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial». Este literal es muy similar al que originariamente tenía la Ley procesal penal y que fue modificado por la Ley 10/1992 para permitir que los registros se efectuaran sin presencia del secretario judicial (59), volviendo a su vez casi a su estado inicial a través de la reforma operada por la Ley 22/1995, después de que el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones apostara por la nulidad del registro efectuado sin la fe del secretario, línea jurisprudencial de la que se hace eco la propia exposición de motivos de la ley reformadora (60) y que fue discutida por parte de la doctrina (61). Al respecto, el principio general que asienta la actual redacción es que el secretario ha de acudir al registro, o, en su defecto, el funcionario que le pueda sustituir según el Derecho orgánico vigente (LOPJ) (62); no obstante, no se debe de olvidar que este es un requisito de mera legalidad ordinaria y nunca de constitucionalidad, lo que conlleva que un registro efectuado por orden judicial pero sin presencia del Secretario no necesariamente va a comportar por esta ausencia una vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria (63).

Por tanto, la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite un registro cuya dirección esté encomendada a agentes de la Policía Judicial -por natural definición no técnicos en Derecho procesal penal- y su documentación, exclusivamente la documentación, sujeta a la fe que dé el Secretario -técnico jurídico-procesal cualificado- con lo que los problemas de calado jurídico que se presenten pueden no tener la respuesta también jurídica adecuada, muchas veces para frustración de la propia diligencia de entrada y registro. Este

sombrío panorama ha motivado que parte de la doctrina, al preguntarse sobre si ha de darse valor probatorio al resultado del registro efectuado en condiciones de precariedad jurídica por inasistencia de Juez y de Secretario, intente rescatar la línea jurisprudencial más dura que negaba eficacia probatoria alguna al acta e, incluso, ni siquiera permitía introducir en el acto del juicio oral su resultado a través de la declaración testifical de los agentes de policía (64). Si bien no llegando tan lejos porque creo que ha de efectuarse el análisis caso a caso -y buena parte de esas sentencias del Tribunal Supremo están dedicadas a supuestos en los que tanto el delegado del Juez como el delegado del Secretario judicial son policías, supuesto que sabemos que fue legal entre los años 1992 y 1995-, sí que pienso que esos registros «delegados» no pueden conformar automáticamente la condición de prueba preconstituida tal y como lo hacen aquellos que cumplen desde un punto de vista subjetivo con las garantías procesales básicas de presencia física de Juez y Secretario, y que en ocasiones excepcionales la declaración testifical en plenario de los agentes de Policía Judicial que practicaron el registro estaría viciada de nulidad por tratarse, no de meras irregularidades subsanables, sino de auténtica prueba prohibida al ser consecuencia de un registro contrario a la Constitución por ser contrario a los derechos fundamentales de defensa, contradicción y presunción de inocencia -tal es el caso de un registro «extralimitado» en el mandato judicial en lo que se refiere a la extralimitación.

En el plano objetivo se demuestra la judicialidad de la ejecución del registro porque las condiciones materiales que se le exigen al mismo son las propias de un acto judicial -sumarial o, excepcionalmente, de plenario-, bien distintas por tanto de las que se dan en una actuación preprocesal. Así, además de las menciones al principio de intermediación judicial antes referidas, se reconoce la vigencia del principio de legalidad porque la ejecución del registro habrá de sujetarse estrechamente a las condiciones que la ley impone, la vigencia del principio constitucional de presunción de inocencia -al exigirse que sólo se practiquen aquellos actos estrictamente necesarios para la causa penal que ha motivado la concreta investigación-, la vigencia del principio de publicidad interna -al que conduce el acta que se levanta con efectos de futuro en su caso-, y la vigencia, por fin, de los principios de defensa y contradicción al permitirse la participación en el acto de un abogado del interesado y de éste mismo, si ello fuera posible, o en su defecto de otros en su nombre, así como a través de la notificación inmediata de la resolución que acuerda la entrada y registro y que podría fundamentar un recurso procesal.

2. Las condiciones materiales de ejecución del registro

A) La actividad preliminar al registro

En la diligencia de entrada y registro la primera actuación ha de ser la de comunicación al interesado o interesados de la resolución dictada, con notificación de la misma y puesta en conocimiento de los derechos que tiene. No es por casualidad que el artículo 568 LECrim establezca este límite histórico al inicio del registro, puesto que lo que la ley pretende es que en todo caso se lleve a efecto el mismo con las garantías debidas y desde el principio.

La notificación se hará:

a) Al propio interesado, si la entrada y registro se hubiere de hacer en su domicilio particular, y, si no fuere habido a la primera diligencia en busca, a su encargado o, en defecto de éste, a cualquiera otra persona mayor de edad que se hallare en el domicilio, prefiriendo para esto a los individuos de la familia del interesado. Si ello no fuera posible, se hará constar por diligencia, que se extenderá con asistencia de dos vecinos, los cuales deberán firmarla -art. 566 LECrim.

b) A la autoridad o jefe responsable del edificio o lugar público en la misma población o, en su defecto,

al encargado de la conservación o custodia del edificio o lugar en que se hubiere de entrar y registrar -art. 564 LECrim.

c) A la persona que se halle al frente del establecimiento de reunión o recreo, o a quien haga sus veces si aquél estuviere ausente en caso de que el edificio a allanar sea de estas características -art. 565 LECrim.

De las anteriores disposiciones la más curiosa es aquella que exige que dos vecinos acrediten con su firma la imposibilidad de notificación a interesados que van a soportar el allanamiento de su casa particular, encargados de ésta o personas que se encontraren en la misma cuando resulta que la fe en su integridad de las circunstancias del registro -inclusive la actuación preliminar a él- y la notificación de resoluciones judiciales son actos de la exclusiva incumbencia del secretario judicial -arts. 369 LECrim, 279 y 281 LOPJ, respectivamente-. Quizás lo que pretendiera en su día la ley fue un reforzamiento de las garantías de acceso al domicilio comprensible en aquel momento histórico pero que resulta ilógico y hasta inconciliable con la previsión que en materia de fe pública judicial hace la ley del Poder Judicial.

Al interesado se le ha de comunicar que el auto es susceptible de reforma pero directamente ejecutivo y que su presencia y la de una persona de su confianza que legítimamente le represente están previstas en la propia ley (65), así como que se efectuará incluso sin su presencia física.

Caso de incumplirse los requisitos legales de la notificación, no se produce la invalidación de la prueba obtenida porque esa norma incumplida no trata de proteger directamente al derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria, sirviendo no más que para informar a los afectados de la legalidad del procedimiento. Así lo han declarado las SSTS (Sala 2.^a) de 27 de diciembre de 1989 y de 27 de junio de 1991.

B) La concreta práctica del registro

Una vez que se han llevado a cabo esas actuaciones preliminares, queda vía libre para la práctica del registro.

La actuación de registro deberá de ejecutarse ajustándose estrictamente a las condiciones preestablecidas en el título habilitante que no es otro que el auto dictado por la autoridad judicial, porque de lo contrario se produciría la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria (66). Además, la tarea de registro debe de ser ordenada y sistemática (67), de manera que cualquier actuación de indagación, por puntual que sea, se realice siempre a presencia del Secretario judicial y de las demás personas presentes, y ello para que aquél pueda reflejar las notas oportunas en el acta que levanta (68) y éstas, en su caso, realicen las alegaciones y consideraciones que tengan por conveniente (69).

Como se ve, la actual regulación prescinde ya de la presencia de dos testigos del registro, presencia que habría de tenerse por ociosa desde que la LOPJ atribuye en exclusiva la responsabilidad de la fe de los actos judiciales -y el registro sin duda tiene esta condición- al secretario.

Asimismo, establece el apartado último del artículo 569 LECrim que si no se encontrasen las personas u objetos que se busquen ni apareciesen indicios sospechosos, se expedirá una certificación del acto a la parte interesada si la reclamare. Es éste un medio de comunicar el resultado de la diligencia averiguatoria al interesado que, siendo preceptivo en caso de que no se haya obtenido resultado de cargo penal alguno, desde luego no impide que se haga cuando el resultado es justamente el contrario, supuesto en que precisamente el mismo es aconsejable salvo que las actuaciones estén declaradas secretas por aplicación del artículo 302 de tal ley.

Otra previsión legal curiosa sobre el registro es aquella que ofrece una limitación temporal a su ejecución. El artículo 570 LECrim prevé que deberá de suspenderse tal diligencia hasta el día siguiente si no permitiese la continuación el interesado y el domicilio allanado fuere particular cuando llegara la noche,

salvo que concurriere urgencia a valorar por el juez. Como hija de su tiempo que es, esta previsión encuentra su justificación en la merma de garantías que supone llevar a efecto la búsqueda sin las condiciones de luminosidad adecuadas -se asocia la expresión «día» con la expresión «luz»-, algo que hoy día ya es difícilmente comprensible.

A salvo el supuesto que se acaba de mencionar y siempre que el juez valore la conveniencia de la suspensión, el registro no se suspenderá sino por el tiempo en que no fuere posible continuarle -art. 571 LECrim-, en cuyo caso se podrían adoptar medidas asegurativas y de prevención sobre el edificio objeto de allanamiento -art. 567 LECrim-.

Un problema jurídico que se da con relativa frecuencia en la práctica judicial de registro es el del hallazgo casual de otros datos o vestigios que apuntan a una investigación penal distinta de la emprendida que justifica la concreta orden de registro que se ejecuta, ya esté abierta -preexisten unas diligencias penales a las que les pueden interesar los hallazgos obtenidos por casualidad- o esté por abrir -precisamente el conocimiento directo de estos datos al tiempo de registro pueden servir de noticia criminal para la incoación de nueva causa-. En ambos supuestos lo que resulta absolutamente imprescindible es que se otorgue una expresa autorización judicial que amplíe el objeto del registro, algo que es de gran importancia en caso de registro dirigido por «delegado del juez» porque obliga a aquél a consultar con el juez, y a éste, a su vez, a resolver de forma expresa sobre la ampliación objetiva del registro. La razón está en que la habilitación judicial de registro preconfigura el marco de actuación posible del registro tanto en el orden material y temporal como subjetivo, y merece siempre una interpretación estricta, de manera que cualquier otra investigación registral complementaria exige nueva habilitación (70). Lo mismo se podría decir para el supuesto de registro de papeles y efectos documentales, para cuyo acceso interno en el curso de un registro de edificio o local se requiere expresa habilitación judicial (71) por el posible mayor reflejo de privacidad que comunmente comportan.

El artículo 574 LECrim reconoce que es posible que en el curso de un registro se recojan los instrumentos y efectos del delito, los libros, papeles o cualesquiera otras cosas que se hubiesen encontrado, si esto fuere necesario para el resultado del sumario, intervención que pasa inexcusablemente por el foliado, sellado y rubricado de todas las hojas del documento por todas las personas intervinientes. A través de una diligencia registral, por tanto, no se pretende solamente comprobar la existencia de datos de interés a la causa en un edificio, lugar o domicilio sino también intervenir aquellos objetos que en sí mismos constituyan esos datos que se buscan o sean el soporte de los mismos. Este riguroso control formal que exige la ley tiene la finalidad de servir de contraste a la diligencia de exhibición que luego ya se lleve a cabo en sede judicial con todas las garantías establecidas en otros preceptos de esa ley procesal.

En cuanto al modo de llevar a cabo la diligencia de registro, una disposición general establece el artículo 552 LECrim: «al practicar los registros deberán evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario, y se adoptarán todo género de precauciones para no comprometer su reputación, respetando sus secretos si no interesaren a la instrucción». Este precepto no hace otra cosa que redundar en la naturaleza completamente excepcional de la diligencia que rompe con la intimidad de la persona y, por consiguiente, en la inevitable exigencia de causar el menor daño posible con ella.

Aunque ya más arriba hemos apuntado algunas de las consecuencias que se pueden generar caso de incumplirse las condiciones legales del registro, ha de insistirse que el alcance de cada uno de esos incumplimientos lo va a dar su naturaleza y las concretas circunstancias del caso. Eso sí, el carácter exclusivo de la intervención judicial a la hora de decidir el allanamiento ha llevado al Tribunal Supremo a anudar al registro sin autorización judicial previa -supuesto en que se efectúa «sin respetar las garantías constitucionales» exigibles, en el literal del art. 534 CP- no sólo a la nulidad radical e insubsanable de la diligencia sino, incluso, a una posible responsabilidad criminal de quien de esa manera actúe (72), cosa que no se

dará de manera automática para los autores de meras irregularidades de carácter legal.

C) La documentación del acto de registro

Según previene el artículo 572 LECrim, en el acta que levante el Secretario judicial deberá de consignarse el nombre del juez, o de su delegado, y de las demás personas que intervengan, los incidentes ocurridos, la hora en que se hubiese principiado y concluido la diligencia, la relación del registro por el orden con que se haga, así como los resultados obtenidos. El documento lo firmarán todas estas personas, cualesquiera que sea la condición en que lo hagan. Aunque no llega a utilizar una fórmula onmicomprensiva precisa, el propio literal legal invita a reflejar de manera pormenorizada todo lo que acontezca durante el registro y que sea de interés a la causa abierta. Sobre lo que se considere de interés a la causa será sin duda la actuación discriminatoria del juez decisiva e importante la labor de cooperación tanto de las partes presentes como de sus colaboradores -así, miembros de la Policía Judicial-. En lo que no se pone de acuerdo la doctrina procesalista es en la posible constancia documental de las manifestaciones que imputados o testigos -habría que añadir a esas categorías la de perito, expresamente permitada por el LECrim- intervinientes en el registro hicieran espontáneamente en ese momento. Por mi parte, no veo inconveniente en que se recojan ese tipo de manifestaciones del testigo en cualquier caso y del imputado siempre que previamente hubiere conocido adecuadamente sus derechos constitucionales de naturaleza procesal, unas y otras, claro es, a expensas de su valoración de futuro en plenario.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA INJERENCIA ESTATAL DE ENTRADA O REGISTRO HA DE SER PROPORCIONADA

A lo largo de estas páginas hemos ido viendo cómo la actuación averiguatoria de carácter penal de registro, que consiste en la localización del delincuente y en la captación de fuentes de prueba en un lugar reservado a la intimidad del ciudadano, afecta en determinados supuestos al derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria y cómo por ello la misma ha de respetar con pulcritud las exigencias constitucionales y legales establecidas porque a su través se están poniendo en entredicho valores esenciales en nuestro patrimonio jurídico como son la libertad y la intimidad del ciudadano.

Sabemos que nuestra Constitución prohíbe la actuación arbitraria de cualquier poder público -legislativo, ejecutivo y judicial- como equivalente a cualquier conducta pública no adecuada a la legalidad, o que pretende un fin constitucionalmente ilícito, o, finalmente, que aparezca como desproporcionada al fin que pretenda, aunque éste sea lícito. Esa interdicción de la arbitrariedad es, en suma, exigencia de proporcionalidad y ha de ser defendida por los cauces constitucionales y legales preestablecidos, de manera que contrariada en relación con un derecho fundamental bien podría dar lugar a la protección de éste bien en los tribunales ordinarios o bien subsidiariamente ante el Tribunal Constitucional.

Entonces, el respeto de las condiciones constitucionales y legales para que la intromisión estatal en el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria se tenga por legítima pasa por la consecución de un registro proporcionado, en la doble dimensión que cabe darle a esa proporción, externa e interna. Esa proporcionalidad externa del registro supone que, sobre la base de que tal limitación de derechos ha de tener reconocimiento expreso en una disposición constitucional y legal, el fin que persiga sea legítimo desde el punto de vista constitucional, es decir, que esté justificado porque pretenda la protección de otros bienes constitucionales y, además, sea socialmente relevante y útil, sea «una imperiosa necesidad social», en palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -sentencia caso Norris, de 26 de octubre de

1988-. Por su parte, esa proporcionalidad interna del registro conlleva una selección adecuada y razonable de las condiciones de ejecución -tanto objetivas como subjetivas-, apostando solamente por aquellas que sean estrictamente necesarias para la consecución del fin perseguido según las circunstancias del caso, lo que apareja en todo caso la prohibición de exceso alguno en tal juego de causalidad.

De no concurrir esas características de equilibrio entre un fin social justo y una actuación averiguatoria penal, la consecuencia puede ser que en determinados supuestos en que la subsanación procesal no resulta posible se produzca la anulación del resultado del registro y de todas sus derivaciones probatorias posibles con la consiguiente frustración de aquel fin.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera de Paz, E: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. T. V. Madrid, 1924.
- Carrasco Pereda, A: «El principio de razonabilidad en la justicia constitucional». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11. Madrid, 1984.
- De Alfonso Bozzo, A: «Sobre la inviolabilidad del domicilio». *RJC*. Madrid, 1985.
- Fernández Segado, Francisco: *El sistema constitucional español*. Editorial Dykinson. Madrid, 1998.
- Gimeno Sendra, Vicente y otros: *Derecho procesal penal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1997.
- Gómez Orbaneja, Emilio: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Barcelona, 1947.
- González-Cuéllar Serrano, Nicolás: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Editorial Colex. Madrid, 1990.
- «La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal». *Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 199.
- Luzón Cuesta, José María: «Valor de las pruebas obtenidas en el proceso penal mediante registro domiciliarios efectuados por la policía». *Revista Poder Judicial* núm. 24. Consejo General Poder Judicial. Madrid, 1991.
- Morenilla Rodríguez, José María: «El derecho al respeto de la esfera privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1993.
- Moreno Catena, Víctor: «Garantías de los derechos fundamentales en la investigación penal». *Revista Poder Judicial*. Madrid, 1987.
- Palacios Criado, María Teresa: «Diligencias que afectan a derechos fundamentales». *Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1998.
- Pedraz Penalva, Ernesto: «Acerca de la diligencia de entrada y registro en el domicilio». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 28, de 15 de noviembre de 1991.
- Ramos Méndez, Francisco: *El Proceso Penal. Lectura constitucional*. Editorial Bosch. Barcelona 1988.
- Rascón Ortega, Juan Luis y otros: *Lecciones de Teoría General y de Derecho Constitucional*. Editorial Laberinto. Madrid, 1999.
- Rodríguez Padrón, Celso: «La protección penal del domicilio». *Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1998.
- Román Puerta Luis, Luis: «Eficacia probatoria de las diligencias sumariales». *Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1992.
- Rubio Llorente, Francisco: *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. Editorial Ariel. Barcelona, 1995.

NOTAS:

(1) Establece este precepto que «El domicilio es inviolable. Los registros y allanamientos no podrán ser ordenados sino por el juez y, si la demora implicare un peligro, también por los demás órganos previstos en las leyes, y únicamente en la forma estipulada en ellas. Por lo demás, sólo podrán tomarse medidas que afecten a esta inviolabilidad o la restrinjan, en defensa ante un peligro común o de la vida humana; en virtud de una ley, tales medidas podrán también ser tomadas con el fin de prevenir peligros inminentes para la seguridad y el orden públicos, especialmente para subsanar la escasez de vivienda, combatir una amenaza de epidemia o proteger a menores en peligro».

(2) «El domicilio es inviolable. No pueden efectuarse inspecciones, registros o secuestros a no ser en los casos y en las formas establecidos por la ley con arreglo a las garantías prescritas para la tutela de la libertad personal. Las averiguaciones y las inspecciones por motivos de sanidad y de incolumidad públicas o con fines económicos y fiscales se regulan por leyes especiales».

(3) «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio... Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques».

(4) «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio... Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra estas injerencias o esos ataques».

(5) Establece este precepto, sin duda alguna el más completo de los que se han mencionado y, probablemente por esta razón entre otras, el más influyente en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional-, lo siguiente: «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

(6) De ello da buena prueba la Enmienda Cuarta de la Constitución de los Estados Unidos de América que reconoce «el derecho de los habitantes a que sus personas, domicilios, documentos y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán mandamientos que no se apoyen en un motivo fundado, estén corroborados mediante juramento o promesa y describan pormenorizadamente el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser aprehendidas».

(7) Este Justicia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en su célebre opinión disidente en el caso *Olmstead versus U.S*, considera a este *right to be get alone* como el «más comprensivo de los derechos y el más apreciado por los hombres civilizados».

(8) El principio de interdicción de la arbitrariedad como permanente parámetro de actuación de los poderes públicos se puede ver en las SSTC 66/1985, 99/1987 y 227/1988, entre otras.

(9) Indica al respecto la STC 86/1985 que «...la acción prestacional de los poderes públicos ha de encaminarse a la procuración de los objetivos de igualdad y efectividad en el disfrute de los derechos que ha consagrado nuestra Constitución...».

(10) Así por ejemplo, inciden directamente en la interpretación hermenéutica ya que a la hora de la interpretación de los derechos, es de constante aplicación el principio hermenéutico *favor libertatis*, por el que los derechos deben de interpretarse del modo más amplio posible, de la forma más favorable para su efectividad -SSTC 17/1985 y 1/1989-, principio que, desde luego, jugará las más de las veces cuando exista duda razonable sobre la interpretación porque, como ha advertido nuestro Tribunal Constitucional -STC 32/1989, entre otras-, en otro caso no se estaría protegiendo el derecho constitucional, sino confiriendo a las leyes un sentido y alcance que las propias leyes no consienten.

(11) En doctrina constitucional clásica siempre se ha sostenido que el fundamento de los límites a los

derechos estriba en que los mismos se disfrutaran en sociedad,

de manera que su goce no puede vulnerar los iguales derechos o intereses de los demás, con los que han de hacerse conciliables.

(12) De esta manera lo reconoce con carácter general la STC 22/1984, y con carácter particular la STC 211/1992 en relación con la ejecución forzosa de actos administrativos, esto último ya expresamente contemplado en la actualidad por el artículo 8.5 LJCA.

(13) «Podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral».

(14) Ya en la clásica sentencia sobre el caso Handyside, de 7 de diciembre de 1976, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es bastante ilustrativo sobre el alcance que merecen aquellas actuaciones públicas que limiten o restrinjan derechos fundamentales. En tal resolución indica que «incumbe en primer lugar a los Estados contratantes asegurar el goce de los derechos reconocidos en el Convenio... Si bien el artículo 10.2 les reserva...un margen de apreciación que concede a la vez al legislador nacional...y a los órganos especialmente judiciales, llamados a interpretar y aplicar los textos en vigor...las cláusulas del Convenio que establecen excepciones a un derecho garantizado han de ser interpretadas restrictivamente...».

(15) Así lo ponen de manifiesto las SSTC 22/1984 y 160/1991.

(16) En la sentencia dictada para el caso Handyside, de 7 de diciembre de 1976, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que «...necesaria en una sociedad democrática significa que para conciliarse con el Convenio la injerencia debe responder a una imperiosa necesidad social y ser proporcionada al fin legítimo perseguido...». Ya para el caso concreto de intervención judicial en la entrada y registro, nuestro Tribunal Constitucional toma esa línea jurisprudencial que le sirve de apoyo y argumenta sobre el necesario pronunciamiento judicial: «La garantía judicial aparece así como un mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el Derecho, y no -como en otras intervenciones judiciales previstas en la Constitución- a reparar su violación cuando se produzca. La resolución judicial, pues, aparece como el método para decidir, en caso de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho del artículo 18.2 CE u otros valores e intereses constitucionalmente protegidos. Se trata, pues, de encomendar a un órgano jurisdiccional que realice una ponderación previa de intereses, antes que se proceda a cualquier entrada o registro, y como condición ineludible para realizar éste, en ausencia del consentimiento del titular...».

(17) La STC num 82/1988 lo resume de la siguiente manera: «El derecho a la presunción de inocencia se asienta sobre dos ideas esenciales: de un lado, el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los jueces y tribunales por imperativo del artículo 117.3.º CE, y de otro, que los medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia son los utilizados en el juicio oral y los preconstituidos de imposible o muy difícil reproducción, siempre que se han observado las garantías necesarias para la defensa...».

(18) El Tribunal Constitucional entiende que el único motivo directo de vulneración del artículo 18.2 CE por un registro se produce si el mismo no viene autorizado judicialmente -SSTC22/1984, 7/1992, 50/1995 y 121/1998- y, en esa línea, el Tribunal Supremo -por ejemplo, STS de 2 de octubre de 1990- descubre que «la realización de esta diligencia puede llevarse a cabo con vulneración de los derechos fundamentales, por ejemplo, sin mandamiento, y entonces es nula de pleno Derecho, acarreado, por consiguiente, una nulidad absoluta e incondicionada y no susceptible de subsanación, y puede producirse con determinadas irregularidades, en cuyo caso es obligado el examen pormenorizado de las circunstancias para decidir sus efectos...».

(19) Debe quedar claro que en un plano teórico cabe que las entradas y registros

se realicen en fase pre-procesal, es decir, antes de abrirse la investigación judicial penal -por ejemplo en los supuestos en que medie o bien la flagrancia del delito que se investiga o bien el consentimiento del titular del domicilio-, así como que se lleven a cabo entradas para actuaciones judiciales distintas de un registro averiguatorio penal.

(20) Así lo ve nuestro Tribunal Constitucional en, por ejemplo, sus SSTC 290/ 1994 y 182/1995.

(21) El artículo 290 LOPJ impide que el secretario judicial pueda proponer al juez «...autos...limitativos de derechos», y, sin duda, la resolución que ordena una entrada y registro lo es.

(22) Afirma la STC 37/1989 que «el mandamiento judicial que hace posible la entrada y registro en un domicilio...se justifica, en el orden procesal penal, por la necesidad de identificar y, en su caso recoger, lo que interese a la instrucción... actuación que está informada por el principio de proporcionalidad...y bien se comprende que el respeto de esta regla impone la motivación de la resolución judicial que excepcione o restrinja el derecho...pues sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado, y que se pueda controlar después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental». En parecidos términos se pronuncian las SSTC 85/1994, 50/1995 y 49/1999.

(23) SSTC (Sala 2.ª) de 20 de diciembre de 1997 y de 4 de marzo de 1999, por todas. Esta última resolución llega incluso a declarar la nulidad del registro por falta de motivación del auto que lo acuerda.

(24) Así, en sus sentencias de 3 de diciembre de 1996 y de 10 de noviembre de 1997 el Tribunal Supremo (Sala 2.ª) en las que entiende concurrir motivación suficiente en supuestos de autos con razonamientos escuetos o lacónicos que son complementarios de los motivos alegados por la Policía para pedir el mandamiento, o, incluso, de razonamientos «de fórmula» siempre que se acomoden a las circunstancias del caso -para este último supuesto, la STS de 31 de diciembre de 1996.

(25) En interpretación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el TEDH ha marcado siempre como primera exigencia que la injerencia en el derecho fundamental esté prevista en la ley lo que, en palabras de la sentencia sobre el caso Kruslin, de 24 abril de 1990, «requiere...que la medida...tenga una base en Derecho interno...lo que exige la accesibilidad de la ley a la persona afectada, la que debe prever las consecuencias que se derivan para ella y sus compatibilidad con el imperio del Derecho...».

(26) En la STC 139/1999 se puede leer: «Pues bien, a la luz de la referida doctrina, resulta claro que el Auto del Juzgado de Instrucción, que autorizó la entrada y registro en el domicilio del demandante de amparo, no satisfizo ni siquiera mínimamente las exigencias de motivación, derivadas de su derecho constitucional a la inviolabilidad del mismo... se limita a reproducir el tan laxo como escueto motivo alegado en la solicitud policial de mandamiento de entrada y registro en el domicilio («... por sospecharse pudieran encontrarse en el mismo efectos de ilícita procedencia») sin mayores aditamentos...es obvio que en el presente caso la insuficiencia de la motivación de la solicitud policial vicia de origen el contenido del Auto que autoriza la entrada y registro, al no hacerse ninguna referencia en él a las circunstancias concretas del caso, a los indicios delictivos que fundamentan su adopción, y menos aún a los valores e intereses en conflicto, impidiendo por consiguiente el más mínimo control de la licitud constitucional de la medida adoptada por el Juez. El Auto en realidad constituye un buen ejemplo de ese automatismo judicial a la hora de adoptar resoluciones limitativas de derechos fundamentales, que desconoce lisa y llanamente la posición preferente que, otorgó a los mismos nuestra Constitución, y en cuya posición preferente ha insistido nuestra jurisprudencia desde el principio...».

(27) Así, por ejemplo, en la STS (Sala 2.ª) de 31 de diciembre de 1996.

(28) Aunque el artículo 550 LECrim ofrece la particularidad de contemplar como única autoridad judicial que puede ordenar la entrada y registro en lugar privado al juez instructor -cosa distinta de lo que previene el art. 546 LECrim, que reconoce que esa medida la puede adoptar también el tribunal que conozca de la causa para las entradas y registros en edificio público-, la opinión que aquí se sostiene es que tanto puede dictarla el juez de Instrucción como el tribunal enjuiciador, quien cuenta con esta facultad teórica desde la

especial cobertura que le brinda el artículo 727 LECrim. No se escapa que en la práctica la misma puede ser muy interesante al descubrimiento de la verdad cuando determinados datos arrojados por vez primera en plenario necesitan ser comprobados a través de un registro.

(29) «Los agentes de policía podrán, asimismo, proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa o, en casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido.

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

(30) A mi juicio este supuesto es totalmente excepcional al régimen general previsto en el artículo 18.2 CE y solamente se contempla por la legislación antiterrorista porque hay una particular habilitación constitucional -art. 55.2- y una concreta previsión legislativa orgánica -art. 16 LO 9/1984- para ello, de manera que no puede hacerse extensiva sin más a la investigación judicial penal ordinaria, vacía como está de tan necesitado permiso constitucional.

(31) Establece el apartado segundo del artículo 563 LECrim lo siguiente: «Cuando el edificio o lugar cerrado estuviere fuera del territorio del Juez, encomendará éste la práctica de las operaciones al Juez de su propia categoría del territorio en que aquéllos radiquen, el cual, a su vez, podrá encomendarlas a las Autoridades o agentes de Policía judicial».

(32) Imaginemos el supuesto esperpéntico pero perfectamente posible de un juez exhortado por otro a ejecutar una entrada y registro que se niegue a hacerlo por desconocimiento de la causa o de las bases que justificarían la medida restrictiva de derechos fundamentales.

(33) Es una demanda de la realidad judicial española que ya ha sido asumida por las Cortes Generales en la disposición final cuarta de la Ley Orgánica 5/95 al exigirle al Gobierno la presentación de una nueva LECrim que generalice los principios propios de la Ley del Jurado.

(34) Así en su sentencia de 3 de marzo de 1997.

(35) Por eso el artículo 551 LECrim establece una presunción: «se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y el registro para que los permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el artículo 6 de la Constitución del Estado» (la referencia constitucional, como ya dijimos en su momento, ha de tenerse al 18.2 de la Constitución española de 1978).

(36) Porque creo que ha de darse una actitud positiva de aceptación del interesado -manifestada, eso sí, por cualquier medio de expresión- es por lo que no puedo compartir lo que el Tribunal Supremo -en su sentencia de 23 de octubre de 1996- señala al respecto permitiendo una entrada y registro «con la mera presencia del acusado sin oposición, presuponiendo que el consentimiento a que hace referencia el artículo 18.2 de la Constitución se da».

(37) El artículo 162.2 CC establece que «Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos no emancipados. Se exceptúan: los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que le hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo...»; por su parte, el artículo 267 CC dispone que «El tutor es el representante del menor o incapacitado salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de

la sentencia de incapacitación».

(38) Condiciones como «accedo a que registren mi casa siempre que no me detengan, que no vaya a la cárcel, que no den cuenta al juez de lo que yo diga, que venga el juez, que el registro lo hagan otras personas, etc» son exigencias que jurídicamente se han de tener por no puestas y que deben de apuntar a la autoridad o agentes de ella que solicitan la entrada y que se encuentran con esta opinión del interesado a pedir el mandamiento judicial que supla la voluntad de quien de esa manera se manifiesta.

(39) Disponía el citado precepto que «Se entenderá por delito flagrante aquel que se está cometiendo o se acabara de cometer cuando el delincuente o delincuentes sean sorprendidos...Se entenderá sorprendido en el acto no sólo el delincuente que fuere cogido en el momento de estar cometiendo el delito, sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que lo persigan...También se considerará delincuente *in fraganti* aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido el delito con efectos o instrumentos que infundan la sospecha vehemente de su participación en él».

(40) Reconocía esa resolución que «La palabra flagrante viene del latín *flagrans-flagrantis*, participio del presente del verbo *flagrante*, que significa arder o quemar, y se refiere a aquello que está ardiendo o resplandeciendo como fuego o llama, y en este sentido ha pasado a nuestros días, de modo que, por delito flagrante, en el concepto usual, hay que entender aquél que se está cometiendo de la manera singularmente ostentosa o escandalosa, que hace necesaria la urgente intervención de alguien que termine con esa situación anómala y grave, a fin de que cese el delito, porque está produciendo un daño que debe impedirse inmediatamente, o por que es posible que el mal se corte y no vaya en aumento, y además hay una razón de urgencia también para capturar al delincuente. Así ocurre, por ejemplo, en los casos de robo, incendio, daños, homicidios, lesiones, violaciones, etc.; pero no en los supuestos de delitos de consumación instantánea y efectos permanentes, como lo son aquellos que se cometen por la tenencia de objetos de tráfico prohibido (drogas, armas, explosivos, municiones, otros que son materia de contrabando, como el tabaco importado ilegalmente, etc.). Estos últimos delitos, desde el momento en que quedaron consumados por su tenencia ilegal, ya no requieren, normalmente, una intervención urgente de la policía, tan urgente que no pueda esperar el tiempo que se tarda en acudir al juzgado para obtener un mandamiento judicial... Si, por alguna razón, en circunstancias especiales, existiera la urgencia referida en estos casos de delitos por tenencia de objetos prohibidos (supuesto que parece difícil que pueda producirse, pues la consumación ya se produjo en el pasado, y se arrastra la situación de ilegalidad en el tiempo sin que normalmente exista una especial intensidad en un momento determinado) entonces, y solamente entonces podría la policía penetrar en el domicilio de un particular por su propia autoridad como dice el artículo 553 LECrim...».

(41) Disponía este precepto que «será causa legítima para la entrada y registro en domicilio por delito flagrante el conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas castiga el Código Penal, siempre que la urgente intervención de los Agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito».

(42) Escriben los magistrados, entre otras cosas: «...A los efectos constitucionales que aquí importan no procede asumir o reconocer como definitiva ninguna de las formulaciones legales, doctrinales o jurisprudenciales que de la flagrancia se han dado en nuestro ordenamiento, pero lo que sí resulta inexcusable -y suficiente a

nuestro propósito- es reconocer la arraigada imagen de la flagrancia como situación fáctica en la que el delincuente es «sorprendido» -visto directamente o percibido de otro modo- en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito. Si el lenguaje constitucional ha de seguir siendo significativo -y ello es premisa firme de toda interpretación-, no cabe sino reconocer que estas connotaciones de

la flagrancia (evidencia del delito y urgencia de la intervención policial) están presentes en el concepto inscrito en el artículo 18.2 de la Norma fundamental, precepto que, al servirse de esta noción tradicional, ha delimitado un derecho fundamental y, correlativamente, la intervención sobre el mismo del poder público...El artículo 21.2 de la LOPSC no es, en suma, contrario a la Constitución en lo que tiene de intento de descripción de la flagrancia para determinados tipos delictivos, sino por su parcial inadecuación...al concepto mismo de flagrante delito presente en el artículo 18.2 de la Constitución...». Esta delimitación conceptual de la flagrancia que hace el Tribunal Constitucional se ha visto luego confirmada, entre otras, por la STC 94/96.

(43) Dispone este precepto constitucional que «Una Ley Orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas».

(44) Este artículo establece que:

1. Los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado podrán proceder sin necesidad de previa autorización o mandato judicial a la inmediata detención de los presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 1.º, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como el registro de dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallaren y que pudieren guardar relación con el delito.

2. El Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado comunicarán inmediatamente al juez competente el registro efectuado, las causas que lo motivaron y los resultados obtenidos del mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubiesen practicado.

(45) Así, la STC 199/1987, de 16 de diciembre, reconoce que la previsión constitucional de judicialidad establecida en el artículo 18.2 CE debe ser respetada en lo posible incluso en las actuaciones relativas a la persecución de delitos cometidos por bandas armadas y elementos terroristas «y sólo de forma excepcional, en supuestos absolutamente imprescindibles y en los que las circunstancias del caso no permitan la adopción previa de medidas por la autoridad judicial, por tener que procederse a la inmediata detención de un presunto terrorista, es cuando podrá operar la excepción a la necesidad de previa autorización o mandato judicial».

(46) En el diseño de distribución territorial del poder político que hace nuestra Constitución, es lógico que esta exigencia de autorización parlamentaria previa se entienda extensiva a los parlamentos regionales siempre que así expresamente se reconozca en su respectivo Estatuto de Autonomía.

(47) Por si el literal de los artículos 545 y 550 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dejara algún lugar a la duda, la STC 99/1985, de 30 de septiembre, así expresamente lo ha reconocido.

(48) Por ejemplo, en el ATC de 17 de abril de 1984

(49) La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª) de 5 de noviembre de 1986, por ejemplo, reconoce que «el domicilio, que puede extenderse al local de negocio donde desenvuelve el sujeto sus actividades, es una prolongación de la personalidad o, mejor, es la condición especial que resguarda la libertad y seguridad personal, y goza de la inviolabilidad establecida al más alto rango en el texto constitucional...».

(50) El concepto de domicilio a los efectos que aquí nos ocupan se puede ver analizado con precisión también en las SSTC 22/1984, 137/1985, 50 y 126/1995 y 94/1999.

(51) Es por eso que el artículo 554 LECrim reputa como domicilio los buques nacionales mercantes y que el artículo 561 de tal texto legal permite también la entrada y registro en los buques mercantes extranjeros y en los buques de guerra extranjeros siempre que se cumplan determinadas formalidades.

(52) Así lo sostiene la STS (Sala 2.ª) de 28 de octubre de 1980, resolución que entiende por morada «todas o cualesquiera dependencias de la casa unidas entre sí en comunicación interior, que estén desti-

nadas al servicio constante y exclusivo de los moradores...».

(53) *vid.* ATC 171/1989 o STC 94/99.

(54) Reparemos, por ejemplo, en el local comercial que pueda ser usado también como morada nocturna de uno de los dependientes; así lo reconoce el Tribunal Supremo en su Sentencia (Sala 2.^a) de 5 de noviembre de 1986. Este criterio choca precisamente con la presunción de edificio público que hace el art 547 LECrim de «los que estuvieren destinados a cualquier servicio oficial, militar o civil del Estado, de la provincia o del Municipio, aunque habiten allí los encargados de dicho servicio o los de la conservación y custodia del edificio o lugar», el que no puede aceptarse en su parte final porque éstas últimas son claramente dependencias privadas.

(55) Sostiene la STS (Sala 2.^a) de 19 de julio de 1993 que «...la tutela de la inviolabilidad del domicilio no se verifica en cuanto cosa sometida al poder dominical o de uso del titular, sino en cuanto soporte básico del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar. Contrariamente, un automóvil es un simple objeto de investigación y la actuación procesal sobre él en nada afecta a la esfera de la persona...». En parecidos términos se expresa la STS (Sala 2.^a) de 19 de diciembre de 1996.

(56) Pensemos, por ejemplo, en la entrada y registro que se efectúa mediando consentimiento del interesado si bien con estricto cumplimiento de las garantías judiciales que prevé la LECrim.

(57) En el sentido que le reconoce por extensión el artículo 2 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, establecido por la Ley num. 50/1981.

(58) Así ocurre en países europeos como Alemania, Italia, Portugal, o americanos como Costa Rica o Panamá.

(59) Después de esta reforma este artículo 569 LECrim establecía al respecto que «el registro se practicará a presencia del Secretario o, si así lo autoriza el Juez, de un funcionario de la Policía judicial o de otro funcionario público que haga sus veces, que extenderá acta que firmarán todos los concurrentes».

(60) Dice esta exposición de ley, bastante ilustrativa por cierto: «Por Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, cuya Exposición de Motivos en nada hacía referencia a las entradas y registros en lugar cerrado, se modificó el párrafo cuarto del artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, inalterablemente desde la promulgación de la Ley, venía regulando la asistencia del Secretario a las entradas y registros como garantía procesal de veracidad y legalidad. Vista la tendencia jurisprudencial que ha emanado del Tribunal Supremo durante el tiempo de vigencia de dicha Ley, 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. Otros aspectos técnicos también harían aconsejable la rectificación de la reforma operada en el texto legal, ya que el Consejo General del Poder Judicial, al informar la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, apunta que «tal vez sería conveniente establecer, en el artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la posibilidad expresa, que ya existe para el Juez en el artículo 563, de que el Secretario delegue en parecidos términos su presencia en las entradas y registros, pues de otro modo el servicio de guardia puede llegar a ser impracticable». El texto legal no recogió la recomendación del Consejo General del Poder Judicial e hizo que la delegación la autorizara el Juez, que carece de fe pública, contraviniendo el principio jurídico de que nadie puede delegar lo que no tiene (facultades o funciones ajenas)....».

(61) Esta actitud crítica la muestra, por ejemplo, Luzón Cuesta en su obra referida en el capítulo bibliográfico de este trabajo, *Rev. Poder Judicial* num. 24, pags 97 a 99.

(62) La norma opta claramente porque sean siempre funcionarios con la condición funcional de Secretario judicial los que hagan fe del registro, permitiendo, no obstante, de manera supletoria y sólo en el supuesto de estado de necesidad -sirve aquí la visión penalista de este concepto- que sean otros funcionarios judiciales que pueden ser habilitados por aquéllos y cuya intervención equivale a la de estos últimos

sólo cuando el acto que documenten se levante en presencia del Juez según dispone el artículo 282.1 LOPJ.

(63) Así lo recuerda la STC 94/99: «...Muy específicamente, desde la STC 290/1994 (antes en el ATC 349/1988 y después en las más recientes SSTC 309/1994, 133/1995 y 182/1995, que de la primera pueden considerarse secuela) hemos expresado que «la entrada en el domicilio sin el permiso de quien lo ocupa, ni estado de necesidad, sólo puede hacerse si lo autoriza o manda el Juez competente y en tal autorización descansa, a su vez, el registro domiciliario según refleja el grupo de normas pertinentes (arts. 18.2 CE, 87.2 LOPJ y 546 LECrim). Este es el único requisito, necesario y suficiente por sí mismo, para dotar de legitimidad constitucional a la invasión del hogar. Una vez obtenido el mandamiento judicial, la forma en que la entrada y registro se practiquen, las incidencias que en su curso puedan producirse y los excesos o defectos en que incurran quienes lo hacen, se mueven siempre en otra dimensión, el plano de la legalidad. En esta, por medio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 569) no en la Constitución, se exige la presencia del Secretario judicial para tal diligencia probatoria. Por ello, su ausencia no afecta a la inviolabilidad del domicilio, para entrar en el cual basta la orden judicial, ni tampoco a la efectividad de la tutela en sus diferentes facetas (SSTC 349/1988 y 184/1993)», (STC 133/1995. Fundamento Jurídico 4.º). En definitiva, el eventual incumplimiento de las normas procesales donde se imponen ese tipo de requisitos, no habría tampoco trascendido al plano de la constitucionalidad, pues sus efectos se producen en el ámbito de la validez y, eficacia de los medios de prueba y no en el del derecho a la inviolabilidad domiciliaria...».

(64) En esta materia la jurisprudencia de la Sala 2.ª del TS no ha sido uniforme: unas veces afirmaba que se trataba de una simple irregularidad carente de la más mínima importancia si uno de los agentes de policía actuaba en calidad de Secretario

(SSTS 2.ª de 30 de mayo de 1989, 30 de diciembre de 1990 y 12 de noviembre de 1991); en otras ocasiones negaba que el acta del registro gozara del valor de «prueba preconstituída» cuando no fuera redactada por el Secretario judicial con base en las observaciones realizadas *in situ* en el momento de la realización del registro, aunque se admitía que la condena se fundamentara en la declaración testifical de los agentes de policía que hubieran intervenido en él (SSTS 2.ª de 24 de septiembre de 1990, 23 de octubre de 1991 y 1 de noviembre de 1991); en otras sentencias no sólo se consideraba carente de valor probatorio el acta, sino que además se negaba que los resultados del registro pudieran ser introducidos en el acto del juicio oral a través de la declaración testifical de los agentes (SSTS 2.ª de 4 de octubre de 1991, 3 de diciembre de 1991, 10 de diciembre de 1991, 16 de diciembre de 1991 y 30 de marzo de 1992).

(65) Es en este justo momento en el que el interesado puede optar por nombrar un abogado de su confianza o del turno de oficio para que defienda sus intereses en esa diligencia averiguatoria que se va a practicar, algo posible en cuanto que no se pueda ver perjudicada la actuación judicial misma.

(66) Además de aquél en que el registro se ejecuta inexistente la correspondiente autorización judicial, es este supuesto de extralimitación en el cumplimiento de la orden judicial de registro el único caso que reconoce abiertamente el Tribunal Constitucional como constitutivo de vulneración de artículo constitucional y no de vulneración de un precepto legal -así, por todas, STC 94/99. Iguales consideraciones hace al respecto el Tribunal Supremo, reconociendo que un registro efectuado en domicilio distinto de aquél establecido en el auto judicial es radicalmente nulo por vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria -STS de 12 de julio de 1996.

(67) Se ha de huir de los registros que simultáneamente se realizan en varias habitaciones de una misma vivienda porque generan una merma en las garantías que contribuyen a la descalificación sustantiva de la propia diligencia.

(68) No olvidemos que el acta que levanta el Secretario gana la condición procesal de prueba documental y se introduce como tal en plenario.

(69) Es bueno recordar que el Tribunal Constitucional ha venido exigiendo, de cara al planteamiento de

un recurso de amparo, que la pretendida vulneración al derecho a la inviolabilidad domiciliar se denuncie en el momento procesal oportuno, es decir, al tiempo de la realización del registro y, todo lo más, en el curso de la causa -ATC núm. 90/94, de 14-03-1994, por ejemplo- con lo que la presencia del mismo parece inevitable. Por si fuera poca razón ésta para la presencia del interesado o persona que lo represente en el registro, el Tribunal Supremo ha llegado a declarar que tal ausencia produce indefensión generando nulidad del propio acto -SSTS de 4 de diciembre de 1996 y de 16 de marzo de 1998.

(70) A esta conclusión apunta la STC 94/99 que estima un recurso de amparo por vulneración del derecho a la inviolabilidad de domicilio por practicarse dos registros consecutivos sobre una misma vivienda con una sola autorización que cubría no más que la primera intervención.

(71) El registro de domicilio y el registro de papeles y efectos previsto en el artículo 575 no son una misma cosa, siendo por ello que la LECrim los regula por separado y hace una remisión de algunas condiciones de éste a las de aquél -art. 576-, si bien ello, como es obvio, no quiere decir que sean incompatibles; antes bien, suele ocurrir que son de necesaria concurrencia lo que obliga al juez al tiempo de conceder al autorización a motivar en esos dos aspectos de un mismo registro material, no ciertamente a dictar dos autos.

(72) En la STS de la Sala II de 17 de octubre de 1997 se puede leer: «...La entrada en domicilio con mandamiento judicial constituye la salvaguarda necesaria que impide la irrupción de los agentes policiales en los domicilios particulares por propia iniciativa. Si se llevase a término la antedicha diligencia ausente el mandato o autorización judicial -no tratándose de supuesto exceptuado- la nulidad de pleno Derecho de la actuación verificada y su inoperancia absoluta, viene impuesta conforme a los artículos 5.1, 11.1 y 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta prueba ilícitamente obtenida no ha de surtir efecto y podrá dar origen a la responsabilidad personal de los activamente intervinientes...».